REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 17 – ANO 3

SETEMBRO E OUTUBRO DE 2016

As íntegras aqui publicadas correspondem aos seus originais, obtidos junto aos órgãos responsáveis do Tribunal.

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Presidente

Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO

Desembargador RICARDO HENRY MARQUES DIP
Desembargador ITAMAR GAINO
Desembargador ALBERTO GENTIL DE ALMEIDA PEDROSO NETO
Desembargador ARTUR CÉSAR BERETTA DA SILVEIRA
Desembargador HERMANN HERSCHANDER
Desembargador RONALDO SÉRGIO MOREIRA DA SILVA

SUMÁRIO

Clique nas chamadas para ser remetido diretamente ao texto

1- Doutrina 26

2- Jurisprudência Cível:

Seção de Direito Privado:

a) Agravos de Instrumento 37
b) Agravos Internos 131
c) Agravos Regimentais 134
d) Apelações 145
e) Embargos de Declaração 373

Seção de Direito Público

a) Agravos de Instrumento 375
b) Agravos Regimentais 404
c) Apelações 412
c) Apelações/Reexames Necessários 520
d) Conflitos de Competência 549
e) Embargos de Declaração 555
f) Reexames Necessários 563

3- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos em Execução Penal 573
b) Apelações 583
c) *Habeas Corpus* 657
d) Reclamações 700
e) Recursos em Sentido Estrito 702
f) Revisões Criminais 713

4- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 722
b) Agravos Regimentais 770
c) Arguições de Inconstitucionalidade 779
d) Conflitos de Competência 794
c) *Habeas Corpus* 822

5- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Agravos de Instrumento 831
b) Agravos Regimentais 835
c) Apelações 838
d) Conflitos de Competência 862
e) *Habeas Corpus* 877

6- Conselho Superior da Magistratura 889

7- Noticiário 902

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

www.tjsp.jus.br

Composta/Editada pela Equipe da DGJUD 1.2 - Serviço de Publicações e Divulgação - Presidência do Tribunal de Justiça

Praça Dr. João Mendes, s/nº, Fórum João Mendes Jr., 19º andar
sala 1905, São Paulo-SP, 01501-900
Telefone (11) 2171-6629, Fax (11) 2171-6602
endereço eletrônico: bibliotecadivulgacao@tjsp.jus.br

Revista Eletrônica de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo - Ano III,
n. 17, set./out. 2016 - São Paulo: Tribunal de Justiça do Estado, 2016.

Bimestral.

Repositório Oficial da Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo

1. Direito - jurisprudência 2. Tribunal de Justiça - periódico. I. São Paulo (Estado). Tribunal de Justiça.

CDU 34(05)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CARGOS DE DIREÇÃO E DE CÚPULA

Presidente
Desembargador PAULO DIMAS de Bellis MASCARETTI

Vice-Presidente
Desembargador ADEMIR de Carvalho BENEDITO

Corregedor-Geral da Justiça
Desembargador Manoel de Queiroz PEREIRA CALÇAS

Presidente da Seção de Direito Privado
Desembargador LUIZ ANTONIO DE GODOY

Presidente da Seção de Direito Público
Desembargador RICARDO Henry Marques DIP

Presidente da Seção de Direito Criminal
Desembargador Renato de SALLES ABREU Filho

Decano
Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO

ÓRGÃO ESPECIAL

José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO
ANTONIO CARLOS MALHEIROS
MOACIR Andrade PERES
Fernando Antonio FERREIRA RODRIGUES
PÉRICLES de Toledo PIZA Júnior
Getúlio EVARISTO DOS SANTOS Neto
MÁRCIO Orlando BARTOLI
JOÃO CARLOS SALETTI
FRANCISCO Antonio CASCONI
RENATO Sandreschi SARTORELLI
CARLOS Augusto Lorenzetti BUENO
Augusto Francisco Mota FERRAZ DE ARRUDA
ADEMIR de Carvalho BENEDITO

PAULO DIMAS de Bellis MASCARETTI
José Henrique ARANTES THEODORO
Antonio Carlos TRISTÃO RIBEIRO
Dimas BORELLI THOMAZ Júnior
JOÃO NEGRINI Filho
SÉRGIO RUI da Fonseca
Luiz Fernando SALLES ROSSI
Manoel de Queiroz PEREIRA CALÇAS
RICARDO Mair ANAFE
ÁLVARO Augusto dos PASSOS
Raymundo AMORIM CANTUÁRIA
Artur César BERETTA DA SILVEIRA

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Presidente
Desembargador PAULO DIMAS de Bellis MASCARETTI

Vice-Presidente
Desembargador ADEMIR de Carvalho BENEDITO

Corregedor-Geral da Justiça
Desembargador Manoel de Queiroz PEREIRA CALÇAS

Presidente da Seção de Direito Privado
Desembargador LUIZ ANTONIO DE GODOY

Presidente da Seção de Direito Público
Desembargador RICARDO Henry Marques DIP

Presidente da Seção de Direito Criminal
Desembargador Renato de SALLES ABREU Filho

Decano
Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO

CÂMARA ESPECIAL

(sala 511 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)
Desembargador ADEMIR de Carvalho BENEDITO***
Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO
Desembargador LUIZ ANTONIO DE GODOY
Desembargador RICARDO Henry Marques DIP
Desembargador Renato de SALLES ABREU Filho
Desembargador ANA LUCIA ROMANHOLE MARTUCCI**
Desembargadora LÍDIA MARIA ANDRADE CONCEIÇÃO**
Desembargador IASIN ISSA AHMED**
Desembargador ANTONIO CARLOS ALVES BRAGA JÚNIOR**
Desembargadora DORA APARECIDA MARTINS**
Desembargador RENATO GENZANI FILHO**

COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO

1º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 510)

1ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador LUIZ ANTONIO DE GODOY
Desembargador RUI CASCALDI
Desembargador FRANCISCO Eduardo LOUREIRO
Desembargadora CHRISTINE SANTINI
Desembargador CLAUDIO Luiz Bueno de GODOY***
Desembargador ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JÚNIOR**
Desembargador DURVAL AUGUSTO REZENDE FILHO**

2ª Câmara de Direito Privado (sala 511 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES
Desembargador JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS
Desembargador ÁLVARO Augusto dos PASSOS***
Desembargador Luiz Beethoven GIFFONI FERREIRA
Desembargadora ROSANGELA MARIA TELLES**
Desembargador GUILHERME SANTINI TEODORO*

2º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 509)

3ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 3ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Carlos Eduardo DONEGÁ MORANDINI
Desembargador Artur Cesar BERETTA DA SILVEIRA***
Desembargador EGIDIO Jorge GIACOIA
Desembargador Dácio Tadeu VIVIANI NICOLAU
Desembargador CARLOS ALBERTO DE SALLES
Desembargadora MÁRCIA REGINA DALLA DÉA BARONE**
Desembargador ALEXANDRE AUGUSTO PINTO MOREIRA MARCONDES**

4ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 5ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador ENIO Santarelli ZULIANI
Desembargador Fernando Antonio MAIA DA CUNHA
Desembargador Carlos TEIXEIRA LEITE Filho
Desembargador FÁBIO de Oliveira QUADROS
Desembargador NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA***
Desembargador HAMID CHARAF BDINE JÚNIOR**

3º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA E QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA DISPONÍVEL)

5ª Câmara de Direito Privado (sala 511 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Antonio Carlos MATHIAS COLTRO
Desembargador ERICKSON GAVAZZA MARQUES
Desembargador JOSÉ LUIZ MÔNACO DA SILVA
Desembargador JAMES Alberto SIANO
Desembargador JOÃO FRANCISCO MOREIRA VIEGAS***
Desembargador FABIO HENRIQUE PODESTÁ**
Desembargadora FERNANDA GOMES CAMACHO**

6ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador VITO José GUGLIELMI
Desembargador José Percival ALBANO NOGUEIRA Júnior
Desembargador PAULO ALCIDES Amaral Salles***
Desembargador EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE
Desembargador JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA
Desembargadora ANA MARIA ALONSO BALDY MOREIRA FARRAPO**
Desembargador MARIO CHIUVITE JÚNIOR*

4º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 509)

7ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador LUIZ ANTONIO SILVA COSTA
Desembargador MIGUEL ANGELO BRANDI JÚNIOR
Desembargador LUIS MARIO GALBETTI***
Desembargadora MARY GRÜN
Desembargador RÔMOLO RUSSO Júnior
Desembargador JOSÉ RUBENS QUEIRÓZ GOMES**

8ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Paulo Roberto GRAVA BRASIL
Desembargador Luiz Fernando SALLES ROSSI
Desembargador PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO
Desembargador João Batista SILVÉRIO DA SILVA***
Desembargador THEODURETO de Almeida CAMARGO Neto
Desembargador ALEXANDRE COELHO**

5º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALAS 211/213)

9ª Câmara de Direito Privado (sala 622 — 3ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Walter PIVA RODRIGUES
Desembargador GALDINO TOLEDO JÚNIOR
Desembargador MAURO CONTI MACHADO
Desembargador ALEXANDRE Alves LAZZARINI***
Desembargador José Carlos COSTA NETTO
Desembargador JOSÉ APARICIO COELHO PRADO NETO**
Desembargadora ANGELA MORENO PACHECO DE REZENDE LOPES**
Desembargador ALEXANDRE BUCCI*

10ª Câmara de Direito Privado (sala 211/213 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador JOÃO CARLOS SALETTI
Desembargador José ARALDO da Costa TELLES
Desembargador ELCIO TRUJILLO***
Desembargador CESAR CIAMPOLINI NETO
Desembargador CARLOS ALBERTO GARBI
Desembargador JOÃO BATISTA DE MELLO PAULA LIMA**
Desembargador RONNIE HERBERT BARROS SOARES*

6º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA OU QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 604 OU 622)

11ª Câmara de Direito Privado (sala 604 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador GILBERTO PINTO DOS SANTOS***
Desembargador WALTER Pinto da FONSECA Filho
Desembargador GIL Ernesto Gomes COELHO
Desembargador RENATO RANGEL DESINANO
Desembargador ALBERTO MARINO NETO
Desembargador ANTONIO LUIZ TAVARES DE ALMEIDA**

12ª Câmara de Direito Privado (sala 622 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Luiz Antonio CERQUEIRA LEITE
Desembargador José JACOB VALENTE***
Desembargador TASSO DUARTE DE MELO
Desembargadora SANDRA MARIA GALHARDO ESTEVES
Desembargador Antonio Mário de CASTRO FIGLIOLIA
Desembargador RAMON MATEO JÚNIOR**

7º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALAS 621/623)

13ª Câmara de Direito Privado (salas 621/623 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Carlos Eduardo CAUDURO PADIN
Desembargadora ANA DE LOURDES Coutinho Silva da Fonseca***
Desembargador HERALDO DE OLIVEIRA Silva
Desembargador FRANCISCO GIAQUINTO
Desembargador NELSON JORGE JÚNIOR
Desembargadora CLAUDIA SARMENTO MONTELEONE*

14ª Câmara de Direito Privado (salas 211/213 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Everaldo de MELO COLOMBI
Desembargador Sebastião THIAGO DE SIQUEIRA
Desembargadora LIGIA Cristina de ARAÚJO BISOGNI
Desembargador CARLOS Henrique ABRÃO
Desembargador MAURICIO PESSOA***

8º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 509)

15ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador EDISON VICENTINI BARROSO
Desembargador Luiz Antonio COELHO MENDES***
Desembargador JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO
Desembargador Carlos Alberto de Campos MENDES PEREIRA
Desembargadora LUCILA TOLEDO Pedroso de Barros
Desembargador JAIRO OLIVEIRA JÚNIOR**
Desembargador LUIZ FERNANDO PINTO ARCURI*

16ª Câmara de Direito Privado (sala 504 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador José Roberto COUTINHO DE ARRUDA
Desembargador JOVINO DE SYLOS Neto
Desembargador José Maria SIMÕES DE VERGUEIRO
Desembargador MIGUEL PETRONI NETO
Desembargador LUÍS FERNANDO Balieiro LODI***

9º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 604)

17ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 4ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Teodozio de SOUZA LOPES
Desembargador IRINEU JORGE FAVA
Desembargador AFONSO Celso Nogueira BRAZ
Desembargador PAULO PASTORE FILHO***
Desembargador JOÃO BATISTA Amorim de VILHENA Nunes

18ª Câmara de Direito Privado (sala 604 — 3ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador CARLOS ALBERTO LOPES
Desembargador ROQUE Antonio MESQUITA de Oliveira***
Desembargador HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO
Desembargador HELIO Marques de FARIA
Desembargador EDSON LUIZ DE QUEIRÓZ

10º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 509)

19ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador RICARDO José NEGRÃO Nogueira***
Desembargador JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA
Desembargador MARIO Carlos DE OLIVEIRA
Desembargador RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI
Desembargarora CLAUDIA GRIECO TABOSA PESSOA

20ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador ÁLVARO TORRES JÚNIOR
Desembargador Luiz CORREIA LIMA
Desembargador LUIS CARLOS DE BARROS***
Desembargador Manoel Ricardo REBELLO PINHO
Desembargador ROBERTO MAIA Filho

11º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — SEGUNDA-FEIRA OU QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 622 OU 510)

21ª Câmara de Direito Privado (sala 622 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador ADEMIR de Carvalho BENEDITO
Desembargador Antonio José SILVEIRA PAULILO
Desembargador ITAMAR GAINO***
Desembargador VIRGÍLIO DE OLIVEIRA JÚNIOR
Desembargador Wellington MAIA DA ROCHA
Desembargador GILSON DELGADO MIRANDA**

22ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Gastão Toledo de CAMPOS MELLO Filho***
Desembargador Manuel MATHEUS FONTES
Desembargador ROBERTO Nussinkis MAC CRACKEN
Desembargador SÉRGIO RUI da Fonseca
Desembargador ALBERTO GOSSON Jorge Junior
Desembargador HÉLIO NOGUEIRA**

12º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 510)

23ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 4ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador José Benedito FRANCO DE GODOI
Desembargador JOSÉ MARCOS MARRONE
Desembargador SEBASTIÃO FLÁVIO da Silva Filho
Desembargador PAULO ROBERTO DE SANTANA***
Desembargador SÉRGIO SEIJI SHIMURA

24ª Câmara de Direito Privado (sala 504 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Luiz Augusto de SALLES VIEIRA
Desembargador PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR***
Desembargador WALTER Rocha BARONE
Desembargadora JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA
Desembargadora DENISE ANDRÉA MARTINS RETAMERO**
Desembargadora SILVIA MARIA FACCHINA ESPÓSITO MARTINEZ**

13º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 407/425)

25ª Câmara de Direito Privado (salas 618/622 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Vicente Antonio MARCONDES D'ANGELO
Desembargador HUGO CREPALDI NETO***
Desembargador CLÁUDIO HAMILTON Barbosa
Desembargador EDGARD Silva ROSA
Desembargador Eduardo AZUMA NISHI
Desembargadora CARMEN LUCIA DA SILVA**

26ª Câmara de Direito Privado (salas 407/425 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador RENATO Sandreschi SARTORELLI
Desembargador Tarcísio Ferreira VIANNA COTRIM
Desembargador Reinaldo FELIPE FERREIRA***
Desembargador ANTONIO BENEDITO DO NASCIMENTO
Desembargador Márcio Martins BONILHA FILHO
Desembargador ALFREDO ATTIÉ JÚNIOR**
Desembargador JOSÉ PAULO CAMARGO MAGANO*

14º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALAS 611/623)

27ª Câmara de Direito Privado (sala 403 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO
Desembargador Paulo Miguel de CAMPOS PETRONI***
Desembargadora ANA CATARINA STRAUCH
Desembargadora DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT
Desembargador Samuel Francisco MOURÃO NETO
Desembargador TERCIO PIRES**
Desembargador SÉRGIO LEITE ALFIERI FILHO**

28ª Câmara de Direito Privado (salas 618/622 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador CELSO José PIMENTEL
Desembargadora BERENICE MARCONDES CESAR
Desembargador CESAR LACERDA
Desembargador DIMAS RUBENS FONSECA***
Desembargador CÉSAR LUIZ DE ALMEIDA
Desembargador GILSON DELGADO MIRANDA**
Desembargador MARIO CHIUVITE JÚNIOR*

15º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALAS 218/220)

29ª Câmara de Direito Privado (salas 232/236 — 4ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador Manoel de Queiroz PEREIRA CALÇAS
Desembargadora SILVIA ROCHA
Desembargador FÁBIO Guidi TABOSA Pessoa
Desembargador CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN***
Desembargador Marcelo FORTES BARBOSA Filho
Desembargador CARLOS DIAS MOTTA**
Desembargador THEMÍSTOCLES BARBOSA FERREIRA NETO**

30ª Câmara de Direito Privado (salas 218/220 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador José Roberto LINO MACHADO
Desembargador CARLOS Alberto RUSSO
Desembargador MARCOS Antonio de Oliveira RAMOS
Desembargador Alberto de Oliveira ANDRADE NETO***
Desembargadora MARIA LÚCIA Ribeiro de Castro PIZZOTTI Mendes
Desembargadora MONICA SALLES PENNA MACHADO**

16º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA OU QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 510 OU 211/213)

31ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador FRANCISCO Antonio CASCONI
Desembargador PAULO Celso AYROSA Monteiro de Andrade
Desembargador ANTONIO RIGOLIN
Desembargador ADILSON DE ARAUJO***
Desembargador CARLOS NUNES Neto

32ª Câmara de Direito Privado (salas 211/213 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador RUY COPPOLA
Desembargador KIOITSI CHICUTA
Desembargador FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR
Desembargador Luis FERNANDO NISHI
Desembargador CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA***
Desembargadora MARIA DE LOURDES LOPEZ GIL CIMINO**

17º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALAS 618/622)

33ª Câmara de Direito Privado (sala 511 — 2ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador EROS PICELI***
Desembargador Carlos Alberto de SÁ DUARTE
Desembargador LUIZ EURICO Costa Ferrari
Desembargador MARIO ANTONIO SILVEIRA
Desembargador João Carlos SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA

34ª Câmara de Direito Privado (salas 618/622 — 4ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Luiz Augusto GOMES VARJÃO***
Desembargador NESTOR DUARTE
Desembargadora Maria CRISTINA ZUCCHI
Desembargador Cláudio Antonio SOARES LEVADA
Desembargador ANTONIO TADEU OTTONI
Desembargadora KENARIK BOUJIKIAN**
Desembargador CARLOS VIEIRA VON ADAMEK**

18º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 601/602)

35ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 2ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador ARTUR MARQUES da Silva Filho***
Desembargador Fernando MELO BUENO Filho
Desembargador GILBERTO GOMES DE MACEDO LEME
Desembargador ANTONIO CARLOS MORAIS PUCCI
Desembargador FLÁVIO ABRAMOVICI

36ª Câmara de Direito Privado (salas 601/602 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador JAYME QUEIROZ Lopes Filho
Desembargador José Henrique ARANTES THEODORO
Desembargador PEDRO Luiz BACCARAT da Silva
Desembargador WALTER CESAR Incontri EXNER
Desembargador MILTON Paulo de CARVALHO Filho***
Desembargadora MARIA DE LOURDES LOPEZ GIL CIMINO**

19º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA OU QUARTA-FEIRA — PJ — (SALAS 504/511)

37ª Câmara de Direito Privado (sala 504 — 3ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador SÉRGIO GOMES
Desembargador JOSÉ TARCISO BERALDO
Desembargador ISRAEL GÓES DOS ANJOS
Desembargador PEDRO Yukio KODAMA
Desembargador JOÃO PAZINE NETO***

38ª Câmara de Direito Privado (sala 511 — 4ª feira — 14:00 horas — PJ)

Desembargador EDUARDO Almeida Prado Rocha de SIQUEIRA
Desembargador SPENCER ALMEIDA FERREIRA***
Desembargador FERNANDO Luiz SASTRE REDONDO
Desembargador FLÁVIO Cunha da SILVA
Desembargador ACHILE Mario ALESINA Junior
Desembargador CÉSAR SANTOS PEIXOTO**
Desembargador MARCOS GOZZO**

GRUPO DE CÂMARAS RESERVADAS DE DIREITO EMPRESARIAL

1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial (sala 509 — 4ª feira — quinzenal — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Manoel de Queiroz PEREIRA CALÇAS
Desembargador ENIO Santarelli ZULIANI***
Desembargador FRANCISCO Eduardo LOUREIRO
Desembargador CESAR CIAMPOLINI Neto
Desembargador Marcelo FORTES BARBOSA Filho
Desembargador Hamid Charaf Bdine Júnior**

2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial (sala 510 — 2ª feira — quinzenal — 13:30 horas — PJ)

Desembargador RICARDO José NEGRÃO Nogueira
Desembargador CARLOS ALBERTO GARBI***
Desembargador CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA
Desembargador FÁBIO Guidi TABOSA Pessoa
Desembargador CLAUDIO Luiz Bueno de GODOY
Desembargador ALEXANDRE AUGUSTO PINTO MOREIRA MARCONDES**

CÂMARAS EXTRAORDINÁRIAS - SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO (Resolução nº 737/2016)

20ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador Luiz Fernando SALLES ROSSI
Desembargador JAMES Alberto SIANO
Desembargador JOÃO FRANCISCO MOREIRA VIEGAS
Desembargador LUIS MARIO GALBETTI
Desembargadora MÁRCIA REGINA DALLA DÉA BARONE**
Desembargador FABIO HENRIQUE PODESTÁ**

21ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador Gastão Toledo de CAMPOS MELLO Filho
Desembargador Manuel MATHEUS FONTES
Desembargador ROBERTO Nussinkis MAC CRACKEN
Desembargador SÉRGIO RUI da Fonseca
Desembargador ALBERTO GOSSON Jorge Junior

22ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador HERALDO DE OLIVEIRA Silva
Desembargador José JACOB VALENTE
Desembargador TASSO DUARTE DE MELO
Desembargador SÉRGIO Seiji SHIMURA
Desembargador RENATO RANGEL DESINANO
Desembargador JOÃO PAZINE NETO

23ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador Teodozio de SOUZA LOPES
Desembargador IRINEU JORGE FAVA
Desembargador AFONSO Celso Nogueira BRAZ
Desembargador PAULO PASTORE FILHO
Desembargador JOÃO BATISTA Amorim de VILHENA Nunes

24ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador JOVINO DE SYLOS Neto
Desembargador VIRGÍLIO DE OLIVEIRA JÚNIOR
Desembargador Wellington MAIA DA ROCHA
Desembargador MIGUEL PETRONI NETO
Desembargador Samuel Francisco MOURÃO NETO
Desembargador GILSON DELGADO MIRANDA**

25ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador Fernando MELO BUENO Filho
Desembargador RUY COPPOLA
Desembargador Reinaldo FELIPE FERREIRA
Desembargador PAULO Celso AYROSA Monteiro de Andrade
Desembargador KIOITSI CHICUTA
Desembargador Vicente Antonio MARCONDES D'ANGELO

26ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador EROS PICELI
Desembargador LUIZ EURICO Costa Ferrari
Desembargador CESAR LACERDA
Desembargador José Henrique ARANTES THEODORO
Desembargador PEDRO Luiz BACCARAT da Silva
Desembargador MARIO ANTONIO SILVEIRA

27ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador MARCOS Antonio de Oliveira RAMOS
Desembargador EDGARD Silva ROSA
Desembargadora MARIA LÚCIA Ribeiro de Castro PIZZOTTI Mendes
Desembargador MILTON Paulo de CARVALHO Filho
Desembargador Eduardo AZUMA NISHI
Desembargador CARLOS DIAS MOTTA**

28ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador ENIO Santarelli ZULIANI
Desembargador Fernando Antonio MAIA DA CUNHA
Desembargador Carlos TEIXEIRA LEITE Filho
Desembargador PAULO ALCIDES Amaral Salles
Desembargador MAURO CONTI MACHADO
Desembargador HAMID CHARAF BDINE JÚNIOR**
Desembargador JOÃO BATISTA DE MELLO PAULA LIMA

29ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador Everaldo de MELO COLOMBI
Desembargador José Benedito FRANCO DE GODOI
Desembargador CARLOS ALBERTO LOPES
Desembargadora LIGIA Cristina de ARAÚJO BISOGNI
Desembargador PAULO ROBERTO DE SANTANA
Desembargador MAURICIO PESSOA

COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

1º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 609)

1ª Câmara de Direito Público (sala 609 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador DANILO PANIZZA Filho
Desembargador LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ
Desembargador RUBENS RIHL Pires Corrêa
Desembargador Luís Paulo ALIENDE RIBEIRO***
Desembargador VICENTE DE ABREU AMADEI
Desembargador MARCOS PIMENTEL TAMASSIA**

2ª Câmara de Direito Público (sala 604 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargadora VERA Lúcia ANGRISANI
Desembargador RENATO DELBIANCO***
Desembargadora LUCIANA Almeida Prado BRESCIANI
Desembargador CARLOS Alberto Mousinho dos Santos Monteiro VIOLANTE
Desembargador CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI

3ª Câmara de Direito Público (sala 623 — 3ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador ANTONIO Carlos MALHEIROS***
Desembargador JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA
Desembargador Raymundo AMORIM CANTUÁRIA
Desembargador Luiz Edmundo MARREY UINT
Desembargador ARMANDO CAMARGO PEREIRA
Desembargador MAURÍCIO FIORITO**
Desembargador KLEBER LEYSER DE AQUINO**

2º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALAS 211/213)

4ª Câmara de Direito Público (salas 211/213 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Fernando Antonio FERREIRA RODRIGUES***
Desembargador RICARDO Santos FEITOSA
Desembargador OSVALDO MAGALHÃES Júnior
Desembargador PAULO BARCELLOS GATTI
Desembargadora ANA Luiza LIARTE
Desembargador LUÍS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL**

5ª Câmara de Direito Público (salas 621/623 — 2ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador FERMINO MAGNANI FILHO
Desembargador FRANCISCO ANTONIO BIANCO NETO
Desembargador José Helton NOGUEIRA DIEFENTHÄLER Júnior
Desembargador MARCELO Martins BERTHE
Desembargadora MARIA LAURA de Assis Moura TAVARES***
Desembargadora HELOÍSA MARTINS MIMESSI**

3º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 609)

6ª Câmara de Direito Público (sala 604 — 2ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Getúlio EVARISTO DOS SANTOS Neto***
Desembargador Decio LEME DE CAMPOS Júnior
Desembargador SIDNEY ROMANO dos Reis
Desembargador REINALDO MILUZZI
Desembargadora MARIA OLÍVIA Pinto Esteves ALVES
Desembargadora SILVIA MARIA MEIRELLES NOVAES DE ANDRADE**

7ª Câmara de Direito Público (sala 609 — 2ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador MOACIR Andrade PERES
Desembargador Sérgio COIMBRA SCHMIDT***
Desembargador PAULO MAGALHÃES DA COSTA COELHO
Desembargador EDUARDO CORTEZ DE FREITAS GOUVÊA
Desembargador LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA

4º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 604)

8ª Câmara de Direito Público (sala 609 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador PAULO Dimas de Bellis MASCARETTI
Desembargador LEONEL Carlos da COSTA
Desembargadora Maria CRISTINA COTROFE Biasi***
Desembargador Carlos Otávio BANDEIRA LINS
Desembargador ANTONIO CELSO Campos de Oliveira FARIA
Desembargador JOSÉ DA PONTE NETO**
Desembargador MANOEL LUIZ RIBEIRO*

9ª Câmara de Direito Público (sala 604 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador DÉCIO de Moura NOTARANGELI
Desembargador OSWALDO LUIZ PALU
Desembargador JEFERSON MOREIRA DE CARVALHO
Desembargador CARLOS EDUARDO PACHI
Desembargador João Batista Morato REBOUÇAS DE CARVALHO***
Desembargador JOSÉ MARIA CÂMARA JÚNIOR**

5º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 511)

10ª Câmara de Direito Público (sala 601 — 2ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador ANTONIO Carlos VILLEN
Desembargador ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ
Desembargador Ricardo Cintra TORRES DE CARVALHO
Desembargadora TERESA Cristina Motta RAMOS MARQUES
Desembargador PAULO Sérgio Brant de Carvalho GALIZIA***
Desembargador MARCELO SEMER**

11ª Câmara de Direito Público (sala 511 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador AROLDO Mendes VIOTTI
Desembargador RICARDO Henry Marques DIP
Desembargador LUIS Antonio GANZERLA***
Desembargador José JARBAS de Aguiar GOMES
Desembargador OSCILD DE LIMA JÚNIOR
Desembargador MARCELO LOPES THEODOSIO**

6º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 601)

12ª Câmara de Direito Público (salas 211/213 — 4ª feira — 13:00 horas — PJ)

Desembargador OSVALDO José de OLIVEIRA
Desembargador VENICIO Antônio de Paula SALLES
Desembargador José Manoel RIBEIRO DE PAULA
Desembargador EDSON FERREIRA da Silva
Desembargador JOSÉ LUIZ GERMANO***
Desembargadora MARIA ISABEL CAPONERO COGAN**

13ª Câmara de Direito Público (sala 601 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Augusto Francisco Mota FERRAZ DE ARRUDA
Desembargador RICARDO Mair ANAFE***
Desembargador Dimas BORELLI THOMAZ Júnior
Desembargador José Roberto de SOUZA MEIRELLES
Desembargadora FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA
Desembargador DJALMA RUBENS LOFRANO FILHO**
Desembargador JULIO CESAR SPOLADORE DOMINGUEZ**

7º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 622)

14ª Câmara de Direito Público (sala 621— 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador GERALDO Euclides Araujo XAVIER
Desembargador JOÃO ALBERTO PEZARINI
Desembargador OCTAVIO Augusto MACHADO DE BARROS Filho***
Desembargador HENRIQUE HARRIS JÚNIOR
Desembargadora MÔNICA de Almeida Magalhães SERRANO
Desembargador CLÁUDIO ANTONIO MARQUES DA SILVA**
Desembargadora SILVANA MALANDRINO MOLLO*

15ª Câmara de Direito Público (sala 622 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Oswaldo ERBETTA FILHO
Desembargador Antonio Teixeira da SILVA RUSSO
Desembargador Sérgio Godoy RODRIGUES DE AGUIAR
Desembargador EUTÁLIO José PORTO Oliveira***
Desembargador RAUL JOSÉ DE FELICE
Desembargador ALOISIO SÉRGIO REZENDE SILVEIRA**
Desembargador JOSÉ HENRIQUE FORTES MUNIZ JÚNIOR**
Desembargador EURÍPEDES GOMES FAIM FILHO**

18ª Câmara de Direito Público (salas 211/213 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI
Desembargador Luiz BURZA NETO
Desembargador FRANCISCO OLAVO Guimarães Peret Filho
Desembargador ROBERTO MARTINS DE SOUZA
Desembargadora Maria BEATRIZ Dantas BRAGA***
Desembargador RICARDO CUNHA CHIMENTI**

8º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 601)

16ª Câmara de Direito Público (sala 601 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador LUIZ Alberto DE LORENZI
Desembargador CYRO Ricardo Saltini BONILHA***
Desembargador JOÃO NEGRINI Filho
Desembargador VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO
Desembargador LUIZ FELIPE NOGUEIRA Júnior
Desembargador NAZIR DAVID MILANO FILHO**
Desembargador JOÃO ANTUNES DOS SANTOS NETO**
Desembargador MARCOS DE LIMA PORTA*
Desembargador LUÍS GUSTAVO DA SILVA PIRES*

17ª Câmara de Direito Público (sala 601 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador ANTONIO José Martins MOLITERNO
Desembargador RICARDO GRACCHO
Desembargador ALBERTO GENTIL de Almeida Pedroso Neto
Desembargador ALDEMAR José Ferreira da SILVA
Desembargador NELSON Paschoal BIAZZI Júnior***
Desembargador NUNCIO THEOPHILO NETO**
Desembargador AFONSO CELSO DA SILVA**
Desembargador AFONSO DE BARROS FARO JÚNIOR**

CÂMARAS EXTRAORDINÁRIAS DE DIREITO PÚBLICO (Resolução nº 737/2016)

4ª Câmara Extraordinária de Direito Público

Desembargador AROLDO Mendes VIOTTI***
Desembargador José JARBAS de Aguiar GOMES
Desembargadora MARIA LAURA de Assis Moura TAVARES
Desembargador Luís Paulo ALIENDE RIBEIRO
Desembargador MARCELO LOPES THEODOSIO**

5ª Câmara Extraordinária de Direito Público

Desembargador Sérgio Godoy RODRIGUES DE AGUIAR
Desembargador EUTÁLIO José PORTO Oliveira***
Desembargadora VERA Lúcia ANGRISANI
Desembargadora Maria BEATRIZ Dantas BRAGA
Desembargador MAURÍCIO FIORITO**

6ª Câmara Extraordinária de Direito Público

Desembargador Sérgio COIMBRA SCHMIDT***
Desembargador OSWALDO LUIZ PALU
Desembargador CARLOS EDUARDO PACHI
Desembargador João Batista Morato REBOUÇAS DE CARVALHO
Desembargador JOSÉ MARIA CÂMARA JÚNIOR**

7ª Câmara Extraordinária de Direito Público

Desembargador Luiz BURZA NETO***
Desembargador Jeferson MOREIRA DE CARVALHO
Desembargador LEONEL Carlos da COSTA
Desembargador MARCELO Martins BERTHE
Desembargadora MARIA ISABEL CAPONERO COGAN**

8ª Câmara Extraordinária de Direito Público

Desembargador LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ***
Desembargadora Maria CRISTINA COTROFE Biasi
Desembargadora MÔNICA de Almeida Magalhães SERRANO
Desembargador VICENTE DE ABREU AMADEI
Desembargador CLÁUDIO ANTONIO MARQUES DA SILVA**

9ª Câmara Extraordinária de Direito Público

Desembargador ALDEMAR José Ferreira da SILVA***
Desembargador JOÃO NEGRINI Filho
Desembargador PAULO BARCELLOS GATTI
Desembargador NUNCIO THEOPHILO NETO**

GRUPO ESPECIAL DE CÂMARAS DE DIREITO AMBIENTAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 232/236)

1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente (salas 217/219 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Ricardo Cintra TORRES DE CARVALHO
Desembargador OSWALDO LUIZ PALU
Desembargador RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO
Desembargador João Francisco MOREIRA VIEGAS
Desembargador MARCELO Martins BERTHE***

2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente (salas 232/236 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador PAULO Celso AYROSA Monteiro de Andrade
Desembargador PAULO ALCIDES Amaral Salles***
Desembargador Luis FERNANDO NISHI
Desembargador MIGUEL PETRONI NETO
Desembargador ROBERTO MAIA Filho

COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL

1º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALAS 201/203)

1ª Câmara de Direito Criminal (salas 201/203 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador PÉRICLES de Toledo PIZA Júnior
Desembargador MÁRCIO Orlando BARTOLI
Desembargador Luiz Antonio FIGUEIREDO GONÇALVES***
Desembargador Mário DEVIENNE FERRAZ
Desembargador IVO DE ALMEIDA
Desembargador DINIZ FERNANDO FERREIRA DA CRUZ**

2ª Câmara de Direito Criminal (salas 217/219 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Antonio de ALMEIDA SAMPAIO
Desembargador FRANCISCO ORLANDO de Souza
Desembargador ALEX Tadeu Monteiro ZILENOVSKI***
Desembargador LUIZ FERNANDO VAGGIONE
Desembargador SILMAR FERNANDES**
Desembargador MAURÍCIO VALALA**
Desembargador SÉRGIO MAZINA MARTINS**

2º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALAS 407/425)

3ª Câmara de Direito Criminal (salas 407/425 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador GERALDO Luís WOHLERS Silveira
Desembargador LUIZ ANTONIO CARDOSO***
Desembargador LUIZ TOLOZA NETO
Desembargador RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO
Desembargador CESAR MECCHI MORALES
Desembargador AIRTON VIEIRA**

4ª Câmara de Direito Criminal (salas 232/236 — 3ª feira — 10:30 horas — PJ)

Desembargador LUÍS SOARES DE MELLO Neto
Desembargador EUVALDO CHAIB Filho
Desembargador IVAN Ricardo Garisio SARTORI***
Desembargador CAMILO LÉLLIS dos Santos Almeida
Desembargador EDISON Aparecido BRANDÃO
Desembargadora IVANA DAVID**

3º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 601/602)

5ª Câmara de Direito Criminal (salas 232/236 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador José DAMIÃO Pinheiro Machado COGAN
Desembargador Geraldo Francisco PINHEIRO FRANCO
Desembargador Antonio Carlos TRISTÃO RIBEIRO
Desembargador SÉRGIO Antonio RIBAS***
Desembargador JUVENAL José DUARTE
Desembargador MAURICIO HENRIQUE GUIMARÃES PEREIRA FILHO**

6ª Câmara de Direito Criminal (salas 601/602 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador RICARDO Cardozo de Mello TUCUNDUVA***
Desembargador Antonio Carlos MACHADO DE ANDRADE
Desembargador JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA
Desembargador MARCO ANTONIO Marques da Silva
Desembargador Cassiano Ricardo ZORZI ROCHA
Desembargador MARCOS ANTONIO CORREA DA SILVA**

4º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 218/220)

7ª Câmara de Direito Criminal (salas 218/220 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador FERNANDO Geraldo SIMÃO***
Desembargador ALBERTO ANDERSON FILHO
Desembargador AGUINALDO DE FREITAS FILHO
Desembargador Luiz OTAVIO de Oliveira ROCHA
Desembargador REINALDO CINTRA Torres de Carvalho
Desembargador EDUARDO CRESCENTI ABDALLA**

8ª Câmara de Direito Criminal (salas 202/204 — 5ª feira — 13:00 horas — PJ)

Desembargador MARCO ANTONIO Pinheiro Machado COGAN
Desembargador LOURI Geraldo BARBIERO
Desembargador ROBERTO GRASSI NETO
Desembargador ALCIDES MALOSSI JÚNIOR***
Desembargador CARLOS Fonseca MONNERAT
Desembargador CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO**
Desembargadora ELY AMIOKA**

5º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 511)

9ª Câmara de Direito Criminal (sala 511 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador José Orestes de SOUZA NERY
Desembargador OTÁVIO HENRIQUE de Sousa Lima
Desembargador Antonio SÉRGIO COELHO de Oliveira***
Desembargador ROBERTO Caruso Costabile e SOLIMENE
Desembargador AMARO José THOMÉ Filho
Desembargador JULIO CAIO FARTO SALLES**
Desembargador LAURO MENS DE MELLO**

10ª Câmara de Direito Criminal (sala 404 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador CARLOS Augusto Lorenzetti BUENO
Desembargador FÁBIO Monteiro GOUVÊA
Desembargador Francisco José GALVÃO BRUNO
Desembargador Waldir Sebastião de NUEVO CAMPOS Júnior***
Desembargadora Maria de Lourdes RACHID VAZ DE ALMEIDA
Desembargador NELSON FONSECA JUNIOR**

6º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALAS 202/204)

11ª Câmara de Direito Criminal (salas 504/506 — 4ª feira — 9:30horas — PJ)

Desembargador GUILHERME Gonçalves STRENGER***
Desembargadora MARIA TEREZA DO AMARAL
Desembargador Nilson XAVIER DE SOUZA
Desembargador Renato de SALLES ABREU Filho
Desembargador ABEN-ATHAR de Paiva Coutinho
Desembargador ALEXANDRE CARVALHO E SILVA DE ALMEIDA**
Desembargador JAIME FERREIRA MENINO**

12ª Câmara de Direito Criminal (salas 202/204 — 4ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador Carlos VICO MAÑAS
Desembargador JOÃO Luiz MORENGHI
Desembargadora ANGÉLICA de Maria Mello DE ALMEIDA***
Desembargador PAULO Antonio ROSSI
Desembargador Antônio ÁLVARO CASTELLO
Desembargador AMABLE LOPEZ SOTO**

7º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 511)

13ª Câmara de Direito Criminal (sala 403 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Roberto Galvão de FRANÇA CARVALHO
Desembargador Nilo CARDOSO PERPÉTUO
Desembargador Luiz AUGUSTO DE SIQUEIRA
Desembargador Ronaldo Sérgio MOREIRA DA SILVA***
Desembagador José Antonio DE PAULA SANTOS Neto
Desembargador MARCELO COUTINHO GORDO**
Desembargador LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA**

14ª Câmara de Direito Criminal (sala 511 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador FERNANDO Antonio TORRES GARCIA***
Desembargador HERMANN HERSCHANDER
Desembargador WALTER DA SILVA
Desembargador MARCO ANTONIO DE LORENZI
Desembargador MIGUEL MARQUES E SILVA
Desembargador LAERTE MARRONE DE CASTRO SAMPAIO**

8º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 229)

15ª Câmara de Direito Criminal (sala 229 — 5ª feira — 13:00 horas — PJ)

Desembargador Fábio POÇAS LEITÃO
Desembargador WILLIAN Roberto de CAMPOS***
Desembargador José Antonio ENCINAS MANFRÉ
Desembargador RICARDO SALE JÚNIOR
Desembargador Adalberto José Queiroz Telles de CAMARGO ARANHA FILHO
Desembargador GILBERTO FERREIRA DA CRUZ**

16ª Câmara de Direito Criminal (salas 218/220 — 3ª feira — 13:00 horas — PJ)

Desembargador José Ruy BORGES PEREIRA
Desembargador NEWTON de Oliveira NEVES
Desembargador Otávio Augusto de ALMEIDA TOLEDO
Desembargador GUILHERME DE SOUZA NUCCI
Desembargador Gilberto LEME Marcos GARCIA***
Desembargadora CLAUDIA LUCIA FONSECA FANUCCHI**
Desembargador OSNI ASSIS PEREIRA**
Desembargador JAIME FERREIRA MENINO**

CÂMARAS CRIMINAIS EXTRAORDINÁRIAS
(Resolução nº 737/2016)

7ª Câmara Criminal Extraordinária

Desembargador Geraldo Francisco PINHEIRO FRANCO***
Desembargador GUILHERME Gonçalves STRENGER
Desembargador LUIZ ANTONIO CARDOSO
Desembargador FERNANDO Geraldo SIMÃO
Desembargador AGUINALDO DE FREITAS FILHO

8ª Câmara Criminal Extraordinária

Desembargador LUÍS SOARES DE MELLO Neto***
Desembargador EUVALDO CHAIB Filho
Desembargador CAMILO LÉLLIS dos Santos Almeida
Desembargador EDISON Aparecido BRANDÃO
Desembargador CARLOS Fonseca MONNERAT

9ª Câmara Criminal Extraordinária

Desembargador José Orestes de SOUZA NERY***
Desembargador Antonio SÉRGIO COELHO de Oliveira
Desembargador ROBERTO Caruso Costabile e SOLIMENE
Desembargador AMARO José THOMÉ Filho
Desembargador ALBERTO ANDERSON FILHO

10ª Câmara Criminal Extraordinária

Desembargador CARLOS Augusto Lorenzetti BUENO
Desembargador Antonio Carlos TRISTÃO RIBEIRO
Desembargador Otávio Augusto de ALMEIDA TOLEDO
Desembargador Waldir Sebastião de NUEVO CAMPOS Júnior***
Desembargadora Maria de Lourdes RACHID VAZ DE ALMEIDA

*** — Presidente

** — Juiz de Direito Substituto em 2º Grau

* — Juiz Auxiliar

PJ – Palácio da Justiça (Praça da Sé s/nº)

JUÍZES DE DIREITO SUBSTITUTOS DE SEGUNDO GRAU

(em ordem de antiguidade)

Silmar Fernandes
Denise Andréa Martins Retamero
Kenarik Boujikian
Alcides Leopoldo e Silva Júnior
José Maria Câmara Júnior
Amable Lopez Soto
Ramon Mateo Júnior
Carlos Vieira Von Adamek
Cláudio Antonio Marques da Silva
Márcia Regina Dalla Déa Barone
Maurício Valala
Hamid Charaf Bdine Júnior
Júlio Caio Farto Salles
Maurício Fiorito
Cláudia Lúcia Fonseca Fanucchi
Cesar Santos Peixoto
Maria Isabel Caponero Cogan
Alexandre Carvalho e Silva de Almeida
Marcelo Coutinho Gordo
Gilson Delgado Miranda
Fábio Henrique Podestá
Luís Augusto de Sampaio Arruda
Eduardo Crescenti Abdalla
César Augusto Andrade de Castro
Alexandre Augusto Pinto Moreira Marcondes
Aloisio Sérgio Rezende Silveira
Nuncio Theophilo Neto
Luis Fernando Camargo de Barros Vidal
Monica Salles Penna Machado
Lauro Mens de Mello
Ana Lucia Romanhole Martucci
Ricardo Cunha Chimenti
José Henrique Fortes Muniz Júnior
Ivana David
Silvia Maria Meirelles Novaes de Andrade
Lidia Maria Andrade Conceição
Maria de Lourdes Lopez Gil Cimino
Hélio Nogueira
Tercio Pires
José Aparício Coelho Prado Neto
Carlos Dias Motta
Marcelo Semer
Djalma Rubens Lofrano Filho

Afonso Celso da Silva
Nelson Fonseca Júnior
Airton Vieira
José da Ponte Neto
Marcelo Lopes Theodosio
Rosangela Maria Telles
Iasin Issa Ahmed
Laerte Marrone de Castro Sampaio
Themístocles Barbosa Ferreira Neto
Osni Assis Pereira
Heloisa Martins Mimessi
Nazir David Milano Filho
Diniz Fernando Ferreira da Cruz
Sérgio Mazina Martins
João Batista de Mello Paula Lima
Sérgio Leite Alfieri Filho
Alfredo Attié Júnior
Euripedes Gomes Faim Filho
Julio Cesar Spoladore Dominguez
Jairo Oliveira Júnior
Marcos Antonio Correa da Silva
Marcos Gozzo
Carmen Lucia da Silva
Marcos Pimentel Tamassia
Durval Augusto Rezende Filho
Silvia Maria Facchina Esposito Martinez
Ely Amioka
Alexandre Coelho
José Rubens Queiroz Gomes
João Antunes dos Santos Neto
Fernanda Gomes Camacho
Afonso de Barros Faro Júnior
Antonio Carlos Alves Braga Júnior
Gilberto Ferreira da Cruz
Dora Aparecida Martins
Mauricio Henrique Guimarães Pereira Filho
Antonio Luiz Tavares de Almeida
Kleber Leyser de Aquino
Angela Moreno Pacheco de Rezende Lopes
Renato Genzani Filho
Jaime Ferreira Menino
Ana Maria Alonso Baldy Moreira Farrapo

DOUTRINA

Cédula Rural Pignoratícia e o registro do penhor na matrícula do imóvel. Novas perspectivas a respeito do Registro de Imóveis

THIAGO AIRES ESTRELA
Tabelião e Registrador no Município de Alto Alegre do Pindaré/MA

Especialista em Direito Notarial e Registral (LFG)

Especialista em Administração Judiciária (EXCELLENCE)

Mestrando em Educação (UDE)

1. Introdução

O presente artigo tem como escopo fazer uma análise acerca das Cédulas Rurais Pignoratícias com o consequente registro do penhor na matrícula do imóvel vinculado à cédula. Em primeiro lugar iremos tratar do financiamento rural e dos tipos de cédulas rurais, espécies de títulos de crédito regulados pelo Decreto Lei nº 167/67.

Após uma breve análise acerca desses temas, passa-se a esmiuçar a Cédula Rural Pignoratícia, seus requisitos essenciais e sua inscrição no Registro de Imóveis.

Faz-se uma breve comparação da maneira como o instituto é tratado hodiernamente pelos registradores imobiliários e como deveria ser, bem como sobre os "inconvenientes jurídicos" que a forma errada de inscrição desse tipo de garantia pode trazer para as partes e para terceiros de boa-fé.

Por fim, procuramos fundamentar o que consideramos como adequado juridicamente (registro do penhor na matrícula do imóvel), com os princípios modernos do direito registral imobiliário, e, também, com normativos legais vigentes.

Acesso ao Sumário

2. Do Financiamento Rural

As cédulas de crédito rurais são títulos de crédito que estão disciplinadas pelo Decreto Lei nº 167/67, possuindo como destinação o financiamento da atividade rural.

O financiamento rural, nesse tipo de instrumento, dá-se quando o emitente promete o pagamento em dinheiro, com ou sem garantia real cedularmente instituída, em contrapartida a um crédito obtido e que deverá ser destinado ao fomento da atividade rural.

Nesses termos, o artigo 2º do diploma legal em epígrafe é claro ao dispor que *"o emitente da cédula fica obrigado a aplicar o financiamento nos fins ajustados, devendo comprovar essa aplicação no prazo e na forma exigidos pela instituição financiadora".*

E o artigo 7º arremata que o credor poderá, sempre que julgar conveniente, não só percorrer todas as dependências dos imóveis referidos no título, como também, verificar o andamento dos serviços neles existentes.

A compreensão correta desses dois artigos é de suma importância para o entendimento do objeto do presente estudo, que é o registro do penhor na matrícula do imóvel e suas implicações jurídicas.

Assim, o cerne desse texto é demonstrar os fundamentos jurídicos para a inscrição do penhor no livro 2 (Registro Geral) e não no Livro 3 (Auxiliar) como é a praxe atualmente.

3. Das Cédulas de Crédito Rural

A Cédula de Crédito Rural é gênero do qual são espécies: I – Cédula Rural Pignoratícia; II – Cédula Rural Hipotecária; III – Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária e IV – Nota de Crédito Rural.

A diferença básica entre elas é o tipo de garantia dado quando da emissão da Cédula, que pode ser penhor, hipoteca, penhor e hipoteca e no caso da Nota de Crédito Rural não há garantia de direito real, podendo, entretanto, haver uma garantia de direito pessoal, como o aval.

Como dito acima, as Cédulas são títulos de crédito. São, então, títulos civis, líquidos e certos, exigíveis pela soma que constam dele ou do endosso, além dos juros, da comissão de fiscalização (quando houver) e demais despesas que o credor fizer para a segurança, regularidade e realização do seu direito creditório.

Acesso ao Sumário

3.1 Cédula Rural Pignoratícia

A Cédula Rural Pignoratícia indica um título de crédito garantido pelo direito real "penhor" e está disciplinado entre os artigos 14 a 19 do Decreto Lei 167/67.

Para a caracterização desta espécie de cédula, necessário se faz a apresentação dos seguintes requisitos, elencados no artigo 14:

I – Denominação;

II – data e condições de pagamento;

III – nome do credor e a cláusula à ordem;

IV – valor do crédito deferido (indicação da finalidade ruralista a que se destina o financiamento concedido e a forma de sua utilização);

V – descrição dos bens vinculados em penhor, além do local ou depósito em que os mesmos bens se encontram;

VI – taxa de juros e da comissão de fiscalização, bem como o tempo de seu pagamento;

VII – praça de pagamento;

VIII – data e lugar da emissão;

IX – assinatura de próprio punho do emitente ou de representante com poderes especiais.

Fizemos um destaque no item V, tendo em vista que em razão da localização dos bens apenhados é que se faz a inscrição desse título de crédito no Registro de Imóveis competente, conforme interpretação do artigo 30, já transcrito.

Após a apresentação básica das características da Cédula Rural Pignoratícia, passemos ao ato de inscrição desse tipo de cédula.

4. Da inscrição da Cédula Rural Pignoratícia

Acesso ao Sumário

A prática registral e até mesmo a maioria da doutrina indica que o local correto do registro da Cédula Rural Pignoratícia e o consequente registro do penhor é no livro 3 (Auxiliar de Imóveis), isso com fundamento no artigo 176 c/c 178, II, ambos da Lei nº 6.015/73, que rezam: Art. 176 – "*O livro nº 2 – Registro Geral – será destinado, à matrícula dos imóveis e ao registro ou averbação dos atos relacionados no art. 167 e* ***não atribuídos ao Livro nº 3...***" e Art. 178 – "*Registrar-se-ão no Livro nº 3 – Registro Auxiliar: ... II –* ***as cédulas de crédito rural*** *e de crédito industrial, sem prejuízo do registro da hipoteca cedular...".*

Pela leitura dos artigos acima, pode-se concluir que as inscrições no Livro

2 são subsidiárias, vez que primeiro se verifica se o ato é inscritível no Livro 3, não o sendo, deverá haver, então, o registro do título no Livro Principal.

À primeira vista, tem-se que de fato a inscrição da Cédula Rural Pignoratícia se faz no Livro no 3, por expressa disposição legal, contudo, a falha que apresentamos é em relação ao registro do penhor, ou seja, da garantia dada ao credor pelo pagamento da cédula.

Explica-se. A maioria dos registradores de imóveis pátrios, para não dizer todos, procedem ao registro do penhor no Livro 3, contudo este livro não é hábil para a constituição de direitos reais e o penhor como sendo direito real não pode ser inscrito em Livro Auxiliar.

A garantia desses títulos de crédito não pode ser considerado apenas e tão somente como cláusula acessória, tendo em vista que esse tipo de cédula só existe em razão desse direito real.

Afrânio de Carvalho, muito bem leciona que cada livro no Registro de Imóveis tem uma função específica e a inscrição de atos no livro errado pode gerar sérias consequências para as partes[1].

O Livro 2, que é o principal livro do Registro de Imóveis, via de regra é repositório de direitos reais, seja para constituí-los, declará-los, transferi-los, ou extingui-los e o Livro 3, como o próprio nome indica é auxiliar, servindo para o registro dos atos que são atribuídos ao Registro de Imóveis por disposição legal, não digam respeito diretamente ao imóvel matriculado.

O eminente autor elucida bem esse tema quando diz que:

> *Na relação dos livros sobressai, por sua importância, o Registro Geral, que, como recipiente dos direitos reais, aos quais transmite os efeitos de publicidade e de constitutividade, aparece como verdadeiro sensório do registro, de onde emanamos reflexos que movimentam o tráfico jurídico imobiliário. Se qualquer livro há de ter um conteúdo adequado ao fim que lhe é imputado, com mais forte razão isso deve acontecer naquele a que tocou a função precípua de centro de convergência dos atos jurídicos de aquisição, transmissão, oneração ou extinção de direitos reais. A especificidade deste, ditada pela coerência da classificação, se impõe também para a segurança dos direitos, suscetível de prejudicar-se se a estes se misturassem, numa miscelânea, atos de natureza diversa*" (Revista dos Tribunais. Direito Registral. Registros Públicos. Doutrinas Essenciais. 2ª Ed., Vol. VI, p. 47, 2014).

A dúvida que pode aparecer nesse ponto é: Se o penhor é direito real de garantia em que se dá um bem móvel para cumprimento de uma obrigação creditória, por que o seu registro, quando da emissão de Cédulas Rurais

1 Afrânio de Carvalho ensina que os livros de imóveis possuem atribuições específicas, não podendo o registrador misturar a função de cada um deles. O professor alerta que o nascedouro de direitos reais se dá sempre no Livro Principal (Livro 2), vez que todos os direitos reais que a lei contempla como registráveis se relacionam com o direito real maior que é a propriedade.

Acesso ao Sumário

Pignoratícias se dá no Registro de Imóveis? E outra indagação é, se o bem dado em garantia é bem móvel, o correto não seria mesmo o registro no Livro 3?

Passemos à análise dessas duas questões. A primeira resposta é bastante simples, o registro desse tipo de cédula se dá no Registro de Imóveis por expressa disposição legal.

O artigo 30 do Decreto Lei nº 167/67 reza que *"As cédulas de crédito rural, para terem eficácia contra terceiros, inscrevem-se no Cartório do Registro de Imóveis: a) a cédula rural pignoratícia, no da circunscrição em que esteja situado o imóvel de localização dos bens apenhados..."*.

Não existe emissão de cédula rural sem a vinculação de um imóvel, motivo pelo qual a lei expressamente diz que o seu registro será feito no Registro de Imóveis competente.

Cumpre fazer o seguinte destaque, até mesmo as notas de crédito rural, que como vimos não possuem garantia de direito real, vinculam um imóvel ao financiamento rural, motivo pelo qual esse tipo de cédula também se inscreve no Registro Imobiliário, e esta inscrição sim, deve ser feita apenas no Livro 3.

Essa mesma vinculação (cédula X Imóvel) serve de substrato para o entendimento a seguir.

1 – A constituição do penhor rural se dá por meio de registro, tendo em vista que diferentemente do penhor comum que é constituído pela *"transferência efetiva da posse, de uma coisa móvel, suscetível de alienação"*, naquele *"as coisas empenhadas continuam em poder do devedor, que as deve guardar e conservar"* (caso das cédulas rurais pignoratícias)[2].

Ora, se não há a transferência da posse do devedor para o credor, só podemos chegar à conclusão de que nesse tipo de transação, a instituição da garantia se dá pelo registro.

Após a compreensão da forma de constituição do penhor nas cédulas rurais pignoratícias, cumpre observar o procedimento de inscrição delas no Registro de Imóveis.

Acesso ao Sumário

A prática é inscrever todos os requisitos essenciais da cédula no Livro 3 para se ter uma impressão equivocada de que o penhor está garantido pelo registro.

Ledo engano, tendo em vista que o artigo 32 do Decreto Lei nº 167/67 quando trata da inscrição das cédulas traz expressamente o que deve ser registrado, nesses termos tem-se que: Art. 32: *"A inscrição consistirá na anotação dos seguintes requisitos cedulares:*

a) Data do pagamento havendo prestações periódicas ou ajuste de prorrogação, consignar, conforme o caso, a data de cada uma delas ou

2 Art. 1.431 (*caput*) e parágrafo único do CC/2002.

as condições a que está sujeita sua efetivação;

b) O nome do emitente, do financiador e do endossatário, se houver;

c) O valor do crédito deferido e o de cada um dos pagamentos parcelados, se for o caso;

d) Praça do Pagamento;

e) Data e lugar da emissão;

Note-se que deliberadamente o legislador não coloca entre os requisitos a serem inscritos no Livro 3 *"a descrição dos bens vinculados em penhor, os quais se indicarão pela espécie, qualidade, quantidade, marca ou período de produção se for o caso, além do local ou depósito dos mesmos bens"*[3].

Nesse sentido, temos um aparente conflito de normas. O Novo Código Civil indica que a constituição do penhor rural se aperfeiçoa quando do registro do instrumento, mas o normativo legal que disciplina a matéria não coloca a garantia, ou seja, não se refere ao penhor rural, como um dos requisitos que devem ser inscritos.

E nem o poderia fazê-lo, tendo em vista que o Código Civil anterior (1916) não indicava o registro do penhor como requisito para a sua constituição.

Então, por esse aparente conflito, o penhor não pode ser registrado no Livro 3, mas se não for registrado não se constituirá.

Ora, se o penhor não pode ser registrado no livro auxiliar, onde deverá ser feito? A resposta lógica é, no livro 2, abaixo daremos mais fundamentos para esse tipo de registro na matrícula.

Antes, cumpre verificar o seguinte questionamento: Por que o legislador não consignou a garantia (penhor rural), quando da inscrição da cédula no registro de imóveis? Porque neste caso, a inscrição da cédula é feita para se garantir a eficácia perante terceiros. Registra-se no Livro Auxiliar, dados que normalmente não vão para a matrícula.

Pelo Decreto Lei nº 167/67 a inscrição da cédula no registro imobiliário teria a função de dar eficácia perante terceiros. Assim sendo, se a cédula for emitida e não for registrada, sua validade só se firmaria perante as partes contratantes.

Contudo por disposição do novo Código Civil, o penhor rural, se constitui pelo registro, e como a constituição de direitos reais, via de regra, se faz no livro principal, como consequente lógico temos que compreender que o nascimento desse tipo de penhor se dá quando do seu registro no Livro 2.

3 Art. 14, V do Dec. Lei nº 167/67.

Acesso ao Sumário

Alguns oficiais de registro, a fim de dar "mais publicidade" à cédula rural pignoratícia, "averbam" na matrícula o título que fora anteriormente registrado no Livro 3.

Ressalta-se que a averbação, via de regra, é ato modificativo ou de mera publicidade, ou seja, não seria meio idôneo de constituição de direitos reais e por via de consequência não poderia ser utilizada para esse fim.[4]

2 – Os bens móveis dados em garantia se tornam em "imóveis" por ficção jurídica. Como afirmado anteriormente, não existem cédulas rurais desvinculadas de imóveis e o artigo 18 do Decreto Lei nº 167/67 dispõe que: *"Antes da liquidação da cédula,* ***não poderão os bens apenhados ser removidos das propriedades nela mencionadas, sob qualquer pretexto e para onde quer que seja,*** *sem prévio consentimento escrito do credor".*

A inamovibilidade dos bens móveis, por ficção jurídica, tem razão de ser: primeiro, pela vinculação necessária ao imóvel onde esses bens estão; segundo, porque, também por comando legal, o credor pode percorrer todas e quaisquer dependências dos imóveis referidos no título, como verificar o andamento dos serviços nele existentes[5].

Ora, se assim não o fosse, o credor poderia ser surpreendido ao ir verificar *in loco* o estado dos bens apenhados e constatar que eles não estão mais lá.

Temos que compreender, portanto, que o consentimento do credor se dá por meio de aditivo à cédula, conforme preleciona o artigo 12 do Decreto Lei: *"A cédula de crédito rural poderá ser aditada, ratificada e retificada por meio de menções adicionais e de aditivos, datados e assinados pelo emitente e pelo credor".*

A dificuldade que os registradores encontram para o registro do penhor rural, na matrícula do imóvel, se dá em razão de considerarem que estes bens móveis dados em garantia são independentes dos imóveis, razão pela qual o registro no livro auxiliar bastaria para a sua constituição e devida publicidade.

Acesso ao Sumário

5. Dos inconvenientes da falta do registro do penhor na matrícula do imóvel

O primeiro e mais importante inconveniente da falta de registro do penhor na matrícula do imóvel se apresenta quando da compra e venda de imóvel pela modalidade *"ad corpus"* ou pelo dito popular "de porteira fechada".

Suponhamos que "A" queira comprar uma "fazenda de vastos pastos e

4 Uma exceção a essa regra é o disposto no § 4º do artigo 35 da Lei nº 4.591/64, que por meio de averbação confere um direito real oponível a terceiros. Entendemos que esse dispositivo é uma falha técnica do legislador que confunde ato de averbação com ato de registro.

5 Art. 7º do Dec. Lei nº 167/67.

um pomar, bem tudo o que estiver dentro" situada no Povoado Nova Olinda, no Município de Alto Alegre do Pindaré, Estado do Maranhão e que na negociação ficou acertado que o preço pago seria o equivalente para o pagamento do imóvel, acréscimos e de todos os bens móveis existentes lá.

Contudo, "A" não sabia que os animais existentes nessa fazenda são objeto de cédula rural pignoratícia já registrada apenas e tão somente no Livro 3 do Registro de Imóveis competente, e que "B", por descuido ou má-fé, simplesmente deixou de indicar na escritura.

Imagine, ainda, que o credor da cédula pignoratícia, sem saber que o imóvel fora vendido, resolva ir ao local verificar como estão os bens apenhados e se o crédito rural que fora financiado realmente está sendo utilizado como deveria.

O comprador "A" é obrigado a deixar o credor adentrar no seu imóvel? Assume a dívida que não sabia existir?

Acontece que a Lei nº 7.433/85 reza em seu artigo 1º, § 2º que *"O tabelião consignará no ato notarial a apresentação do documento comprobatório do pagamento do Imposto de Transmissão inter vivos, as certidões fiscais e as certidões de propriedade e de ônus reais, ficando dispensada a sua transcrição".* Nesses termos, nem o tabelião, nem o comprador poderiam ter ciência do penhor dos animais vinculados ao imóvel objeto da compra e venda, tendo em vista que a certidão de ônus necessariamente sairia negativa, já que é expedida em razão apenas do livro 2, ou seja, em razão da matrícula do imóvel.

Outro inconveniente que pode acontecer é quando o credor de cédula rural pignoratícia, defere o crédito rural (financiamento) e solicita à parte o registro da cédula para que o dinheiro possa ser liberado.

Contudo, quando da qualificação do título percebe-se que o imóvel não possui matrícula, ou seja, trata-se apenas e tão somente de posse[6].

Esta cédula não pode adentrar o registro de imóveis porque este não se presta a registros que não estejam vinculados a direitos reais, principalmente ao direito de propriedade.

Até mesmo direitos pessoais que ingressam no Registro de Imóveis por expressa determinação legal, guardam relação ao menos com o direito de propriedade exercido ou que um dia o será (como no caso dos pactos antenupciais, em que os nubentes não têm bem imóveis ainda, mas que, por força de lei, o registram no Livro 3 – Auxiliar)[7].

A prática do registro do penhor apenas no Livro 3 faz com que o registrador

6 Este inconveniente tem acontecido com certa regularidade na Serventia Extrajudicial de Alto Alegre do Pindaré/MA. O credor de Cédula Rural (geralmente bancos) solicitam o registro do título apenas no livro 3 e não se preocupam se o imóvel está devidamente matriculado. Este equívoco faz com que os posseiros de terras não se preocupem na regularização imobiliária.

7 Art. 167, item 12 c/c Art. 178, III da Lei nº 6.015/73.

não possa fazer uma qualificação negativa das cédulas rurais pignoratícias que vinculem imóveis sem matrícula, vez que não teria fundamento jurídico para tanto.

Deferir-se-ia um crédito, garantido por um penhor irregularmente constituído (apenas no livro 3) e vinculado a um imóvel que sequer poderíamos dizer que existe, pois para a emissão dessa cédula, bastaria a declaração do emitente de que os animais estariam nesse imóvel.

A prática recorrente de registro desse tipo de cédula apenas no livro 3, faz com que credores solicitem o registro da cédula, vinculadas aos imóveis que não possuem matrícula, e alguns registradores o fazem por ser apenas no livro auxiliar e por imaginarem que esses bens não guardam relação com os imóveis aos quais estão vinculados.

Este não é o espírito do registro imobiliário. Os professores Décio Antônio Erpen e João Pedro Lamana Paiva sabiamente descrevem a função do sistema registral imobiliário:

> A verdadeira função do sistema registral imobiliário está em tutelar a propriedade privada, bem assim combater a clandestinidade, irmã gêmea da fraude. (IRIB. Introdução ao Direito Notarial e Registral, p. 171, 2004).

Como o credor poderá ver o seu crédito satisfeito se a garantia pela cédula emitida não chegou a ser de fato constituída?

6. Dos Princípios do Registro de Imóveis

Três princípios registrais podem ser invocados como norteadores do entendimento do que fora explanado: 1 – Segurança Jurídica; 2 – Concentração dos atos na matrícula e 3 – Publicidade.

A segurança jurídica é a razão de ser dos registros públicos, e, por isso mesmo, esse ramo do direito deixou de ser apenas um apêndice do direito civil para se tornar um ramo autônomo do direito.

Acesso ao Sumário

Os juristas Décio Antônio Erpen e João Pedro Lamana Paiva aclaram esse princípio ao declararem que:

> Se o Registro Imobiliário constitui-se no único mecanismo confiável para noticiar-se à comunidade o que lhe pode ser oponível, mister que o mesmo seja completo, ágil, seguro e universal, similar a uma Encíclica Papal: *urbi et orbi.* (IRIB. Introdução ao Direito Notarial e Registral, p. 182, 2004).

Pelo princípio da concentração dos atos na matrícula do imóvel temos que entender que as inscrições no fólio real sejam tão completas que dispensem

diligências outras. Somente dessa forma podemos garantir a própria segurança jurídica. E os autores acima citados continuam:

> O art. 167, da Lei 6.015/73, pode ser considerado exaustivo por alguns. Todavia, o apego a essa conclusão não enriquece o sistema, também porque o art. 246, da mesma Lei, permite ilações no sentido de se dar elasticidade ao comando legal.
>
> Assim, a nosso ver, nenhum fato jurígeno ou ato jurídico que diga respeito à situação jurídica do imóvel ou às mutações subjetivas pode ficar indiferente à inscrição na matrícula. Além dos atos translativos de propriedade, das instituições de direitos reais, a ela devem acorrer os atos judiciais, os atos que restringem a propriedade, os atos constritivos (penhoras, arrestos, sequestros, embargos), mesmo de caráter acautelatório, as declarações de indisponibilidade, as ações pessoais reipersecutórias e as reais, os decretos de utilidade pública, as imissões nas expropriações, os decretos de quebra, os tombamentos, comodatos, as servidões administrativas, os protestos contra a alienação de bem, os arrendamentos, as parcerias, enfim, todos os atos e fatos que possam implicar a alteração jurídica da coisa, mesmo em caráter secundário, mas que possa ser oponível, sem a necessidade de se buscar alhures informações outras, o que conspiraria contra a dinâmica da vida. (IRIB. Introdução ao Direito Notarial e Registral, p. 181, 2004).

A publicidade gera a ficção do conhecimento, assim, a realização de um ato de registro, seja a abertura de matrícula, um registro ou averbação dá a ideia de conhecimento por todos.

Essa publicidade garante a oponibilidade *erga omnes* aos direitos originados através do ingresso do título no fólio real.

Contudo, deve bastar para o registrador gerar essa ficção de conhecimento, quando ele tem em mãos meios para fazer com que esse conhecimento se torne mais palpável.

7. Conclusão

O registro do penhor na matrícula do imóvel deve se tornar prática entre os registradores de imóveis. A própria constituição desse direito real de garantia depende de sua correta inscrição nos livros imobiliários.

O registro do penhor rural apenas no livro 3 não é suficiente para constituí-lo, por falta expressa de norma nesse sentido.

Ademais, os princípios registrais imobiliários, por si só, já dariam embasamento suficiente para essa nova prática.

Precisamos fazer com que o Registro de Imóveis avance e abarque cada

Acesso ao Sumário

vez mais atos, vez que a sua função primordial é dar segurança jurídica às relações no corpo social.

Pensar no registro de imóveis como meio de pacificação social é pensar num registro que não seja engessado por formalismos desnecessários ou entendimentos que não abarquem a real intenção do legislador.

8. Referências

CARVALHO, Afrânio de. A matrícula no registro de imóveis (publicado na Revista de Direito Imobiliário, RDI, 5/31, jan-jun. 1980). Revista dos Tribunais. Direito Registral. Registros Públicos. Doutrinas Essenciais. 2ª Ed., Vol. VI, São Paulo, 2014.

ERPEN, Antônio Décio. PAIVA, João Pedro Lamana. Princípios do Registro Imobiliário Formal. IRIB. Introdução ao Direito Notarial e Registral. Porto Alegre, 2004.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros Públicos: teoria e prática. Editora Método. 5ª Ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro, 2014.

PASSARELLI, Luciano Lopes. Teoria Geral da Certidão Registral Imobiliária: O princípio da publicidade na era do registro de imóveis eletrônico. Ed. Quinta Editorial. São Paulo, 2010.

RODRIGUES, Marcelo. Tratado de registros públicos e direito notarial. Ed. Atlas. São Paulo, 2014.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2112282-88.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PAULO JOSÉ EL KHOURIL KHOURI, é agravado JOSE ANTONIO CAETANO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24934)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALVARO PASSOS (Presidente) e GIFFONI FERREIRA.

São Paulo, 15 de agosto de 2016.

JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento. Cumprimento de sentença. Prescrição - Inocorrência. Prazo que não corre em face de obrigação do sócio até que desconsiderada a personalidade jurídica da sociedade. Não configuração da prescrição intercorrente.

Possibilidade de o promissário comprador defender o imóvel. Aplicação, por analogia, da Súmula nº 84 do STJ.

Exceção de pré-executividade que pode ser utilizada diante da juntada de prova pré-constituída e das questões de ordem pública aduzidas.

Nulidade da desconsideração não comprovada - Entendimento de que ocorreu desvio de finalidade mantido.

Bem de família - Configuração. Provas dos autos que demonstram a condição de impenhorabilidade do objeto, até porque não apontados outros imóveis de propriedade do agravante.

Acesso ao Sumário

Decisão reformada. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão copiada a fls. 81/82, que apreciou a exceção de pré-executividade, afastando a alegação de prescrição, da impenhorabilidade do bem de família e determinando a expedição de carta precatória para a avaliação do imóvel penhorado.

Sustenta o agravante que, em fase de cumprimento de sentença, houve a desconsideração da personalidade jurídica da empresa Energie, redirecionando-se a execução ao agravante e demais sócios. Foi determinada a penhora do apartamento de matrícula 20.579, do 1º Cartório do Registro de Imóveis de Londrina. Alegou em exceção de pré-executividade a prescrição da dívida, a ausência de responsabilidade dele e a impenhorabilidade do objeto, por ser bem de família.

Negado efeito suspensivo à fl. 98/99, veio contraminuta a fls. 120/108.

É o relatório.

É caso de parcial provimento do recurso.

Respeitadas as alegações, não corre a prescrição contra os sócios de pessoa jurídica antes de declarada, pelo juízo, a ocorrência de desconsideração da personalidade jurídica.

Ressalte-se a noção de subsidiariedade, estabelecida no art. 596 do Código de Processo Civil de 1973, que estava em vigor quando da desconsideração da personalidade jurídica da empresa Energie:

> *"Art. 596. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro excutidos os bens da sociedade.*
>
> *§ 1º Cumpre ao sócio, que alegar o benefício deste artigo, nomear bens da sociedade, sitos na mesma comarca, livres e desembargados, quantos bastem para pagar o débito.*
>
> *§ 2º Aplica-se aos casos deste artigo o disposto no parágrafo único do artigo anterior."*

Consoante o disposto no artigo acima, tanto nos casos de responsabilidade do administrador quanto nos do sócio, primeiro deve ser exaurido o patrimônio da sociedade. Apenas depois, sobejando dívida, é possível, quando for o caso, excutir bens pessoais.

Ora, se a lei garante o benefício de ordem, que vem a ser um escudo de proteção dos bens pessoais face às obrigações da sociedade, não há falar em prescrição em favor deles, até porque o credor ainda não dispõe de ação contra os sócios.

Acesso ao Sumário

Posto isso, somente posteriormente à realização da desconsideração da personalidade jurídica começa a fluir o prazo prescricional.

Afasta-se, portanto, a tese da prescrição, até porque não configurada a inércia do exequente.

Por decorrência da Súmula 84 do STJ, aqui aplicada por analogia, ao compromissário comprador de contrato não registrado foi permitida a proteção da sua posse. Assim, há legitimidade do agravante para defender o bem.

Por sua vez, a exceção de pré-executividade consiste na "impugnação da execução no juízo de admissibilidade da ação executiva, por terceiro interessado ou por qualquer das partes, na qual se arguem matérias processuais de ordem pública bem como matérias pertinentes ao mérito, desde que cabalmente passíveis de comprovação mediante prova pré-constituída, em qualquer grau de jurisdição, ou simples petição e procedimento próprio, que suspende o processo até seu julgamento definitivo, visando a desconstituição da ação executiva e a sustação dos atos materiais de constrição do patrimônio do executado" (MOREIRA, Lenice Silveira, A Exceção de Pré-Executividade e o Processo de Execução Fiscal).

Dessa forma, há legitimidade da parte e adequação do meio utilizado, sendo o mérito vinculado à juntada de prova pré-constituída.

Ressaltando que a sociedade estaria sendo utilizada em flagrante fraude contra terceiros, a decisão de fls. 25/26 determinou a desconsideração da personalidade jurídica.

Ora, em rápida análise do cadastro da empresa na JUCESP, tem-se que o Juízo Federal do Paraná averbou a indisponibilidade dos bens pertencentes a esta, bem como os dos sócios dela.

No Código Civil, a desconsideração da personalidade jurídica está prevista no art. 50 do Código Civil, *in verbis*:

> *"Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócio da pessoa jurídica".*

Como se vê, quando a pessoa jurídica se desviar dos fins que determinam sua constituição, pelo fato de os sócios ou administradores a utilizarem para alcançar objetivo diverso do societário, ou quando houver confusão patrimonial em razão de abuso da personalidade jurídica, o judiciário, a pedido do interessado ou do Ministério Público, estará autorizado, a desconsiderar momentaneamente a personalidade jurídica a fim de responsabilizar seus sócios.

Ocorrerá desvio de finalidade, sempre que a pessoa jurídica não cumprir a

Acesso ao Sumário

finalidade a que se destina, causando, com isso prejuízo a terceiros, considerando também como desvio de finalidade, ou melhor, desvio de função, o desrespeito ao princípio da função social da empresa.

Observado o desvio de finalidade, algo também reconhecido pelo Juízo Federal, ocorreu a desconsideração da personalidade jurídica, não havendo elementos nos autos para a modificação de tal decisão, prova que deveria ter sido acostada pelo agravante.

É caso de provimento do recurso quanto à alegação de ser o caso de bem de família.

Mais do que a conta de energia acostada, o laudo de avaliação firmado por avaliador judicial (fls. 65/68), foi contatada a posse do objeto em favor do agravante, sendo acordada a outorga da escritura definitiva do imóvel por sentença judicial (fls. 62/64).

Dessa maneira, comprovou-se por prova pré- constituída o fato de que o objeto penhorado é bem de família e não pode ser constrito em sua totalidade, mesmo que em valor considerável, porquanto não demonstrada a existência de outros imóveis de propriedade do agravante.

Do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2114640-26.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante AGUINALDO CARDIN, é agravado COMPANHIA METROPOLITANA DE HABITAÇÃO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.423)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO GODOY (Presidente) e ALCIDES LEOPOLDO e SILVA JÚNIOR.

São Paulo, 19 de agosto de 2016.

CHRISTINE SANTINI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de Instrumento - Cumprimento de sentença - Decisão que indeferiu pleito de desbloqueio de valores - Contas bloqueadas que se caracterizam como conta-salário e conta poupança de pequeno

valor - Impossibilidade de penhora - Inteligência do artigo 833, incisos IV e X, do Código de Processo Civil - Reforma da decisão agravada. Dá-se provimento ao recurso.

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto por Aguinaldo Cardin contra decisão que, em ação de resolução contratual cumulada com pedido de perdas e danos movida pela Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo - COHAB/SP, ora em fase de cumprimento de sentença, indeferiu pleito de desbloqueio de valores. Pretende o agravante a reforma da R. Decisão, para o fim de que seja reconhecida a impenhorabilidade do valor depositado em conta poupança, por ser inferior a 40 salários mínimos, e do valor constante de conta corrente, por ser relativo a proventos de aposentadoria, determinando-se o imediato desbloqueio.

Processado regularmente o recurso, foi deferido o efeito ativo pleiteado (fls. 57/58), foram prestadas informações (fls. 61/66 e fls. 68/73) e não houve oferta de contraminuta pelo agravado ou oposição ao julgamento virtual, nos termos de certidão de fls. 76.

É o relatório.

2. O recurso merece provimento.

A agravada ajuizou ação de resolução contratual cumulada com pedido de indenização por perdas e danos em face do agravante que foi julgada procedente para decretar a rescisão do compromisso de compra e venda celebrado entre as partes e reintegrar a agravada na posse do imóvel, com a perda das prestações pagas, sendo imposta a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em 10% do valor da causa.

Na fase de cumprimento de sentença foi postulada a penhora "on-line" de contas bancárias do agravante, sendo efetivado o bloqueio do valor total de R$ 7.955,12.

O agravante peticionou nos autos postulando o desbloqueio dos valores alegando que a quantia de R$ 2.022,64 existente em conta corrente refere-se a proventos de aposentadoria e que o valor de R$ 5.931,98 bloqueado em conta poupança é impenhorável, nos termos do artigo 833, inciso X, do Código de Processo Civil, por ser inferior a 40 salários mínimos.

A pretensão foi indeferida pelo MM. Juízo "a quo", por decisão proferida nos seguintes termos (fls. 17/18):

"Vistos.

1) Fls. 234/237: cuida-se de pedido de desbloqueio de aplicação

Acesso ao Sumário

financeiras do devedor, na qual bloqueou-se dinheiro em conta.

Preambularmente, cumpre observar que o bloqueio eletrônico das aplicações financeiras do devedor resulta de convênio firmado como o Banco Central do Brasil, nada havendo de irregular.

(...)

Ademais, a garantia obtida pelo credor, quanto ao pagamento de seus créditos, é o patrimônio do devedor. E. ressalvadas atividades obscuras, o patrimônio do devedor é resultado do acúmulo de rendimentos obtidos ao longo de seu período laboral.

Logo, nada há de irregular na penhora de dinheiro em conta corrente do devedor, ainda que tais valores sejam oriundos de pagamento de salário. A situação não se confunde com a do artigo 649, inciso IV, do Código de Processo Civil, que veda a penhora do próprio salário, é dizer, impede que a penhora se aperfeiçoe de modo tal que o salário do devedor seja pago, por seu empregador, diretamente a seu credor.

Note-se que a nova redação do artigo 655, inciso I, do Código de Processo Civil é expressa ao tratar a penhora de depósitos ou aplicações em instituições financeiras como espécie de penhora em dinheiro. Aliás, a constrição sobre dinheiro depositado em instituições financeiras encabeça o rol de bens penhoráveis, figurando como o primeiro, na ordem de preferência. A acolher a tese do devedor, o escopo da norma em questão ficaria esvaziado, já que a quase totalidade dos depósitos bancários advém de acúmulos salariais.

(...)

Normalmente se aponta como peculiaridade do processo executivo a diretriz pela qual a execução deve redundar em proveito do credor, no resultado mais próximo que se teria caso não tivesse havido a transgressão de seu direito. Essa orientação, porém, não é mais do que desdobramento do princípio da máxima utilidade da atuação jurisdicional, sintetizada na célere afirmação de que o processo deve dar a quem tem direito tudo aquilo e exatamente aquilo a que tem direito, inerente à garantia da inafastabilidade da adequada tutela jurisdicional (Constituição Federal, artigo 5°, inciso XXXV).

Ora, o credor de obrigação de pagar tem direito de quê? Claro que é dinheiro. Então, nada mais justo que a penhora recaia sobre o bem que o devedor deixou de entregar ao credor, isto é, dinheiro.

Como convém não só a quem professa a religião cristã: 'NÃO DEVAIS NADA A NINGUÉM, A NÃO SER O AMOR MÚTUO (...)'

Mantenho a decisão anterior, nada havendo a reconsiderar. (...)"

Acesso ao Sumário

Pelos documentos de fls. 46/54 verifica-se que a conta poupança bloqueada tem limite inferior a 40 salários mínimos e o valor existente em conta corrente é proveniente de proventos de aposentadoria. Assim, as verbas nelas constantes tem caráter impenhorável, nos termos do artigo 833, incisos IV e X, do Código de Processo Civil, que dispõe:

"Art. 833. São impenhoráveis:

...

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos do trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2°;

...

X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos;"

Assim, por expressa determinação legal, é impenhorável o rendimento que visa a assegurar a subsistência do executado, razão pela qual deve ser afastado o bloqueio da conta indicada pelo agravante para recebimento do benefício de aposentadoria por invalidez, assim como o de conta-poupança de pequeno valor, uma vez que a hipótese dos autos não se enquadra na prevista no parágrafo 2° do artigo 833 do Código de Processo Civil.

Nestes termos, é de ser reformada a R. Decisão agravada, para o fim de afastar o bloqueio de conta salário e conta poupança de pequeno valor.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso de agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2128276-59.2016.8.26.0000, da Comarca de Ipauçu, em que é agravante SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS, são agravados MARIA DE LOURDES DA SILVA, LUIS FERNANDO CARDOSO e JOÃO CARLOS BARREIROS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por votação unânime, e para o fim mencionado, é que deram provimento ao recurso", em conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.253)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA (Presidente sem voto), TEIXEIRA LEITE e FÁBIO QUADROS.

São Paulo, 9 de setembro de 2016.

MAIA DA CUNHA, Relator

E menta: Seguro habitacional. Inversão do ônus da prova. Teoria da carga dinâmica da prova, prevista no art. 373, §1º, do NCPC, que exige *facilidade para uma das partes e impossibilidade ou extrema dificuldade* para a outra que deveria produzir a prova. Determinação para que a seguradora agravante junte as apólices contratadas pelos autores que é inviável diante da alegação de ilegitimidade passiva e de não ter sido a seguradora responsável pela construção, cabendo à CDHU a providência. Hipossuficiência econômica que não acarreta, necessariamente, a hipossuficiência técnica. Impossibilidade de afirmar, ao menos em análise perfunctória, que possua os documentos referentes aos autores. Necessidade de expedição de ofício à CDHU para que traga as informações necessárias ao deslinde da controvérsia. Recurso provido para tanto.

VOTO

Insurge-se a Seguradora agravante contra a r. decisão que, em ação de indenização securitária, determinou a inversão do ônus da prova para que a ré juntasse cópias das apólices de cada um dos autores. Sustenta, em suma, que não está configurada a hipossuficiência jurídica dos agravados ou a sua vulnerabilidade, havendo entendimento do STJ no sentido da inaplicabilidade do CDC para os casos envolvendo o FSH. Afirma que está impossibilitado de juntar os documentos, porquanto não detém a posse das apólices, caracterizando prova diabólica, devendo ser expedido Ofício ao agente financeiro (CDHU) para que traga aos autos os documentos, sob pena de cerceamento de defesa caso a agravante não consiga fazer prova contra os agravados.

Concedi o efeito suspensivo às fls. 119/120.

Contraminuta às fls. 123/127, pugnando pelo improvimento do recurso.

Este é o relatório.

O recurso, com a devida vênia, merece provimento.

Acesso ao Sumário

Antes de tudo, assente-se se tratar do instituto da inversão do ônus da prova estabelecido na teoria da carga dinâmica da prova, prevista no §1º do art. 373 do NCPC, e que possibilita ao juiz a distribuição do ônus da prova de forma diversa daquela prevista no *caput*, se presentes alguns requisitos, e a partir da análise de quem tem melhores condições de produzir a prova. Irrelevante, desse modo, a discussão acerca da incidência do Código de Defesa do Consumidor, e do recente entendimento do C. STJ sobre o tema.

E, a despeito da desvantagem econômica dos agravados, não se verifica hipossuficiência técnica, consubstanciada na impossibilidade dos requerentes provarem suas alegações por carecerem de meios hábeis para tanto e ensejar a inversão do ônus da prova.

Relevante notar, por oportuno, que a seguradora ré fundamenta sua defesa com base na ilegitimidade passiva, alegando que nunca atuou como seguradora no contrato de financiamento do imóvel cuja indenização se reclama, já que atuou apenas como administradora da apólice do FSH no período de 2007 a 2009, quando a apólice pública do Ramo 66 foi extinta. Afirma, nesse sentido, que ao consultar o cadastro dos imóveis objetos da lide, verificou que os mutuários ali cadastrados firmaram contrato de seguro com a Companhia Excelsior de Seguros e a Companhia de Seguros do Estado de São Paulo.

Assim, não se pode imputar à seguradora ré a obrigação de juntar documentos que, sem a devida instrução probatória, não se sabe ainda se é ela quem os detém. Nesse sentido, somente com a juntada dos documentos em questão e com a fase de instrução é que o Magistrado reconhecerá ou afastará a responsabilidade da ré em indenizar os autores, cabendo a este Tribunal apenas analisar, neste momento processual, a obrigação da seguradora em juntar as cópias das apólices de cada um dos mutuários.

E tal como prevê a doutrina acerca da teoria da carga dinâmica da prova, "*O juiz deve se atentar, portanto, de um lado, para a* ***facilidade*** *com que uma das partes poderá produzir a prova de determinado fato, e, de outro, para a* ***impossibilidade*** *ou* ***extrema dificuldade*** *que a parte, a quem originariamente incumbiria o ônus, teria para se desincumbir desse ônus. A facilidade, dificuldade ou impossibilidade está relacionada ao aspecto* ***técnico****, e não econômico, pois, em relação a este, há as regras da assistência judiciária gratuita. Se a extrema dificuldade for de* ***ambas*** *as partes,* ***não*** *há que se redistribuir o ônus*" (Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por Artigo. Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Mello. Ed. Revista dos Tribunais, 2ª Ed., São Paulo, 2016. Comentários ao art. 373, pp. 724).

E, repise-se, ao menos em análise superficial, em que há carência de provas acerca da legitimidade da ré, não há como presumir sua possibilidade em

Acesso ao Sumário

juntar as apólices referentes aos autores.

Contudo, sendo os documentos em questão necessários ao deslinde do feito e à apreciação da controvérsia, é de rigor a expedição de Ofício à CDHU para que traga todas as informações acerca das apólices contratadas pelos autores.

Para tanto, o provimento do recurso.

Pelo exposto, e para o fim mencionado, é que se dá provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2061221- 91.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes PAOLA CAROLINE MARCHETTI e CARLA FABIOLA MARCHETTI, é agravada CELINA CAPELLA MARCHETTI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8.217)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO GODOY (Presidente sem voto), AUGUSTO REZENDE e RUI CASCALDI.

São Paulo, 13 de setembro de 2016.

ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JÚNIOR, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Inventário - Bem adquirido pela companheira do companheiro durante a união estável na vigência do Código Civil de 1916 - Validade - Bem reservado - Exclusão da partilha - Alegada simulação a ser discutida em ação própria - Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, sem pedido de liminar, nos autos de inventário dos bens deixados por Ivan Marchetti, da decisão reproduzida, nestes autos, às fls. 63, na parte em que indeferiu o pedido feito pelas agravantes, de inclusão na partilha, do imóvel descrito às fls. 53, objeto de compra e venda entre o falecido e sua companheira, ora recorrida, sob o fundamento de já haver se pronunciado (fls.37), no sentido de que não deve integrar a partilha, contra o

que não foi interposto recurso, estando preclusa a questão.

Sustentam as recorrentes que não há preclusão, pois possuem direito a parte do imóvel, uma vez que não houve renúncia, não se discutindo no processo a forma de aquisição pela ex-companheira, mas sim que foi na constância da união estável, integrando o patrimônio do casal, motivo pelo qual, esperam seja reconhecido seu direito, à fim de evitar sobrepartilha, devendo-se analisar o art. 1.790, II, com o art. 1.725 e respeitado o art. 1.660, I, todos do Código Civil.

Pleiteiam a reforma da decisão, com a partilha do imóvel adquirido pela companheira durante a união estável.

Houve resposta às fls. 72/84, arguindo-se preliminarmente ser o recurso manifestamente improcedente, diante da impossibilidade de sua interposição contra despacho de mero expediente, sem conteúdo decisório, no qual o magistrado se limitou a recordar e enumerar todas as decisões tomadas ao longo da demanda, que já estão cobertas pelo manto da preclusão, decorrente da ausência de impugnação, bem como sua intempestividade, pois protocolado em 22/03/2016, sendo a decisão que causou o gravame proferida em 21/01/2015 e publicada em 29/01/2015, expirando o prazo para sua interposição em 09/02/2015, requerendo, quanto ao mais, a improcedência do agravo de instrumento e a aplicação da pena de litigância de má-fé.

Não houve oposição ao julgamento virtual (fls. 87).

É o Relatório.

As agravantes nas primeiras declarações relacionaram dentre os bens do Espólio, 50% do apartamento n. 74 da Rua Samuel Porto, n. 278, na Saúde (fls. 14), o que foi impugnado pela agravada, companheira do *de cujus*, sob a alegação de se cuidar de bem exclusivo (fls.23), por tê-lo adquirido do falecido.

Em sua manifestação, as herdeiras sustentaram que a aquisição pela recorrida ocorreu de forma simulada (fls.33), e que teria apenas direito de habitação e que se "foi adquirido durante a constância, cabe a ambos" (fls.35).

Ao apreciar a questão, o D. Magistrado dispôs que: "referente à discussão do imóvel situado no Bairro da Saúde/SP, não deverá ser colacionado, visto que o bem não foi objeto de doação e sim de compra e venda, sendo que eventual simulação do negócio jurídico deverá ser postulada em vias próprias" (fls.37 - n. 4).

Não houve recurso oportuno, mas como nada dispôs acerca do direito de meação, deve ser admitido o presente recurso nesta parte, não ocorrendo a preclusão.

O bem em questão era exclusivo do *de cujus*, que lhe foi atribuído quando de sua separação judicial da mãe das herdeiras, e a discutida compra pela agravada teria ocorrido no ano de 2001.

Acesso ao Sumário

O Código Civil de 2002, que lhe é posterior, expressamente dispôs no seu art. 499 que: "é lícita a compra e venda entre cônjuges, com relação a bens excluídos da comunhão", o que necessariamente se aplica à uniões estáveis, que se regem pelo regime diverso da comunhão de bens.

No caso específico, como assinalado no julgamento do REsp 738.464/DF (Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 02/02/2010), não havia no Código Civil de 1916, qualquer dispositivo que proibisse a alienação de bem imóvel para companheiro, e nesta situação não se pode pretender que ocorresse imediata comunicação por parte do vendedor, que recebeu o preço, devendo- se considerar bem reservado (art. 246 do Código Civil/1916).

A questão da simulação deve ser discutida na via própria, como constou da decisão, observando-se que à época era negócio jurídico anulável, e estando o bem em nome exclusivo da recorrida não deve ser relacionado no inventário.

Não se caracterizou litigância de má-fé pela interposição do recurso, mas exercício regular de direito.

Inexistiu violação aos arts. 1.790, II, 1.725 e 1.660, I, todos do Código Civil/2002.

Pelo exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2093572-20.2016.8.26.0000, da Comarca de Ubatuba, em que é agravante D.P., é agravado A.B.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Em razão da ausência eventual do 2º Juiz, Desembargador Erickson Gavazza Marques, a turma julgadora original foi alterada com as devidas substituições. Em seguida, deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30438)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA VIEGAS (Presidente sem voto), J.L. MÔNACO DA SILVA e JAMES SIANO.

São Paulo, 24 de agosto de 2016.

A.C.MATHIAS COLTRO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de Instrumento - Anulatória de escritura pública - Direito de preempção - Condômino não cientificado da alienação de parte do imóvel a terceiro - Prazo decadencial previsto no artigo 504 do Código Civil que passa a fluir da data do registro da venda, que, por sua vez, retroage à data da prenotação - Exegese do artigo 1246 do mesmo *codex* - Precedentes desta E. Corte - Depósito do valor visando à adjudicação, todavia, a destempo e sem contemplar a devida correção monetária - Decadência do direito de preempção - Agravo provido.

VOTO

Agravo de instrumento contra decisão que, na fase de saneamento, rejeitou a prejudicial de decadência, determinando a realização de audiência de instrução.

Pretende o recorrente a reforma do decisum, com o acolhimento da preliminar, ressaltando que o prazo decadencial de 180 dias previsto no artigo 504 do Código Civil passa a fluir do registro da escritura no CRI, que retroage à data de sua respectiva prenotação, consoante a norma do artigo 1246 do mesmo codex. Desse modo, considerando que a prenotação se deu em 05 de maio de 2015, com a posterior confirmação do registro, o direito de preferência alegado pelo agravado somente poderia ser exercido até 1º de novembro de 2015, todavia, a demanda só foi ajuizada em 04 de novembro de 2015.

Regularmente processado, foi apresentada a contraminuta (págs. 301/310) e foram prestadas as informações (págs. 311).

É o relatório necessário.

Pese o considerado pelo egrégio juízo, tem-se que o inconformismo comporta acolhida.

Segundo se verifica, em 05 de maio de 2015 o ora recorrente levou ao CRI de Ubatuba escritura pública da aquisição de 87,4939 do imóvel matriculado sob o nº 9957, sobrevindo a confirmação do registro em 18 de maio de 2015 (págs. 40 destes autos).

Entretanto e na condição de condômino, ajuizou a demanda visando à anulação do registro, sob a alegação de ter sido violado seu direito de preferência, previsto no artigo 504 do Código Civil, porquanto os alienantes não lhe deram oportunidade para oferecer proposta de aquisição.

Ora, como é cediço, o prazo decadencial para o exercício do direito de preempção, previsto no artigo 504 do Código Civil, passa a fluir do registo da escritura no CRI, excetuada hipótese de prova de ciência anterior a tal ato.

Acesso ao Sumário

A esse respeito, leciona Álvaro Villaça Azevedo[1]:

"O prazo decadencial, portanto, começa a fluir do registro imobiliário, se não houver outra prova evidente de que o condômino preterido em seu direito de preferência teve conhecimento efetivo da venda, antes do aludido registro."

Desse entendimento não se aparta a jurisprudência desta E. Corte:

AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO. Pleito fundado na violação do direito de prelação entre condôminos. Descabimento. Imóvel pertencente a quatro irmãos. Alienação da quota-parte pelos coautores, que alegam ser analfabetos, requerendo a nulidade do ato. Ausência de verossimilhança na alegação, porquanto participaram do ato. Decadência do exercício do direito de preferência pelo outro irmão, porquanto superado, há tempo, o prazo decadencial de seis meses previsto no artigo 1.139 do CC/16, vigente à época dos fatos. Violação a direito de preferência que não provoca a nulidade, mas tão somente a ineficácia relativa do negócio. Ex-esposa do co-proprietário que não era condômina, não lhe cabendo o exercício do direito de preferência. Ação julgada improcedente. Sentença mantida. Recurso não provido. AÇÃO DE EXTINÇÃO DO CONDOMÍNIO. Pleito ajuizado pelos compradores em face dos condôminos subsistentes. Aplicação dos artigos 1117, inciso II e 1118, do Código de Processo Civil c/c artigos 1322 e 1504 do Código Civil vigente. Ação julgada procedente. Sentença mantida. Recurso não provido. (Apel. 0001986-95.2001.8.26.0602 Rel. Des. Francisco Loureiro - 6ª Câmara de Direito Privado - j. 12/01/2012)

Extinção de condomínio. Gleba rural - Apelados alienaram as frações ideais a terceiro. Fato se deu em outubro de 2007. Exercício de preferência dos condôminos apelantes já se exauriu, ante a decadência ocorrida. Aplicação do artigo 504, 'caput', última parte, do Código Civil. Apelo desprovido, com observação.

(Apel. 9061214-24.2009.8.26.0000 - Rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda - 4ª Câmara de Direito Privado j. 27/05/2010)

DIREITO DE PREFERÊNCIA. Venda de quinhão em coisa comum. Artigo 504 do Código Civil. Falta de comunicação a condômino. Decadência. Prazo contado a partir do registro imobiliário, salvo se houver outra prova evidente de que o condômino preterido em seu direito de preferência teve conhecimento efetivo da venda, antes do aludido registro. Decurso de prazo superior a 180 dias entre o registro imobiliário e o ajuizamento da demanda. Impossibilidade de considerar como termo inicial do prazo decadencial o momento em que o condômino preterido pesquisou a situação do imóvel no cartório. Caso, ademais, em que o depósito do preço não se deu no momento do ajuizamento da ação, pois recolhida quantia ao fisco estadual. Depósito judicial posterior, no curso da

Acesso ao Sumário

1 Comentários ao Novo Código Civil - Vol. VII - 2ª edição - Rio de Janeiro - Forense - 2011 - pág. 298.

demanda, realizado bem depois do prazo, mesmo se contado a partir da pesquisa no cartório. À decadência não se aplicam causas impeditivas, suspensivas ou interruptivas do seu curso. Decadência corretamente pronunciada. Apelação não provida.

(Apel. 0008345-89.2008.8.26.0093 - Rel. Des. Guilherme Santini Teodoro - 2ª Câmara de Direito Privado j. 08/10/2013)

Por outro lado, a norma do artigo 1246 do Código Civil, correspondente ao artigo 534 do Código de 1916, estabelece que a eficácia do registro se dá com a apresentação do título ao oficial do CRI e este o prenotar no protocolo.

No caso, respeitado o entendimento externado em primeiro grau, tem-se que a data da prenotação é, efetivamente, o termo inicial do prazo decadencial.

Conforme Walter Ceneviva,

"Prenotação é assentamento prévio, no protocolo. Assegura precedência do direito real ao qual o título se refere. Seus efeitos destinam-se à vida efêmera; cessam em trinta dias se o interessado se omitir no atendimento de exigências legais opostas pelo oficial. Se, entretanto, o registro for cumprido, a precedência do direito real começa com a prenotação".[2]

Ademais e de acordo com Maria Helena Diniz:

"A transcrição datar-se-á do dia em que se apresentar o título ao oficial do registro e este o prenotar no protocolo, que constitui a chave do registro geral, destinando-se ao apontamento de todos os títulos apresentados diariamente para serem registrados (Lei n. 6.015/73, art. 174). Será o número de ordem do título no Livro do Protocolo que determinará a prioridade do título de preferência do direito real (Lei n. 6.015/73, art. 182; RT, 154:311 e 179:138; Adcoas, n. 74.832, 1981). É desse apontamento que se assinala a entrada em cartório do título, dando origem ao começo da oponibilidade aos terceiros e à publicidade".[3]

Destarte, o termo a quo do prazo decadencial de 180 dias é a data em que prenotado o título (05.05.2015, págs. 40) e o termo final se deu em 1º de novembro de 2015.

Disso não discrepa a jurisprudência:

FRAUDE CONTRA CREDORES - ALIENAÇÃO DE IMÓVEL - PRAZO DECADENCIAL DA AÇÃO PAULIANA QUE COMEÇA A FLUIR A PARTIR DA DATA DA PRENOTAÇÃO DO COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. AINDA QUE O REGISTRO TENHA SE ULTIMADO POSTERIORMENTE - CREDOR, QUE SOMENTE AJUÍZA A AÇÃO APÓS TER DECAÍDO DE SEU DIREITO À REVOGAÇÃO DA VENDA - DECADÊNCIA CORRETAMENTE PRONUNCIADA - APELO IMPROVIDO.

(Apel. 9063007-76.2001.8.26.0000 - desta Relatoria - 5ª Câmara de

Acesso ao Sumário

2 - Lei dos Registros Públicos Comentada - 9ª ed. - São Paulo - Saraiva - 1994 - p.327.

3 - Código Civil Anotado - São Paulo - Saraiva - 1995 - p. 410.

Direito Privado - j. 22.11.2006)

Ação Pauliana - Extinção com resolução do mérito - Decadência - Art. 178, § 9º, V, "b", do CC 1916 - Inconformismo - Desacolhimento - Termo inicial contado da data da prenotação do título no registro de imóveis - Arts. 533 e 534, do CC 1916, e 182, 183 e 186, da Lei n.° 6.015/73 - Sentença confirmada - Recurso desprovido.

(Apel. 9076565-18.2001.8.26.0000 - Rel. Des. Grava Brazil; Comarca - 9ª Câmara de Direito Privado - j. 31.08.2007)

FRAUDE À EXECUÇÃO - Penhora - Alienação do bem - Compromisso de compra e venda - Título apresentado e prenotado no Cartório de Registro de Imóveis - Circunstância que firma a prioridade do título perante outro e representa a antecipação da eficácia da inscrição, valendo antes de ser materialmente escriturada no livro próprio - Art. 534 do CC - Retroação dos efeitos do registro à data da prenotação ainda que feito em data posterior - Fraude não caracterizada - Embargos de terceiro procedentes - Recurso desprovido.

(Apel. nº 425.154-7 - Rel. Juiz Carlos Roberto Gonçalves - 6ª Câmara - 1º Tribunal de Alçada Civil/SP - j. 13.02.90 - v.u. - JTACSP – RT - 122/140).

De conseguinte e como a ação somente foi aforada em 04 de novembro de 2015, cumpre reconhecer a decadência do direito de preempção.

Ademais e ainda que assim não fosse, curial ressaltar que não basta ao condômino preterido postular a parcela do bem alienado a outrem, devendo, também, depositar, no prazo de 180 dias, o valor equivalente ao preço de alienação.

In casu e se fosse considerado o início da fluência do prazo decadencial na data em que confirmado o registro do título (18.05.2015, págs. 40), o depósito deveria ter sido feito até 14 de novembro de 2015, mas somente foi efetivado, em 18 de novembro de 2015 (págs. 122) e pelo valor histórico, sem contemplar a imprescindível correção monetária, o que, de todo modo, inviabiliza a pretensão adjudicatória.

Desse modo e mais uma vez invocando o magistério de Álvaro Villaça Azevedo[4]:

"Também será consumada a decadência, se não houver depósito suficiente. Ou o preço é depositado integralmente, ou não."

Nesse diapasão, a firme jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA DE ANULAÇÃO DE ESCRITURA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL RURAL CUMULADA COM DEPÓSITO DO PREÇO E ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA. CC, ART. 1.139. DEPÓSITO CONSIDERADO INSUFICIENTE, PORQUE NÃO

Acesso ao Sumário

4 Op. Cit., págs. 298.

CORRIGIDO. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO ADJUDICATÓRIA. PRECEDENTES DA TURMA. IMPOSSIBILIDADE DE ÊXITO DA PRETENSÃO ANULATÓRIA. INTERDEPENDÊNCIA ENTRE OS PEDIDOS. RECURSO PROVIDO.

I - Restando impossível a adjudicação, mercê da insuficiência do depósito efetuado, que não corresponderia ao preço pago pelo adquirente, já não assistia ao autor a possibilidade em postular a anulação da compra e venda, considerando que, somente na qualidade de condômino, invocando direito de preferência, restara intitulado a deduzir a pretensão anulatória.

II - Havendo interdependência entre a adjudicação e a anulação do ato jurídico, a inviabilidade jurídica daquela, no caso, estava a obstar o atendimento desta.

III - A proibição de divisão e desmembramento dos terrenos rurais, de sorte a resultar metragem inferior ao módulo mínimo, não importa na sua inalienabilidade, uma vez que poderão ser eles havidos em condomínio, permanecendo indivisos.

IV - A caracterização da aceitação tácita, nos termos do art. 503, CPC, demanda a prática de ato inequívoco, a não traduzir qualquer ressalva.

(REsp 174.080/BA - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - 4ª Turma - j. 26/10/1999 - pub. DJ 13/12/1999 - p. 153)

CIVIL. VENDA E COMPRA DE COISA INDIVISIVEL. DISSIMULAÇÃO. PREÇO. ART. 1.139 CC. RECONHECIDA A DISSIMULAÇÃO URDIDA PARA ENCOBRIR A VENDA E COMPRA, O PRAZO DECADENCIAL DE SEIS MESES, DE QUE TRATA O ART. 1.139 DO CODIGO CIVIL, COMEÇA A SER CONTADO DO DIA EM QUE O CONDOMINO TEVE EFETIVO CONHECIMENTO DA ALIENAÇÃO DA COISA INDIVISIVEL, BASTANTE, NAS ESPECIFICIDADES DO CASO, O SIMPLES DEPOSITO DO PREÇO QUE FORA PAGO, DEVIDAMENTE CORRIGIDO. RECURSO NÃO CONHECIDO.

(REsp 66130/MG - Rel. Min. Cesar Asfor Rocha - 4ª Turma - j. 27/06/1996 - pub. DJ 02/09/1996 - p. 31085 - RDR vol. 6 p. 330 - RT vol. 735 - p. 232)

Assim, seja pela fluência do prazo decadencial a partir da data da prenotação, seja pela ausência de correção monetária no depósito efetuado, depois de esgotado o lapso de 180 dias, de rigor pronunciar a decadência do direito de preempção invocado pelo agravado.

Para tanto, pois, fica provido o reclamo.

Essas as razões pelas quais se entende ser caso de dar-se provimento ao agravo, manifestando-se aqui o quanto se tem como necessário e suficiente à solução da causa, dentro da moldura em que apresentada e segundo o espectro da lide e legislação incidente na espécie, sem ensejo a disposição diversa e conducente a outra conclusão, inclusive no tocante a eventual pré-questionamento

Acesso ao Sumário

de questão federal, anotando-se, por fim, haver-se decidido a matéria consoante o que a turma julgadora teve como preciso a tanto, na formação de sua convicção, sem ensejo a que se afirme sobre eventual desconsideração ao que quer que seja, no âmbito do debate travado entre os litigantes.

Ante o exposto, dá-se provimento ao agravo, nos termos enunciados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2154627-69.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes VALDECI PEREIRA e DERCY CAVALCANTI PEREIRA, é agravado TRANSCONTINENTAL EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25766)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA (Presidente) e FÁBIO QUADROS.

São Paulo, 6 de outubro de 2016.

TEIXEIRA LEITE, Relator

Ementa: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. Preliminares rejeitadas. Penhora de 5% do faturamento líquido da empresa devedora que foi indeferida. Alegação de desobediência à ordem do art. 835, *caput* e § 1º do CPC/15. Ordem que não é absoluta. Ausência de indicação de outro bem idôneo em substituição, bem como de demonstração de que a medida inviabilizará a continuidade das atividades da agravada. Direito dos agravantes em ver satisfeito o seu crédito, que se privilegia. Decisão reformada. Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

VALDECI PEREIRA e DERCY CAVALCANTI PEREIRA agravam da decisão pela qual o d. Juízo, nos autos da execução de obrigação de fazer ajuizada contra TRANSCONTINENTAL EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. indeferiu o pedido de penhora de 5% do faturamento líquido da empresa

(fls. 431).

Os agravantes, inconformados, argumentam que ingressaram com execução de obrigação de fazer, fundada em contrato de compra e venda, pretendendo a baixa da hipoteca que recai sobre o imóvel compromissado, além da outorga da escritura relativa ao bem. Pontuam que foram opostos embargos à execução, julgados improcedentes em decisão confirmada por este Tribunal, sede em que condenada a agravada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, além do cumprimento da obrigação específica, sob pena de multa diária (reduzida, em apelação, para R$ 200,00). Afirmam que até o momento o seu crédito, no total de R$ 56.180,46, ainda não foi satisfeito e que lograram êxito apenas em efetivar bloqueio *on line* de valores, no total de R$ 623,86. Daí porque, entendem pertinente a penhora do faturamento líquido da agravada, o que não representará ônus excessivo à devedora, viabilizando, por outro lado, a satisfação do seu crédito. Requerem seja dado provimento ao recurso, para este fim.

O recurso foi processado no efeito devolutivo (fl. 440/441) e respondido, com preliminar de não conhecimento (fls. 443/451).

Este é o relatório.

Inicialmente, rejeito a preliminar de intempestividade.

A penhora requerida pelos agravantes não configura pedido de reconsideração, mas sim reiteração de uma medida já pugnada no passado e que foi considerada prematura pelo d. Juízo.

Como se sabe, em sede de execução, o objetivo principal é a satisfação do crédito, certo de que se uma tentativa de excussão anterior foi insuficiente ou negada, nada impede a apresentação de novo requerimento idêntico, o qual pode ser deferido, desde que presentes os pressupostos necessários e se revele adequado à situação específica dos autos.

Assim, não há que se falar em preclusão da matéria, tampouco em intempestividade deste recurso.

Quanto à alegação da agravada de que não seria devida multa diária por ausência de intimação pessoal para cumprimento da obrigação, nos termos da Súmula nº 410/STJ, tal não merece prosperar.

Isso porque, o cumprimento de sentença foi iniciado há mais de três anos (fls. 430), sendo que a aplicação de multa diária foi estipulada na própria sentença. Logo, se entendesse a agravada pela inexigibilidade das *astreintes* sob o fundamento de falta de intimação pessoal, deveria ter se insurgido antes de iniciada a execução do numerário, e não simplesmente alegado a matéria agora em contraminuta de agravo.

Além disso, é entendimento consolidado desta Câmara, inspirada na jurisprudência do próprio c. Superior Tribunal de Justiça, que a intimação pessoal

Acesso ao Sumário

do devedor para cumprimento de obrigação específica apenas é necessária para os casos anteriores à Lei 11.232/2005, que alterou o CPC/73, sendo que para as situações posteriores, dada a nova sistemática adotada no processo civil (o que se manteve no CPC/15) a intimação pela Imprensa Oficial na pessoa do advogado é suficiente.

Desta feita, não há que se falar em inexigibilidade do numerário, matéria que, se o caso, deveria ser objeto de recurso próprio.

Quanto ao mérito, a insurgência merece prosperar.

Com efeito, o art. 835 do CPC/15 não estabelece uma ordem absoluta, já que pela redação do *caput* e do § 1º, à exceção da constrição de dinheiro, deve-se observar apenas uma *preferência* entre as demais medidas.

A propósito, são os ensinamentos de **Luiz Guilherme Marinoni**, **Sérgio Cruz Arenhart** e **Daniel Mitidiero**:

"*Porém, esta preferência - que em determinado instante pode parecer racional porque adequada às necessidades sociais e de mercado - pode se tornar defasada com o passar do tempo. Em razão disto, sempre se sustentou que a ordem de bens estabelecida na lei não é absoluta, fato que hoje é abertamente chancelado pelo CPC, em seu art. 835, § 1º, com exceção da penhora em dinheiro, que sempre é prioritária. Assim, poderá o juiz deixar de aplicar a ordem prevista no art. 835 do CPC ao verificar que outra é a situação do mercado ou que os princípios do resultado e do menor sacrifício impõem outra condição de preferência.*" (**Curso de Processo Civil. Vol. 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 914/915).

Logo, a menos que haja indicação de bens idôneos à penhora, nada impede, por exemplo, que seja determinada a constrição do faturamento de uma empresa em detrimento de bens móveis e imóveis.

E tal é o caso dos autos.

Do que se constata, deixando a agravada de realizar o pagamento voluntário do débito, indicou à penhora os imóveis cujas matrículas foram juntadas às fs. 463/466 deste recurso.

Todavia, o imóvel de matrícula nº 29.839, do 4º CRI de Paulínia, foi alienado pela agravada a Julio Cesar Pereira de Aguiar e Elizete Marina das Neves Aguiar. O bem, portanto, não é de propriedade da agravada, o que impede seja objeto de penhora nos autos.

Da mesma forma o imóvel de matrícula nº 95.602 do 2º CRI de Paulínia que, ao menos pela documentação acostada aos autos, ainda está hipotecado em favor da Caixa Econômica Federal, gravame que dificulta e pode até mesmo inviabilizar a excussão do bem.

Frise-se, por fim, que não foi trazido qualquer elemento a corroborar a

Acesso ao Sumário

tese da agravada de que passa por severa crise financeira, razão pela qual não se pode afirmar seja a penhora de 5% do seu faturamento líquido, medida que venha a inviabilizar a continuidade das suas atividades.

Desta forma, considerando que as formas menos gravosas de satisfação do crédito não são idôneas a este fim, e tendo em vista que se trata de medida excepcional, o caso é de deferir-se a penhora de 5% do faturamento líquido da devedora, até integral quitação.

O caso, portanto, é de reforma da r. decisão agravada, nos termos acima delineados.

Ante o exposto, ***voto pelo provimento do recurso***.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2077506-62.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes JULIANA CASSAVIA PIRES e TAIS LÍDIA DOS SANTOS, é agravado CLASSY PARTICIPAÇÕES, MARCAS E FRANQUIA EIRELI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36121)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente), FRANCISCO LOUREIRO e CESAR CIAMPOLINI.

São Paulo, 11 de agosto de 2016.

ENIO ZULIANI, Relator

Ementa: Agravo de instrumento - Franquia - Ação de cobrança - Indeferimento da assistência judiciária gratuita - Inconformismo - Ausência de demonstração cabal da hipossuficiência alegada - Não provimento.

VOTO

Vistos.

JULIANA CASSAVIA PIRES e TAIS LIDIA DOS SANTOS recorrem da r. decisão prolatada na ação de cobrança proposta por CLASSY PARTICIPAÇÕES, MARCAS E FRANQUIAS EIRELI, que indeferiu o benefício da gratuidade de justiça, considerando que as autoras são profissionais liberais.

Acesso ao Sumário

Afirmam as agravantes que são dentistas e exercem a atividade como "freelancer", não possuindo meios de pagarem o valor das custas do processo sem prejuízo de seu sustento, estando isentas da declaração de renda. Argumentam que basta a declaração de pobreza para a concessão do benefício, e que não existem fundadas razões para que seja indeferido, pelo que esperam a reforma da decisão.

À fl. 88 foi negado efeito ativo ao recurso. Contraminuta às fls. 90/98, pela deserção do recurso e, no mérito, pelo não provimento. Não foi apresentada oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

De início, rejeita-se a tese de deserção do recurso, porquanto o objeto do presente recurso é justamente a obtenção do benefício da gratuidade.

Como cediço, o pagamento de custas processuais e encargos afins se submetem aos mesmos princípios que outras taxas e emolumentos públicos, que devem ser pagos por todos. Esta é a regra. A exceção, possibilitada pela Lei 1.060/50, parcialmente revogada pelo CPC/2015, visa garantir aos **efetivamente** necessitados, ou que não possam arcar com tais despesas sem prejuízo do sustento próprio e/ou de sua família, o acesso à Justiça.

No entanto, dita permissão se destina a quem efetivamente não disponha de recursos para tal, não servindo como interesse da parte em não pagar as despesas do processo ou não assumir os riscos da sucumbência.

A jurisprudência hodierna confirma o entendimento de que não basta a parte apresentar declaração de pobreza para fazer *jus* ao benefício da assistência, como previsto no art. 98 do CPC/2015, sendo facultado ao juiz determinar a comprovação da necessidade mediante comprovante de rendimentos ou outras provas que autorizem a conclusão a respeito da alegada carência.

Ocorre que, no caso, as agravantes não demonstraram de modo cabal a hipossuficiência de recursos e existem elementos concretos que provocam dúvida fundada sobre a necessidade, como o fato de serem as autoras pessoas com grau universitário (uma é dentista, a outra, cirurgiã dentista), que se propuseram a explorar a franquia "SP Implantes", na região da Mooca, na cidade de São Paulo, e que deixaram de pagar os royalties e as despesas inerentes ao contrato, tendo a agravada atribuído à causa o valor de R$ 122.211,50.

Ainda, revela notar que também não confirmaram a isenção da declaração de renda que deve ser feita anualmente ao Fisco.

Neste conjunto de ideais, deve ser mantida a decisão, incumbindo às recorrentes o pagamento das custas e despesas processuais, inclusive às atinentes ao presente recurso.

Nega-se provimento.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0162859-12.2013.8.26.0000, da Comarca de Barueri, em que é agravante INTERPART PLANEJAMENTO DE NEGOCIOS EMPRESARIAIS LTDA., é agravado ZOOMP S/A.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.258)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS ALBERTO GARBI (Presidente) e RICARDO NEGRÃO.

São Paulo, 15 de agosto de 2016.

ARALDO TELLES, Relator

Ementa: Recuperação Judicial. Decisão lançada nos próprios autos da recuperação a afirmar que crédito da agravante tem natureza quirografária. Ato judicial não provocado e produzido sem oitiva da interessada. Existência, ademais, de ações em andamento tratando do assunto. Descabimento reconhecido. Desconstituição. Recurso provido para esse fim.

VOTO

Proprietária de imóvel situado na comarca de origem e que, segundo seu plano de recuperação judicial, seria vendido para cumprimento de parte de suas obrigações, a agravada pleiteou, junto à 2ª Vara Cível local, por onde tramitam ações declaratórias, cautelar de exibição de documentos, adjudicação compulsória e imissão na posse envolvendo as partes, fosse revogada ordem que lhe fora endereçada para não alienar o bem.

Negado o pleito, recorreu e, por decisão que não conheceu daquele recurso, o eminente Desembargador Virgilio de Oliveira Júnior observou que o pronunciamento a respeito de créditos comuns ou dotados de privilégio deveria ser editado pelo Juízo da recuperação (fls. 719/720).

Foi nesse quadro que se produziu a r. decisão agravada (fls. 169/171), que assentou:

Por fim, anoto que com a decisão aqui proferida não se está preterindo a Interpart de receber seu eventual crédito. Apenas não se reconhece o seu privilégio, ou sua garantia sobre o bem imóvel.

Acesso ao Sumário

Em suma, o crédito da credora Interpart em face da recuperanda é quirografário e deve ser adimplido assim como o crédito dos demais credores quirografários...

Sobreveio, então, o presente Agravo de Instrumento, interposto pela Interpart, a sustentar, em resumo, que, na hipótese, o juízo da recuperação não é competente, ferindo-se, a controvérsia, nas demandas que as partes ajuizaram e que tramita perante a 2ª Vara Cível local, devendo ser observado o princípio da perpetuidade da jurisdição. Aliás, prossegue, a manifestação combatida propicia contradição com os demais pronunciamentos, havendo prevenção da C. 8ª Câmara para exame dos respectivos recursos. A decisão combatida, ademais, afronta o contraditório e dependia de provocação. O crédito já não é exigível, mas o cumprimento da dação em pagamento a que se obrigada a recorrida. Culmina com pedido de anulação do julgamento ou a declaração de que não se trata de crédito quirografário.

Processado, anotaram-se contrariedade e manifestações do Administrador Judicial e Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento.

Acrescento que as demandas em torno do crédito da recorrente e do imóvel objeto de disputa foram julgadas pela r. sentença acostada às fls. 670/689, já reexaminada em grau de recurso e parcialmente reformada pelo julgamento da Apelação n. 0006530-30.2011.8.26.0068, processando-se, agora, Recurso Especial interposto por uma das partes. Neste último julgamento, a C. 8ª Câmara reconheceu a procedência da ação declaratória ajuizada pela agravante e afirmou **a validade do ato de confissão da dívida da Zoomp, sem, contudo, permanecer, a dação em pagamento do imóvel em questão**. As demais ações, inclusive as ajuizadas pela agravada, foram julgadas improcedentes.

É o relatório.

Exaltado o respeito ao convencimento da digna magistrada que proferiu a r. decisão agravada, tenho que merece revista.

Com efeito, a regra matriz a presidir pronunciamentos envolvendo créditos - existência, montante e classificação - em sede de recuperações judiciais, está inserida no art. 7º da Lei 11.101/05, cabendo ao administrador, nos momentos iniciais do procedimento, identificá-los, quantificá-los e classificá-los, publicando avisos de suas conclusões (§§ 1º e 2º). Virão, na sequência, as impugnações de crédito, que, dentre outros, poderão ser formuladas pelo devedor (art. 8º), cabendo ao juiz, agora, dirimir a controvérsia (art. 15), inclusive quando for o caso de habilitações retardatárias previstas no art. 10.

Ora, nenhuma de tais hipóteses está desenhada nos autos.

Na verdade, o crédito que motivou a r. decisão agravada sequer foi relacionado ou habilitado, segundo infiro das alegações da recorrente e ausência de manifestação contrária pela recorrida, assim como não foi objeto

Acesso ao Sumário

de habilitação.

Nesse quadro, se não havia debate sobre o tema no entorno do processo de recuperação - incidentes relativos à existência, quantificação e classificação do crédito - revela-se descabida e inoportuna a r. decisão impugnada.

Não bastasse, se fosse o caso, **e não é**, de exame da questão como um incidente **interno**, legítimo o anseio da agravante de manifestar-se a respeito, inclusive em resguardo do devido processo legal.

Por fim, repise-se que, se a questão controvertida era objeto de demandas próprias - declaratórias, adjudicação compulsória, imissão na posse e cautelar de exibição de documentos - cabível era que se aguardasse a solução final, não fosse pelo princípio insculpido no art. 87 do Código de Processo Civil, então em vigor, ao menos para evitar decisões contraditórias.

Assim, em remate, provejo o recurso para desconstituir a r. decisão agravada, devendo outro pronunciamento ser lançado, se o caso, em incidente adequado, em tempo oportuno e preservado o devido processo legal.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2116715-38.2016.8.26.0000, da Comarca de Lorena, em que é agravante SILVANA SILVA ULTRAMARI (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado INSTITUTO SANTA TERESA.

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39028)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAMPOS MELLO (Presidente sem voto), ROBERTO MAC CRACKEN e SÉRGIO RUI.

São Paulo, 18 de agosto de 2016.

MATHEUS FONTES, Relator

Ementa: PENHORA - EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL - PERCENTUAL DE SALÁRIO - INADMISSIBILIDADE - CPC/2015, ART. 833, IV - RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento em ação de execução de contrato de prestação de serviços educacionais, da decisão que deferiu a penhora de 15% dos proventos da executada.

Sustenta a agravante o caráter alimentar de verba salarial de R$ 1.200,00 mensais. Diz que o crédito da executada não tem tal natureza. Alega a impenhorabilidade absoluta de salários e rendimentos. Pede reforma.

Processou-se o recurso com liminar, a que se seguiu resposta.

É o Relatório.

Penhora de salário, assim como de proventos de aposentadoria e pensões, constitui nulidade absoluta, podendo ser arguida em qualquer fase ou momento processual, bem como ser apreciada de ofício pelo tribunal, inexistindo preclusão, pois a remuneração possui caráter alimentar, sendo absolutamente impenhorável, a teor do artigo 833, inciso IV, do CPC/2015, que corresponde ao art. 649, inciso IV, do CPC/1973 (REsp 633.332/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 07.03.05; REsp 536.500/MG, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 14.06.04; REsp 192.133/MS e REsp 262.654/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 21.06.99 e DJ 20.11.00; AgRg no Ag 47.251/RS, Rel. Min. Fontes de Alencar, DJ 29.04.96; REsp 204.066/RJ e REsp 20.297/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 31.05.99 e DJ 08.03.93; REsp 118.044/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 12.06.00; REsp 264.085/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 27.09.04; REsp 492.777/RS e REsp 250.523/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 01.09.03 e DJ 18.12.00; AgRg no Ag 353.291/RS e AgRg no Ag 514.899/DF, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 19.11.01 e DJ 16.02.04; REsp 296.421/SP e REsp 135.867/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 20.08.01 e DJ 19.12.97; REsp 54.176/SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 31.10.94; REsp 32.437/SP, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, DJ 10.10.94; REsp 24.184/SP, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJ 23.05.94).

Releva notar que o crédito não tem caráter alimentar, sem aplicação o art. 833, § 2º, do CPC/2015 (antigo art. 649, § 2º, do CPC/1973, acrescentado pela Lei nº 11.382/06), que permite, excepcionalmente, penhora para pagamento de prestação alimentícia (REsp 770.797/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 18.12.06; REsp 1.087.137/DF, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe 10.09.10; REsp 805.454/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 08.02.10), tampouco se cuida de importância penhorada excedente do limite mencionado nesse parágrafo, de cinquenta salários mínimos mensais.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2096184-28.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante HÉLIO MACHADO DE OLIVEIRA, são agravados TIMOTEO AUGUSTO DE SOUZA TRINDADE e TREND FOODS FRANQUEADORA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.815)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente) e HAMID BDINE.

São Paulo, 23 de agosto de 2016.

CESAR CIAMPOLINI, Relator

Ementa: Ação anulatória de negócio jurídico cumulada com pedido de indenização por danos materiais e morais. Possibilidade, de deferimento, em circunstâncias excepcionalíssimas, do benefício da justiça gratuita a pequeno empresário. Dívidas do agravante que indicam insuficiência de recursos para arcar com as custas processuais e, assim, o direito ao benefício. Decisão reformada. Agravo de instrumento provido.

VOTO

RELATÓRIO.

Adoto o relatório elaborado quando despachei pela primeira vez nestes autos, deferindo liminar:

"Vistos.

É agravo de instrumento contra r. decisão que, nos autos de ação anulatória de negócio jurídico cumulada com indenização por danos materiais e morais movida por Hélio Machado de Oliveira contra Timóteo Augusto de Souza e Trend Foods Franqueadora Ltda., indeferiu pedido de concessão dos benefícios da gratuidade da justiça feito pelo autor, ora agravante, ***verbis***:

'Vistos.

Conforme se verifica de fls. 22/23, o autor, que se qualifica como empresário (fl. 1), é proprietário de três veículos (uma motocicleta e dois automóveis), além de possuir aplicação bancária e quotas sociais

Acesso ao Sumário

de empresa (além da franquia discutida nestes autos), apresentando evolução patrimonial do ano de 2014 para o ano de 2015 (fls. 23 e 25). Dessa forma, não pode ser considerado pobre na acepção jurídica do termo, razão pela qual não faz jus ao benefício da gratuidade pleiteado, que fica indeferido.

Assim, intime-se o requerente para, no prazo de 15 dias, proceder ao recolhimento das custas e despesas de ingresso, sob pena de cancelamento da distribuição (art. 290 do CPC).

Int.' (fl. 30)

Recorrendo, o autor, afirma, em breve síntese, que celebrou negócio jurídico com o corréu Timóteo Augusto, para aquisição de empresa de ***fast food***.

Todavia, em razão dos prejuízos que vem tendo na empresa, está absolutamente sem condições de arcar com as custas e despesas processuais, sem, com isso, afetar seu próprio sustento.

Aduz que atualmente 'possui rendimento mensal de R$ 416,66 *(quatrocentos e dezesseis reais e sessenta e seis centavos), enquanto antes da aquisição do negócio, perfazia em torno de R$ 2.000,00 (dois mil reais) mês, estes oriundos de rendimentos de aplicações financeiras de suas aplicações, as quais, conforme é observado e demonstrado pela cópia da declaração de imposto de renda se desfez para aquisição do negocio discutido na ação originária*'. (fl. 6)

Relata, ainda, a existência de inúmeros empréstimos bancários.

Pede a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, deferindo-se-lhe a gratuidade da justiça. Subsidiariamente, requer o diferimento das custas para o final da ação. A final, quer o provimento do agravo, para deferimento do benefício.

É a síntese do necessário.

Presentes os pressupostos legais, **defiro** a liminar pleiteada.

À mesa, desde logo, porquanto não angularizada a relação processual (Voto nº 14.815).

Faculto aos interessados manifestação, o mesmo prazo da resposta recursal, de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos dos artigos 1º e 2º da Resolução 549/2011, do Órgão Especial deste Tribunal, publicada no DJe de 25 de agosto de 2011.

Int."

Sobrevém espontânea contraminuta a fls. 66/84, acompanhada de documentos (fls. 85/215), sem oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO.

É possível, em tese, o deferimento, em circunstâncias excepcionalíssimas, do benefício da justiça gratuita a pequeno empresário.

Acesso ao Sumário

No caso dos autos, de sua declaração de imposto de renda (exercício de 2015), se vê que teve no ano rendimentos tributáveis totais de apenas R$ 5.000,00 (fls. 34/42). Da declaração de bens que faz parte da declaração de IR (fls. 37/38), de resto, se colhe que tudo o que o agravante titula como patrimônio (bens mencionados na r. decisão agravada), está onerado por dívidas

Desta forma, as afirmações aduzidas são compatíveis com a alegada incapacidade econômica para suportar com as custas e despesas processuais.

Veja-se, na jurisprudência das doutas Câmaras de Direito Empresarial que, em determinadas circunstâncias, até mesmo à sociedade empresária que demonstre estado de penúria se deferem os benefícios pretendidos pelo ora agravante, nesta ação de em que busca indenização contra os agravados:

> "Agravo de Instrumento. Assistência judiciária. Pessoa jurídica com fins lucrativos. Possibilidade do pleito, em tese. Exigência, porém, de prova da efetiva impossibilidade de suportar as custas do processo. Prova insuficiente, na espécie, também que não se sujeita às hipóteses legais de diferimento. Decisão mantida. Agravo desprovido." **(AI 2210885-70.2014.8.26.0000, CLAUDIO GODOY)**.
>
> "Assistência judiciária. Justiça gratuita. Pessoa jurídica. Sociedade empresária em situação de penúria financeira. Concessão dos benefícios. Presunção de veracidade de impossibilidade econômico-financeira extraída de balanço patrimonial e de decretação de falência. Possibilidade de condenação da requerente a pagar multa de até o décuplo das custas judiciais caso venha a ser comprovada a falsidade dos documentos. Previsão, também, da reversão da concessão em caso da modificação da condição de hipossuficiência. Inteligência do disposto nos artigos 4º, caput, e §1º, 5º, caput, 11, §2º, e 12, da Lei nº 1.060/50. Agravo de instrumento provido." **(AI 2048650-59.2014.8.26.0000, JOSÉ REYNALDO)**
>
> "JUSTIÇA GRATUITA. Benefício que se estende às pessoas jurídicas (Súmula nº 481 do STJ). Prova documental de inatividade da firma individual desde 2010. Prova suficiente de incapacidade financeira da empresa. Benefício concedido. Agravo provido." **(AI 0113718-24.2013.8.26.0000, ALEXANDRE MARCONDES)**

Ficam deferidos, portanto, ao agravante, os benefícios da justiça gratuita, reformada, ***data venia***, a r. decisão de primeiro grau.

DISPOSITIVO.

Dou provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2130712-88.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SECID SOCIEDADE EDUCACIONAL CIDADE DE SÃO PAULO S/C LTDA., é agravado LEANDRO RIOS.

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29323)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente) e CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA.

São Paulo, 22 de agosto de 2016.

JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA, Relator

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA. Fase de cumprimento de sentença. Penhora *on line* pelo sistema Bacenjud. Admissibilidade. Necessidade de se harmonizar as disposições contidas nos artigos 797, 805 e 835, I, do CPC, sendo irrelevante o fato de que a última tentativa de constrição judicial tenha resultado negativa. Nova tentativa de bloqueio de recursos do devedor autorizada. Decisão reformada. Recurso provido.

Dispositivo: deram provimento ao recurso.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fls. 39, que, em fase de cumprimento de sentença proferida em ação de cobrança, indeferiu o pedido de realização de novo bloqueio *on line* de ativos financeiros de titularidade do devedor.

Sustenta a recorrente, em síntese, que a decisão recorrida não merece subsistir, enfatizando que a última tentativa de localização de valores e bens penhoráveis ocorreu no ano de 2010. Acrescenta que o processo executivo tramita no interesse do credor, realçando que inexiste limitação do numero de vezes que o sistema Bacenjud possa ser utilizado.

O recurso é tempestivo e foi preparado.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

O recurso comporta provimento.

De inicio, impende salientar que, no caso em análise, é desnecessária a prévia oitiva da parte contrária para o julgamento do recurso, eis que foi revel na fase de conhecimento e não está devidamente representado nos autos, a par do que a legislação processual em vigor determina, expressamente, que, em caso de pedido de bloqueio de ativos financeiros, deverá o juiz, sem dar prévia ciência à parte contrária, tomar as providências necessárias para a realização do ato (CPC, 854, *caput*).

Isto assentado, bem é de ver que, a postulação da agravante no sentido da realização de nova tentativa de bloqueio *on line* de recursos do devedor deve ser deferida, pois, se de um lado a execução deve processar-se da forma menos gravosa ao executado, não há se olvidar, em contrapartida, que o processo executivo tramita no interesse do credor, de sorte que a penhora de ativos financeiros do agravado torna efetiva a regra que estabelece a precedência da penhora de dinheiro em relação a outros bens (CPC, 835, I), determinação que não pode ser tida como excepcional (CPC, 854, caput), nem impositiva de forma mais gravosa aos devedores, porque decorrente da correta adoção de preceito legal de aplicação específica à hipótese em foco, prestando-se tão somente a tornar a execução mais célere e menos onerosa, observado o propósito primordial de satisfação do crédito exequendo, tornando mais fácil e rápida a execução, conciliando tanto quanto possível os interesses das partes.

Aliás, como bem ressaltou o agravante, decorridos mais de cinco anos desde a ultima tentativa de localização de valores de titularidade do devedor, não há se vislumbrar a inutilidade da reiteração da providência, razão pela qual assiste-lhe razão no pleito de efetivação de nova tentativa de bloqueio *on line* de recursos do devedor, mediante a utilização do sistema Bacenjud, com a finalidade da satisfação integral do seu crédito, uma vez observadas as formalidades legais.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2095672-45.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO FIBRA S/A (INCORPORADORA), é agravado KLAUS BRUNO TIEDEMANN.

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7.501)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAMPOS MELLO (Presidente sem voto), ROBERTO MAC CRACKEN e SÉRGIO RUI.

São Paulo, 18 de agosto de 2016.

ALBERTO GOSSON, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENHORA SOBRE ATIVOS FINANCEIROS DE TITULARIDADE DO SÓCIO-AVALISTA. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU QUE DETERMINA O LEVANTAMENTO DA PENHORA SOB O ARGUMENTO DE QUE EXISTEM BENS DADOS EM GARANTIA REAL QUE DEVEM SER EXCUTIDOS PRIORITARIAMENTE. BENS FUNGÍVEIS CONSTITUÍDOS EM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. INTERPRETAÇÃO DO § 3º, DO ARTIGO. 835 DO CPC, CUJA REDAÇÃO DIFERE DO CONGÊNERE § 1º, DO ARTIGO 655, DO CPC/73. INTERPRETAÇÃO QUE CONFERE OBRIGATORIEDADE PARA A EXCUSSÃO DOS BENS CONCEDIDOS SOB O REGIME DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA, FACULTADA A PENHORA DE OUTROS ATIVOS APENAS SE INVIABILIZADA A EXPROPRIAÇÃO OU INSUFICIÊNCIA DOS BENS COM GARANTIA REAL. RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Vistos,

BANCO FIBRA S/A agrava de instrumento com pedido de efeito suspensivo da decisão interlocutória de fls. 24/26, que, nos autos da ação de execução de quantia certa contra devedor solvente que move em face de **KLAUS BRUNO TIEDEMANN**, determinou o desbloqueio das contas bancárias do agravado, nos seguintes termos:

> Desta forma, na hipótese de execução de título com garantia pignoratícia, como é o caso em testilha, deverá a penhora recair, em um primeiro momento, sobre os bens oferecidos em garantia, admitindo-se a constrição apenas a título de reforço de penhora ou acaso comprovado a inexistência dos bens outrora oferecidos em garantia. Diante do exposto, acolho a impugnação a fls. 334/344, para o fim de levantar a penhora a fls. 331. (grifo no original)

Acesso ao Sumário

Inconformado argumenta o Banco agravante, em síntese, que renunciou expressamente aos bens móveis dados em garantia quando da constituição da cédula de crédito bancário, nos autos do processo de falência da empresa devedora, GUTEMBERG MÁQUINAS E MATERIAIS GRÁFICOS LTDA. (processo nº 1112830-92.2014.8.26.0100).

Ademais, afirma que os bens ofertados em garantia eram bens fungíveis e, portanto, têm sua qualidade, validade, liquidez e valor duvidosos, uma vez que sequer a existência destes foi comprovada.

Ainda, aduz que o artigo 655, parágrafo 1º do Código de Processo Civil vigente à época da propositura da ação - atual artigo 835, parágrafo 3º - dispõe que a penhora recairá preferencialmente, mas não obrigatoriamente, sobre os bens dados em garantia.

A casa bancária pugna, pois, pelo provimento do recurso, com a consequente reforma da decisão agravada e bloqueio das contas bancárias do agravado via sistema BacenJud.

Anota-se que o Recurso é tempestivo e foi devidamente preparado.

Foi indeferido o efeito suspensivo requerido. Em sede de cognição sumária, não se vislumbrou receio de dano irreparável ou de difícil reparação ao recorrente.

Inclusive, o agravado afirma em agravo de instrumento interposto (cópia às fls. 261/272) que o valor bloqueado é proveniente de salário e, portanto, impenhorável sem prejuízo de seu sustento, o que indica prejuízo caso o bloqueio permaneça.

Agravado ofereceu contraminuta à fls. 327/331.

Recurso tempestivo e preparado.

É o relatório.

O recurso não deve ser provido.

O próprio agravante contratou com o agravado e a sociedade empresária a garantia em questão, conforme "Instrumento Particular de Constituição de Garantia Alienação Fiduciária" (fls. 69/75).

Os bens constantes do Anexo I, identificados, quantificados e com avaliação estimada ficaram sob a responsabilidade do depositário Klaus Bruno Tiedemann (fls. 69).

A decisão agravada foi proferida já sob a égide do Código de Processo Civil de 2015 e o parágrafo 3º, do artigo 835 do referido diploma é expresso, ao contrário do seu antecessor, artigo 655, 1º, no sentido de que:

> "§ 3º. Na execução de crédito com garantia real, a penhora recairá sobre a coisa dada em garantia, e, se a coisa pertencer a terceiro garantidor, este também será intimado da penhora" (grifei).

Acesso ao Sumário

Ora, diante da disposição expressa do aludido dispositivo legal, não há como interpretá-lo como mera faculdade atribuída ao credor de efetuar a penhora ou não sobre o bem com garantia real.

Nem pode ser considerada como válida a renúncia, ato unilateral de vontade que obviamente não conta com a anuência do devedor.

Diante do exposto, não havendo prova de que os bens não se encontram em mãos do depositário, sobre eles deverá recair a penhora e, apenas em não sendo possível a consolidação dos mesmos no patrimônio do exequente é que se tratará da penhora de outros bens.

Ante o exposto, meu voto é pelo **improvimento** do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2083072-89.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante UNIÃO FEDERAL, são agravados SCHAHIN ENGENHARIA S/A (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), SCHAHIN HOLDING S.A. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), SCHAHIN EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), SCHAHIN DESENVOLVIMENTO IMOBILIÁRIO S.A. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), SCHAHIN SECURITIZADORA DE CRÉDITOS FINANCEIROS S.A. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), MTS PARTICIPAÇÕES LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), S.M. PARTICIPAÇÕES S.A. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL) e SATASCH PARTICIPAÇÕES LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL).

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 05.629)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS ALBERTO GARBI (Presidente sem voto), FABIO TABOSA e CLAUDIO GODOY.

São Paulo, 24 de agosto de 2016.

CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RECUPERAÇÃO JUDICIAL - Dispensa, para fins de homologação do plano de recuperação judicial, de certidões de regularidade fiscal, mesmo

após a Lei nº 13.043/2014 ter acrescentado o artigo 10-A à Lei nº 10.522/2002, ante o desígnio do instituto, a inexistência de qualquer prejuízo às Fazendas Públicas e a abusividade da condição específica para adesão ao parcelamento, consistente na renúncia à discussão acerca dos débitos tributários e aceitação, sem questionamentos, de todas as cobranças feitas pelo Fisco - Decisão agravada bem fundamentada e alinhada com o entendimento pacificado no STJ sobre a matéria - Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão que homologou o plano de recuperação judicial apresentado pelas agravadas e lhes concedeu a recuperação judicial, dispensando a apresentação de regularidade fiscal perante a agravante, o que, segundo esta, implicou flagrante violação ao disposto no artigo 57 da Lei nº 11.101/05 e no artigo 191-A do Código Tributário Nacional, os quais preceituam que a regularidade fiscal é condição "sine qua non" e premissa básica para a aprovação do plano de recuperação judicial, dadas as garantias e privilégios do crédito tributário, o qual, por não estar sujeito à recuperação judicial, não é contemplado pelo plano de recuperação judicial. Ressalta que, no momento, as agravadas, comprovadamente, não apresentam situação de regularidade fiscal perante o Fisco, diante do que não faziam jus à concessão da recuperação judicial, mesmo porque superado o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, sufragado quando do julgamento do REsp 1.187.404/MT, em face do advento do parcelamento especial de créditos tributários para as sociedades em situação de recuperação judicial, previsto no artigo 43 da Lei nº 13.043/14, diante do que restou superada, ao menos no âmbito federal, a omissão do legislador quanto ao cumprimento do disposto no artigo 155-A, § 3º, do Código Tributário Nacional, bem como se reputa inescusável a apresentação de certidões negativas para a concessão de recuperação judicial, conforme determinam o artigo 57 da Lei nº 11.101/05 e o artigo 191-A do Código Tributário Nacional.

Pugna a agravante pela reforma da r. decisão recorrida, a fim de que se condicione a concessão da recuperação judicial às agravadas à apresentação de certidão de regularidade fiscal perante a União Federal, "ex vi" do artigo 57 da Lei nº 11.101/05 e do artigo 191 do Código Tributário Nacional.

Recurso tempestivo, preparado, regularmente instruído e processado sem efeito suspensivo, tendo sido ouvidos as agravadas, a Administradora Judicial e o Ministério Público.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Insurge-se a agravante contra o seguinte tópico da r. decisão que concedeu a recuperação judicial às agravadas:

(...) ***Exigência de certidão fiscal ou parcelamento***. *Para que ocorra a homologação, cumpria à recuperanda juntar as certidões negativas de débitos tributários, conforme exige o art. 57 da LRF. Contudo, essa exigência não pode levar, automaticamente, à decretação da falência. Isso porque, segundo o sistema vigente, o devedor em recuperação judicial deveria apresentar certidões negativas de débitos fiscais ou comprovar o parcelamento dos débitos tributários, nos termos de lei específica a ser editada conforme art. 68 da LRF, como condição para a concessão da recuperação judicial. À falta de lei sobre o parcelamento especial, o Código Tributário Nacional fora alterado para, em seu art. 155-A, prever que, a inexistência da lei específica sobre o parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial importaria a aplicação das leis gerais de parcelamento do ente da Federação ao devedor em recuperação judicial. Todavia, a jurisprudência fora, durante todo o período, majoritária quanto à não aplicação da exigência de parcelamento dos créditos fiscais aos pedidos distribuídos antes da lei que dispunha sobre o parcelamento dos débitos tributários durante a recuperação de empresas. A justificativa a tanto sedimentava-se muito mais na exigência de preservação da empresa em crise do que na míngua de legislação especial a qual, como alterado pelo CTN, era dispensável. A Lei nº 13.043/14 entrou em vigor em novembro de 2014, anteriormente, portanto, ao ajuizamento da presente recuperação judicial. Como já ocorria antes da Lei e conforme posicionou-se a jurisprudência, diante da relevante finalidade social da lei de preservação da empresa, dos empregos e da atividade econômica, deve-se dispensar a apresentação de certidões negativas de débitos fiscais ou de parcelamento especial para a concessão da recuperação judicial. Nesses termos: "Agravo de instrumento Recuperação Judicial concedida independentemente da apresentação de certidões negativas de débitos fiscais - Minuta recursal da Fazenda Nacional voltada à exigência da apresentação de CNDs - Preliminar de ilegitimidade recursal, uma vez que o crédito fiscal não sujeita-se à recuperação - Descabimento - A apresentação das certidões de regularidade fiscal decorre de previsão legal, portanto, presente o interesse da Fazenda Nacional ao postular ao Juízo Recuperacional a observância do art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e art. 191-A do Código Tributário Nacional - Preliminar rejeitada. Agravo de Instrumento - Recuperação Judicial concedida independentemente da apresentação de certidões negativas de débitos fiscais - Minuta recursal da Fazenda Nacional que defende necessária a apresentação das CNDs e protesta pela determinação nesse sentido - Descabimento - Exercício lícito, porém, não razoável e desproporcional de poder de oposição - Precedentes desta Corte - Dispensa da apresentação*

Acesso ao Sumário

de certidões negativas mantida - Agravo improvido. Dispositivo: Rejeitam a preliminar e negam provimento ao recurso" (AI 2109677-09.2015, Rel. Des. Ricardo Negrão, DJ 09 de setembro de 2015). Destaque-se que tal dispensa não causa prejuízo ao fisco, tendo em vista que o crédito tributário não se sujeita ao plano de recuperação e as execuções fiscais não estão sobrestadas pelo processamento da recuperação judicial, de modo que os bens indispensáveis ao plano poderão ser penhorados, a menos que existam outros bens, conforme o princípio da menor onerosidade ao devedor. Nesses termos, jurisprudência sedimentada no STJ: PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. BLOQUEIO UNIVERSAL DE BENS. ART. 185-A DO CTN. INAPLICABILIDADE EM RELAÇÃO ÀS EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXEGESE HARMÔNICA DOS ARTS. 5º E 29 DA LEI 6.830/1980 E DO ART. 6º, § 7º, DA LEI 11.101/2005. 1. Segundo preveem o art. 6, § 7º, da Lei 11.101/2005 e os arts. 5º e 29 da Lei 6.830/1980, o deferimento da Recuperação Judicial não suspende o processamento autônomo do executivo fiscal. 2. Importa acrescentar que a medida que veio a substituir a antiga concordata constitui modalidade de renegociação exclusivamente dos débitos perante credores privados. 3. Nesse sentido, o art. 57 da Lei 11.101/2005 expressamente prevê que a apresentação da Certidão Negativa de Débitos é pressuposto para o deferimento da Recuperação Judicial ou seja, os créditos da Fazenda Pública devem estar previamente regularizados (extintos ou com exigibilidade suspensa), justamente porque não se incluem no Plano (art. 53 da Lei 11.101/2005) a ser aprovado pela assembleia geral de credores (da qual, registre-se, a Fazenda Pública não faz parte art. 41 da Lei 11.101/2005). 4. Consequência do exposto é que o eventual deferimento da nova modalidade de concurso universal de credores mediante dispensa de apresentação de CND não impede o regular processamento da Execução Fiscal, com as implicações daí decorrentes (penhora de bens, etc.). 5. Não se desconhece a orientação jurisprudencial da Segunda Seção do STJ, que flexibilizou a norma dos arts. 57 e 58 da Lei 11.101/2005 para autorizar a concessão da Recuperação Judicial independentemente da apresentação da prova de regularidade fiscal. 6. Tal entendimento encontrou justificativa na demora do legislador em cumprir o disposto no art. 155-A, § 3º, do CTN - ou seja, instituir modalidade de parcelamento dos créditos fiscais específico para as empresas em Recuperação Judicial. 7. A interpretação da legislação federal não pode conduzir a resultados práticos que impliquem a supressão de norma vigente. Assim, a melhor técnica de exegese impõe a releitura da orientação jurisprudencial adotada pela Segunda Seção, que, salvo melhor juízo, analisou o tema apenas sob o enfoque das empresas em Recuperação Judicial. 8. Dessa forma, deve-se adotar a seguinte linha de compreensão do tema: a) constatado que a concessão do Plano de Recuperação Judicial foi feita com estrita observância dos arts. 57 e 58 da Lei 11.101/2005 (ou seja,

Acesso ao Sumário

com prova de regularidade fiscal), a Execução Fiscal será suspensa em razão da presunção de que os créditos fiscais encontram-se suspensos nos termos do art. 151 do CTN; b) caso contrário, isto é, se foi deferido, no juízo competente, o Plano de Recuperação Judicial sem a apresentação da CND ou CPEN, incide a regra do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/2005, de modo que a Execução Fiscal terá regular prosseguimento, pois não é legítimo concluir que a regularização do estabelecimento empresarial possa ser feita exclusivamente em relação aos seus credores privados, e, ainda assim, às custas dos créditos de natureza fiscal. 9. Nesta última hipótese, seja qual for a medida de constrição adotada na Execução Fiscal, será possível flexibilizá-la se, com base nas circunstâncias concretas, devidamente provadas nos autos e valoradas pelo juízo do executivo processado no rito da Lei 6.830/1980, for apurada a necessidade de aplicação do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC). Precedente do STJ: REsp 1.512.118/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 31.3.2015. 10. Agravo Regimental não provido. (STJ, AgReg em Recurso Especial n. 543.830 PE, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 23/08/2015 (fls. 166/169).

Ocorre que se encontra pacificado, tanto nesta C. Corte como no E. Superior Tribunal de Justiça, entendimento no sentido da dispensa da apresentação de certidões de regularidade fiscal para fins de concessão de recuperação judicial.

A propósito, vale destacar que, considerando que o artigo 47 da Lei nº 11.101/2005 *serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica* (REsp 1.187.404/MT, Min. Luis Felipe Salomão), bem como a inexistência de qualquer prejuízo às Fazendas Públicas (Federal, Estadual, Municipal), as quais possuem créditos que não se sujeitam aos processos concursais e podem ser executados em ações autônomas, a jurisprudência amplamente dominante tem afastado a exigência do artigo 57 da Lei 11.101/2005 e do artigo 191-A do Código Tributário Nacional, dispensado a recuperanda da apresentação das certidões negativas fiscais/parcelamento para a homologação do plano de recuperação judicial, mesmo após a Lei 13.043/2014 ter acrescentado o artigo 10-A à Lei 10.522/2002. Soma-se a isso, ainda, ser condição específica para adesão ao parcelamento, que as empresas em recuperação judicial renunciem a discussão acerca dos débitos tributários, devendo aceitar todas as cobranças feitas pela Fazenda, sem questionamentos, o que se evidencia abusivo.

Acesso ao Sumário

Sobre o tema, confiram-se os seguintes precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E FALIMENTAR. RECUPERAÇÃO

JUDICIAL. CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITO. PRESCINDIBILIDADE. CONVOLAÇÃO EM FALÊNCIA. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE RECURSAL. MATÉRIA DE FUNDO PACIFICADA PELA CORTE ESPECIAL. 1- A convolação da recuperação judicial em falência acarreta a perda do interesse em recorrer da decisão que dispensara a apresentação das certidões negativas de débitos tributários. 2- Matéria que, ademais, encontra-se pacificada nesta Corte, no sentido de que não constitui ônus do contribuinte a apresentação de certidões de regularidade fiscal para que lhe seja concedida a recuperação judicial. 3- Agravo não provido (AgRg no REsp 1133705/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/03/2014, DJe 31/03/2014).

Confiram-se, também, o seguinte precedente desta C. Câmara Reservada de Direito Empresarial:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - Insurgência contra decisão que determinou à recuperanda que juntasse as certidões negativas de débitos tributários ou parcelamento, exigidas pelo representante do Ministério Público - Certidões negativas de débitos - Exigência para homologação do plano aprovado pelos credores - Descabimento - Precedentes desta Corte - Recurso provido (Relator(a): Caio Marcelo Mendes de Oliveira; Comarca: Diadema; Órgão julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data do julgamento: 11/11/2015; Data de registro: 12/11/2015).

Destarte, não ocorre caso de reforma da r. decisão agravada, que merece ser confirmada por seus judiciosos fundamentos.

Por tais razões, meu voto nega provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2041846-07.2016.8.26.0000, da Comarca de Orlândia, em que é agravante BANCO INTERCAP S/A, são agravados JEFERSON DE SOUZA, EDISON JORGE DA SILVA, CELIA FLORENCIO DA SILVA e LILIAN FERNANDA DA SILVA SOUZA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.428)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUÍS FERNANDO LODI (Presidente sem voto), SIMÕES DE VERGUEIRO e

Acesso ao Sumário

MIGUEL PETRONI NETO.

São Paulo, 12 de setembro de 2016.

COUTINHO DE ARRUDA, Relator

Ementa: Agravo de instrumento - Penhora de 30% dos salários percebidos pelos coexecutados - Inviabilidade - Art. 649, IV do Código de Processo Civil - Decisão mantida - Agravo improvido.

VOTO

Vistos, etc..

Trata-se de agravo de instrumento buscando a reforma de decisão que, em ação de execução, indeferiu o pedido de penhora mensal de 30% (trinta por cento) da verba salarial percebida pelos coexecutados.

É o ***RELATÓRIO***.

Inicialmente, destaque-se que, na forma do disposto no art. 649, IV, da lei de rito, "***são absolutamente impenhoráveis: IV - os vencimentos, ...proventos de aposentadoria,...***", tendo os §§1º e 2º estabelecido exceções para a "***cobrança do crédito concedido para a aquisição do próprio bem***" e para o "***caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia***".

Na hipótese, não consta que o pleito tenha por objetivo o adimplemento de quaisquer das referidas situações, de sorte a não incidir as aludidas exceções.

Nesse sentido, anotou o Superior Tribunal de Justiça que "***(...) a penhora eletrônica dos valores depositados nas contas bancárias não pode descurar-se da norma inserta no artigo 649, IV, do CPC (com a redação dada pela Lei 11.382/2006), segundo a qual são absolutamente impenhoráveis 'os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal***'" (REsp 1184765, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, data do julgamento: 24/11/2010).

Com efeito, tratando-se de impenhorabilidade absoluta, não há que se abrandar a aplicação da norma para o fim de possibilitar a penhora de parte do valor.

Nesse trilho, "***é inadmissível a penhora mediante desconto parcelado, em folha de pagamento, dos vencimentos do funcionário (RT 711/133)***" (citado na nota 23ª ao art. 649 do Código de Processo Civil de Theotonio Negrão, 42ª Edição), não cabendo, aqui, excepcionar tal regra com base no "quantum"

Acesso ao Sumário

percebido a título de salário pelo executado.

Destarte, é de rigor o decreto de não acolhida das razões recursais, impondo-se a manutenção da r. decisão guerreada.

Isto posto, ***NEGA-SE PROVIMENTO*** ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2142462-87.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes PHELTON ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA. e AMÉRICO VEIGA AFONSO, é agravado BANCO SANTANDER BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 724)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SALLES VIEIRA (Presidente) e SILVIA MARIA FACCHINA ESPÓSITO MARTINEZ.

São Paulo, 15 de setembro de 2016.

JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação revisional de contrato de financiamento - Requerimento de tutela de urgência para que o réu se abstenha de inscrever seus nomes nos órgãos de proteção ao crédito - Indeferimento - A simples propositura da ação revisional não afasta os efeitos da mora (Súmula 380, do STJ) - Ausência da probabilidade do direito alegado e de perigo de dano (art. 300, do CPC/2015) - Segundo orientação n. 4, estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça no Resp n. 1.061.530/RS, para concessão da tutela antecipada com o fim de obstar a negativação do nome, além do depósito do valor incontroverso, a ação deve estar fundada em discussão total ou parcial do débito e deve haver demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou do STJ - Alegações genéricas acompanhadas de mero cálculo

Acesso ao Sumário

unilateral, que, por ora, não autorizam o deferimento da tutela antecipada nos termos assentados pelo Superior Tribunal de Justiça - Ausência de depósito dos valores incontroversos - Eventual inscrição nos órgãos de proteção ao crédito pelo banco decorre de exercício regular de direito diante da inadimplência dos agravantes - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento contra a r. decisão copiada às fls. 111/112 destes autos digitais, que, em ação revisional de contrato bancário, proposta pelos agravantes em face do agravado, indeferiu pedido de tutela antecipada por não vislumbrar verossimilhança das alegações, considerando que os depósitos realizados serão tidos como incontroversamente devidos e liberados de imediato à parte contrária, mesmo porque inferiores aos valores contratados.

Os agravantes recorrem, defendendo a possibilidade de deferimento da tutela antecipada para exclusão de seus nomes dos órgãos de proteção ao crédito e afastamento dos efeitos da mora, uma vez que preencheram os requisitos exigidos pelo Superior Tribunal de Justiça.

Asseveram que o parecer técnico contábil apresentado demonstra as ilegalidades praticadas pelo réu, tais como: cobrança de juros capitalizados, comissão de permanência cumulada com encargos moratórios e ilegalidade da tarifa de abertura de crédito, estando descaracterizada a mora.

Afirmam que a negativação de seus nomes lhes acarretará sérios prejuízos, violando, inclusive, o princípio da preservação da empresa, devendo ser deferida a tutela de urgência para esse fim.

Recurso tempestivo, preparado e processado sem atribuição de efeito suspensivo.

Contraminuta às fls. 123/129.

É o relatório.

A irresignação não merece acolhimento.

Em síntese, a pretensão dos agravantes é que lhes seja deferida a tutela provisória com o propósito de afastar os efeitos da mora, impedindo a instituição financeira de inscrever seus nomes em cadastros de inadimplentes.

Pois bem; por ora, em sede de cognição sumária da ação revisional proposta pelos agravantes, não se vislumbra a probabilidade do direito alegado, tampouco o perigo de dano (art. 300, do CPC/2015).

O cálculo de fls. 74/110 é documento unilateral, que afastou os termos e encargos contratados, como convém aos recorrentes, não merecendo, ao

Acesso ao Sumário

menos momentaneamente, nenhuma credibilidade para obstar a negativação e descaracterizar a mora, sendo razoável que se aguarde o contraditório para apuração das supostas ilegalidades.

Ressalta-se que a mera discussão das cláusulas contratuais não é suficiente a que sejam alcançados os objetivos supramencionados, máxime quando, a exemplo do caso em tela, é notória a existência de saldo devedor pelo uso de limite de crédito em conta corrente, conforme narram os próprios recorrentes.

Assim, existindo inadimplência, lícita será a eventual inscrição dos nomes dos agravantes em órgãos de proteção ao crédito, não havendo que se falar em perigo de dano em detrimento ao exercício regular do direito do credor.

Com efeito, a pretensão dos agravantes vai de encontro ao enunciado da Súmula n. 380 do STJ: "*A simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor*".

Sobre o assunto, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial representativo de controvérsia repetitiva (REsp n. 1.061.530-RS), de relatoria da Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ de 10.03.2009, já consolidou entendimento no sentido de que a abstenção da inscrição do nome em cadastro de inadimplentes no âmbito de antecipação de tutela e/ou medida cautelar somente será deferida se, cumulativamente: "*i) a ação for fundada em questionamento integral ou parcial do débito; ii) houver demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) houver depósito da parcela incontroversa ou for prestada caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz.*"

No caso dos autos, não se vislumbra que as cobranças consideradas indevidas pela agravante estejam embasadas na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do Pretório Excelso ou do Tribunal da Cidadania. Ao contrário, as irresignações são genéricas e se pautam em cálculo elaborado unilateralmente.

Ademais, os agravantes nem sequer manifestam a intenção de depositar em juízo os valores incontroversos.

Portanto, devem prevalecer os termos contratados até que se infira a veracidade das alegações.

Ante o exposto, **nega-se provimento ao recurso**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2162850-11.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante

ITAÚ UNIBANCO S/A, são agravados VILLA ITAIM REPRESENTAÇÃO COMERCIAL LTDA. e JOSÉ CARLOS BARBOSA SILVA.

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 13115)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente) e JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA.

São Paulo, 12 de setembro de 2016.

CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA, Relatora

Ementa: Agravo de Instrumento - Execução de título extrajudicial - Pedido de citação da executada por via postal - Possibilidade, à luz do NCPC - Situações de exceção para o ato citatório por correio que estão previstas no art. 247 e nele não se incluem as execuções - Recurso ao qual se dá provimento, para deferir ao recorrente o pedido de citação da executada por via postal.

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por **Itaú Unibanco S/A**, em face de **Villa Itaim Representação Comercial Ltda.**, tirado da r. Decisão copiada a fls. 208, pela qual o MM. Juízo da 3ª Vara Cível do Foro Regional de Nossa Senhora do Ó, nesta Comarca, indeferira pedido de citação via postal em processo de execução, por entender descabida.

O agravante busca a reforma do decidido, alegando, em síntese, possibilidade de deferimento do pedido, vez que, na nova sistemática processual, a citação por correio é regra, mesmo nas execuções (fls. 01/12).

Recebido com suspensividade. Sem contraminutas, por não haver se formado a relação jurídico-processual.

É o relatório.

Uma vez presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso, dando-lhe provimento.

Consigno, de plano, que fora dispensada a intimação da parte adversa neste procedimento, porque ainda não citada na ação originária e por inexistente o prejuízo, observados, ainda, os princípios maiores da celeridade e efetividade processual.

Acesso ao Sumário

Quanto ao mérito, tenho que assiste razão ao recorrente. De fato, na nova sistemática processual, introduzida pela Lei nº 13.105/15, não mais persiste a vedação referida pelo d. Juízo "a quo". O artigo 247 do novo Código de Processo Civil arrola situações de exceção para o ato citatório por correio e nele não se incluem as execuções.

Recentemente decidira esta C. Corte que, "**com o advento da lei nº 13.105/2015, vigente a partir de 18 de março de 2016, a vedação de citação postal para os processos de execução foi excluída**" (Agravo de Instrumento nº 2091426-06.2016.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Casconi, 31ª Câmara de Direito Privado, j. 24.05.2016).

Por tais razões, tenho que a r. decisão combatida deva ser reformada, para deferir ao recorrente o pedido de citação da executada por via postal.

Pelo exposto, por meu voto, **dou provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2141801-11.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MARCOS ANTÔNIO MUNIZ DE SOUSA, é agravado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.903)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente) e TASSO DUARTE DE MELO.

São Paulo, 19 de setembro de 2016.

CERQUEIRA LEITE, Relator

Ementa: Tutela de urgência - Tutela de caráter antecedente - Ação declaratória de inexigibilidade de débito, cumulada com indenização por danos morais - Tutela deferida, condicionada à prestação de caução em dinheiro no valor do débito questionado - Decisão contraditória, pautada na verossimilhança de que o débito não emana de relação jurídica entre o autor e o réu - Finalidade da caução que é a de ressarcir os danos ao credor - Superfetação da caução, se não há,

Acesso ao Sumário

conforme o autor, débito a ser pago - Comportamento do autor, conforme a verdade, sujeito a sanção processual no momento oportuno em caso de deslealdade - Caução dispensável - Recurso provido e caução expurgada.

VOTO

Ajuizada ação declaratória de inexigibilidade de débito, cumulada com indenização por danos morais, em que o autor afirma que nunca contratou com o réu e desconhece os débitos pelos quais foi incluído por ele em cadastros de inadimplentes, de R$ 720,04, R$ 719,33 e R$ 672,87, esgotando a via extrajudicial no sentido de ter o crédito reabilitado, o juízo de primeiro grau deferiu a tutela de urgência, mas condicionou-a à prestação de caução em dinheiro no valor do débito questionado.

Inconformado, o autor objeta, expondo que a caução não tem lugar na hipótese ***"sub judice"***, na qual nega o débito, e ao invés de representar boa-fé é contrária a ela. Aduz que a demonstração da inexistência do débito equivale à prova de fato negativo, cabendo ao réu a prova do fato positivo. Assim, enquanto o débito estiver em discussão, é cabível a exclusão de cadastros de inadimplentes independentemente de caução. Pede reforma.

Ainda não formada a relação processual, prescindiu-se da intimação do réu para contraminuta.

É o relatório.

O inconformismo procede.

Tem-se acentuado demandas em que o autor pleiteia a exclusão de desabonos em cadastros de inadimplentes, pelo só fato de trazer ao Judiciário a discussão dos débitos que deram ensejo às restrições ao crédito.

A solução é casuística e parte da premissa que norteia a pretensão declaratória de inexistência ou de inexigibilidade, a ser melhor esclarecida depois de formada a relação processual e o réu ter a oportunidade de trazer a sua versão.

Tem-se que muito depende da abordagem do autor para o fato, pois, ***"prima facie"***, milita a presunção de que demanda com lealdade e conforme a verdade.

A inobservância dessas normas comezinhas de conduta processual é sancionada com multa calculada sobre o valor da causa, na forma do art. 77, § 2º, do novo CPC.

Sendo assim, é verossímil a afirmação do autor de que não contratou com réu e não deve os débitos pelos quais foi incluído em cadastros de restrição ao

Acesso ao Sumário

crédito.

Aliás, essa verossimilhança é que embasou a r. decisão de deferimento da tutela de urgência, sendo contraditória a exigência de caução em dinheiro, cuja finalidade é, consoante o art. 300 , § 1º, do novo CPC, ressarcir os danos que a parte adversária possa vir a sofrer. Fosse o contrário, a tutela não seria deferida.

É um truísmo que, pautada a pretensão na premissa de que nunca existiu relação jurídica entre o autor e o réu, a prestação de caução é anódina, trata-se de superfetação; não há danos a serem ressarcidos.

Oportunamente, na eventualidade de o autor ter faltado com a verdade, a sanção por litigância temerária será aplicada em proporção à gravidade do comportamento.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso, no sentido de expurgar a prestação de caução.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2161400-67.2015.8.26.0000, da Comarca de Itanhaém, em que é agravante ANTONINA CATALDO VUTANO, é agravado EMACCOM INSTALAÇÕES E OBRAS S/C LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida, deram-lhe parcial provimento. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.244)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente) e MARINO NETO.

São Paulo, 20 de setembro de 2016.

RENATO RANGEL DESINANO, Relator

Ementa: PENHORA - Avaliação de bens imóveis pelo oficial de justiça do Juízo deprecado - Impugnação do executado requerendo a nomeação de profissional com conhecimentos técnicos para a realização da avaliação - Desnecessidade - Aplicação do artigo 870, do Código de Processo Civil - RECURSO NÃO PROVIDO NESTA PARTE.

AVALIAÇÃO - Auto - Divergência entre valores

Acesso ao Sumário

indicados numericamente e por extenso - Insurgência - Cabimento - Necessidade de esclarecimentos e correção dos valores de avaliação indicados - RECURSO PROVIDO NESTA PARTE.

AVALIAÇÃO - Auto - Manutenção dos valores apontados após retificação - Critérios indicados pela exequente que se revelam unilaterais e subjetivos, desprovidos de embasamento técnico - RECURSO NÃO PROVIDO NESTA PARTE.

EXCESSO DE PENHORA - Caracterização - Necessidade de adequação, pelo MM. Juízo deprecado, do valor dos bens avaliados ao do débito exequendo atualizado - Decisão reformada - RECURSO PROVIDO NESTA PARTE.

NULIDADE - Termo de depósito expedido pelo MM. Juízo deprecante a indicar executado falecido como depositário dos bens imóveis constritos - Matéria decidida pelo MM. Juízo deprecante - Não apreciação pela decisão recorrida - Ausência de prejuízo efetivo - RECURSO NÃO CONHECIDO NESTA PARTE.

SUSPENSÃO DO FEITO PARA REGULARIZAÇÃO DO POLO PASSIVO - Falecimento de um dos executados - Inteligência dos artigos 265 e 266 do Código de Processo Civil de 1973 - Impossibilidade - Matéria já decidida pelo MM. Juízo deprecante - Preclusão - RECURSO NÃO CONHECIDO NESTA PARTE.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão que, em ação de cobrança, em fase de cumprimento de sentença, proposta por EMACCOM INSTALAÇÕES E OBRAS S/C LTDA. contra LIBÓRIO VUTANO e ANTONINA CATALDO VUTANO, rejeitou a impugnação ofertada pela executada, mantendo a avaliação dos imóveis efetuada pelo oficial de justiça do MM. Juízo deprecado (fls. 26).

Recorre a executada. Suscitada, preliminarmente, nulidade processual, fundada na nomeação de LIBÓRIO VUTANO como depositário dos bens imóveis constritos, dado seu falecimento. Afirma que o falecimento de seu marido, Sr. LIBÓRIO VUTANO (executado), induz à suspensão do processo até a habilitação dos respectivos sucessores, à luz dos artigos 265 e 266 do Código

Acesso ao Sumário

de Processo Civil de 1973. Alega que da avaliação realizada pelo Sr. Oficial de Justiça, nos lotes de terreno penhorados, não constou o valor das benfeitorias e construções existentes no local, bem assim que há divergência entre os valores numéricos e os apostos por extenso no laudo. Sustenta caracterizado excesso de penhora, haja vista que o valor dos bens penhorados representa o triplo do valor do débito exequendo. Requer a concessão do efeito suspensivo ao recurso, bem como: a) suspensão do processo até sua regularização em razão do falecimento do executado; b) o esclarecimento do valor correto dos imóveis constritos, ainda que seja necessária nova avaliação; c) adequação ou redução do valor da penhora (fls. 01/08).

Recurso processado com a concessão do efeito pleiteado pelo D. Des. Silvério da Silva, integrante da 8ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça (fls.59 e 84) e contraminutado (fls.63/68).

Informações prestadas pelo MM. Juízo "a quo" (fls.91/102).

Recurso não conhecido por força do artigo 105 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça (*Prevenção - Apelação nº 9195841-72.2003.8.26.0000, Rel. Des. Moura Ribeiro*) e redistribuído a esta C. Câmara (fls. 104/107).

É o relatório.

PASSO A VOTAR.

Trata-se de ação de cobrança fundada em contrato de prestação de serviços de implantação da rede de energia elétrica, hidráulica e de esgoto, bem como de colocação de guias e sarjetas nos lotes de terrenos 2, 7, 8, 9 e 10, da Quadra H, adquiridos pelos ora executados, por meio de compromisso de compra e venda, no loteamento Jardim Marilú, situado na comarca de Itanhaém-SP.

O feito tramitou na comarca de São Caetano do Sul e, ao final, o D. Magistrado julgou parcialmente procedentes os pedidos, para condenar os requeridos ao pagamento: *a)* dos serviços para execução de benfeitorias prestados, "*excetuados os lotes 02 e 09 da quadra H, já servidos por guia e sarjeta colocados pela Prefeitura Municipal de Itanhaém ao longo da Rua Marginal e, também, o lote 10 da quadra H, que possuída 18,20 metros de guia e sarjeta, trecho em curva" (texto extraído do v. acórdão proferido na Apelação nº 9195841-72.2003.8.26.0000, Rel. Des. Moura Ribeiro, 11ª Câmara Direito Privado do TJSP, j. 04.02.2010)*; *b)* das custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios.

Sobrevieram recursos de apelação das partes, ambos julgados pelo v. Acórdão proferido na Apelação nº 9195841-72.2003.8.26.0000, j. 04.02.2010, da lavra do D. Des. Moura Ribeiro, então integrando da 11ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça.

O apelo da autora foi provido, para julgar totalmente procedentes os pedidos formulados na Inicial. Diante disto, o recurso dos réus - *visando à*

Acesso ao Sumário

reforma do julgado para que as despesas e honorários de sucumbência fossem igualmente partilhadas entre os litigantes -, foi tido por prejudicado.

Iniciada a fase de cumprimento de sentença, apurou-se um débito na importância aproximada de R$200.000,00 (fls.70).

Inexistindo o cumprimento espontâneo da obrigação no prazo legal, houve a penhora dos direitos sobre os lotes de terreno nº 2,7,8,9 e 10, da Quadra H do loteamento Jardim Marilú, de propriedade dos executados, os quais foram nomeados depositários dos bens (fls.28/29).

Ato contínuo, expediu-se carta precatória para a comarca de Itanhaém para que se procedesse à avaliação e praceamento dos referidos bens constritos (fls. 49).

Em cumprimento ao mandado, o Sr. Oficial de Justiça efetuou a avaliação dos bens indicados, elaborando o respectivo auto (fls. 46/48).

Ambas as partes se manifestaram, concordando a autora com os valores indicados, ao passo que os executados apresentaram discordância com relação ao auto (fls. 51/54).

Neste cenário, o MM. Juízo *a quo* (deprecado) proferiu a r. decisão a seguir transcrita:

> "*Vistos para decisão. Trata-se de impugnação à avaliação apresentada pela executada ANTONINA CATALDO VUTANO, sob o argumento de que a avaliação foi realizada de forma simplificada, bem como deixou o avaliador de apontar os valores de mercado dos referidos bens. A impugnante indicou na petição os valores que entende correto (fls. 87/89). É a síntese do necessário. Fundamento e decido.* ***A impugnação merece ser rejeitada****. Com efeito, a parte impugnante pretende que o valor dos direitos incidentes sobre os lotes nº 09, nº 10 e nº 02 da quadra 'H', do loteamento Jardim Marilú - Itanhaém, passe a constar como sendo R$180.000,00, para cada um deles, alegando ser este o valor de mercado. O pedido da impugnante, todavia, não deve prosperar. Conforme se verifica do auto de avaliação (fls. 81), o Oficial Avaliador dirigiu-se ao local auxiliado por experiente corretor de imóveis desta comarca, o que indica que sua avaliação está próxima do valor de mercado, em razão de estar acompanhado por profissional habilitado para tal. Ademais, a impugnante sequer trouxe aos autos qualquer avaliação por corretor de imóveis que pudesse contrariar o auto de avaliação do Oficial de Justiça.* ***Assim sendo, considerando os cuidados que tomou o Sr. Oficial, consoante se observa do auto de avaliação (fls. 81), reputo que a avaliação efetuada está correta. À vista do exposto, REJEITO a impugnação ao auto de avaliação, razão pela qual fica mantido, determinando que a presente carta precatória tenha seu curso normal****. Manifeste-se a autora em termos de prosseguimento*". *(grifo nosso)*

Acesso ao Sumário

Contra referida decisão do MM. Juízo deprecado (Itanhaém) insurge-se a agravante.

Pese as alegações da recorrente, o recurso, na parte conhecida, merece parcial acolhida.

Por primeiro, no que concerne à necessidade de realização de nova avaliação, nada a prover.

O artigo 870, do Código de Processo Civil enuncia que:

"*Art. 870. A avaliação será feita pelo oficial de justiça. Parágrafo único. Se forem necessários conhecimentos especializados e o valor da execução o comportar, o juiz nomeará avaliador, fixando-lhe prazo não superior a 10 (dez) dias para entrega do laudo*".

Na hipótese dos autos, trata-se de avaliação de lotes de terreno que demandam simples atuação do oficial de justiça, com o auxílio de corretor de imóveis atuante na localidade, a fim de obter o valor do mercado imobiliário local.

Logo, a avaliação realizada demonstra, ao menos "prima facie", a desnecessidade de nova avaliação por "expert" na área de engenharia, bastando à aferição dos reais valores dos bens constritos.

No mais, os valores apontados pela agravante (fls. 52/54), demonstram mera avaliação unilateral por parte da executada, sendo demasiadamente genérica e subjetiva, não indicando elementos precisos ou técnicos para obtenção do valor dos imóveis.

Nota-se que a executada sequer indicou assistente técnico, nem mesmo se utilizou de serviços especializados de um corretor de imóveis ou *sites* direcionados à venda de bens semelhantes na localidade a indicar a defasagem no mercado dos valores apontados pelo auto de avaliação homologado.

Afora isto, conforme afirmado pelo Sr. Oficial de Justiça avaliador, as benfeitorias existentes nos terrenos avaliados, não são expressivas porque adaptadas ao funcionamento de uma loja de piscinas, conforme segue (fls. 102):

"*(...) Saliento que nos lotes 7 e 8 há uma pequena construção, sem valor comercial. Nos lotes 9 e 10 está estabelecida uma empresa de construção de piscinas e venda de materiais inerentes ao ramo, denominada 'Marcelo Piscinas' cuja construção ali existente é, também, sem valor comercial. No lote 2 há uma construção com cerca de 40m², cujo valor declinado já está considerada*".

A corroborar tal fato estão as fotos anexadas aos autos, que evidenciam a simplicidade das construções, já consideradas pelo auto de avaliação no valor final dos imóveis (fls. 74/80).

Quanto à divergência entre os valores indicados por números e por extenso, constantes do laudo originalmente apresentado, com razão a agravante.

Acesso ao Sumário

Ressalta-se que, de maneira superveniente, houve retificação do laudo pericial diante da solicitação de informações pelo relator inicialmente sorteado (fls. 59).

Diante disto, saliente-se, por oportuno, que o valor correto, de acordo com os esclarecimentos apresentados pelo Sr. Oficial de Justiça é o que constou dos números inicialmente entregues e não aquele por extenso, entre parênteses, conforme retificação juntada às fls. 102.

Portanto, diante da retificação havida no auto de avaliação, de rigor o provimento do recurso para que se proceda à correção dos valores originariamente indicados por extenso àqueles correspondentes aos números (fls. 102).

De outro lado, igual sorte não segue o pedido de suspensão do feito para regularização do polo passivo, dado o falecimento do Sr. LIBÓRIO VUTANO, o qual não deve ser conhecido.

Isto porque, em conformidade com a decisão anexada pela agravada às fls. 120, referida matéria já fora objeto de apreciação pelo MM. Juízo "a quo" (deprecante) e, inexistindo recurso voltado ao conteúdo decisório outrora adotado noticiado nos autos, operou-se a preclusão, à luz do artigo 507 do Código de Processo Civil.

Demais disto, referida matéria não fora objeto da r. decisão recorrida, mas sim de outro juízo, em outro feito (ação de cobrança - fase de cumprimento de sentença), razão por que de prevalecer o não conhecimento do recurso neste aspecto.

Por fim, o pleito recursal de retificação do auto de depósito dos bens constritos, para exclusão do "de cujus" da condição de depositário, não comporta conhecimento.

Primeiro porque a matéria agitada não fez parte do conteúdo decisório ora recorrido nos autos da carta precatória (Itanhaém).

Ademais, originou-se nos autos da ação de cobrança - fase de cumprimento de sentença em 25.04.2013, em cumprimento de decisões proferidas pelo MM. Juízo deprecante (São Caetano do Sul).

Ainda que assim não fosse, na remota hipótese de haver alegada nulidade - ressalta-se relativa - no MM. Juízo deprecante, caberia à parte interessada alegá-la no momento oportuno, pela via adequada, demonstrando efetivo prejuízo dela decorrente, o que não se observa "in casu".

No que tange à pretensão recursal de reconhecimento de excesso de penhora, tal pleito comporta provimento.

Com efeito, nos termos do § 2º do artigo 914 do Código de Processo Civil:

"§ 2º Na execução por carta, os embargos serão oferecidos no juízo deprecante ou no juízo deprecado, mas a competência para julgá-los

é do juízo deprecante, salvo se versarem unicamente sobre vícios ou defeitos da penhora, da avaliação ou da alienação dos bens efetuadas no juízo deprecado". (grifo nosso)

A respeito da matéria, complementa o artigo 874, inciso I, do Código de Processo Civil que:

*"Art. 874 Após a avaliação, o juiz poderá, a requerimento do interessado e ouvida a parte contrária, mandar: I - **reduzir a penhora aos bens suficientes ou transferi-la para outros, se o valor dos bens penhorados for consideravelmente superior ao crédito do exequente e dos acessórios**;"*

De conformidade com a impugnação à avaliação (fls. 52/54), a agravada apontou que o débito objeto da execução em curso expressa, atualmente, a quantia aproximada de R$200.000,00.

E, como se verifica da avaliação já retificada de fls. 102, o valor total dos bens constritos, soma a importância de R$ 555.000,00.

Assim, necessário que na origem (MM. Juízo deprecado), seja calculado o valor atualizado do débito, bem como da avaliação, procedendo-se, à prudente readequação das constrições já realizadas a valor suficiente à satisfação do débito executado, pena de enriquecimento ilícito da exequente.

Ante o exposto, pelo meu voto, na parte conhecida, dou parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2167218-63.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes SUELI DA SILVEIRA NUNES FERREIRA, VITOR RAFAEL NUNES FERREIRA, LUIZ FILIPE NUNES FERREIRA e RAFAELA NUNES FERREIRA, é agravado CLÁUDIO LUIZ MIQUELIN.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto 11.502-JV)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente) e HAMID BDINE.

São Paulo, 3 de outubro de 2016.

FORTES BARBOSA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação de execução de título extrajudicial - Indeferimento de desconstituição de penhora - Insurgência - Excesso de penhora não demonstrado - Decisão mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento tirado contra decisão proferida pelo r. Juízo de Direito da 5ª Vara Cível do Foro Central (Comarca da Capital), que, em sede de ação de execução de título extrajudicial, indeferiu pedido de desconstituição de penhora de bens e desbloqueio de contas bancárias e veículos dos executados (fls. 39).

Os agravantes sustentam que estão sofrendo excesso de penhora, estando constrito quase o dobro do valor do débito. Argumentam que o imóvel penhorado e situado na Comarca de Atibaia já é suficiente para garantir a execução, sem a necessidade de manutenção das demais constrições. Asseveram que foram penhorados bens de terceiros, empresas que não são parte no processo de execução. Aduzem que a penhora de quotas societárias e de bens empresariais deve ser considerada apenas como última opção na execução. Argumentam que deve permanecer apenas a penhora sobre o imóvel dado em garantia, eis que é menos gravosa para si próprios e suficiente para garantir a execução. Pedem provimento, inclusive com a concessão de efeito suspensivo ativo, para que seja desconstituída a penhora sobre contas bancárias, veículos e quotas sociais das empresas e das pessoas físicas (fls. 01/11).

Foi indeferido o efeito suspensivo (fls. 471/472).

Em contraminuta, o agravado pretende seja mantido o "decisum" (fls. 475/478).

Não houve oposição ao julgamento virtual (fls. 512).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

O agravante se insurge contra decisão que indeferiu pedido de desconstituição de penhora de bens e desbloqueio de contas bancárias e veículos dos executados.

Após o início da vigência das Leis 11.232/05 e 11.382/06, deixou de existir a faculdade do devedor-executado de escolher quais bens serão penhorados, podendo, pelo novo regime, o credor indicar bens diversificados para a constrição (Evaristo Aragão Santos, Breves Notas Sobre o 'Novo' Regime de Cumprimento da Sentença, in "Processo e Constituição - Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira", RT, São Paulo, 2006, p. 327; Humberto Theodoro Júnior, A Reforma da Execução do Título Extrajudicial, Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 69).

De toda maneira, o exequente apresentou cálculo do débito atualizado,

apontando valor de R$ 831.066,21 (oitocentos e trinta e um mil e sessenta e seis reais e vinte e um centavos) (fls. 479).

Conforme avaliação não oficial, o imóvel dado em garantia foi avaliado em R$ 680.000,00 (seiscentos e oitenta e oito mil reais) (fls. 315/316 dos autos principais).

A dívida apontada, porém, é superior ao valor da avaliação, além de constar, junto à matrícula do bem, alienação fiduciária feita em favor da Caixa Econômica Federal e penhora incidente sobre os direitos de titularidade de ambos os recorrentes (fls. 486/488).

Não há, assim, excesso de penhora a ser reconhecido e, como ressaltado na decisão de fls. 471/472, as constrições judiciais ordenadas não implicam em alteração no exercício da posse de bens componentes do patrimônio dos agravantes, exceção feita aso fundos bancários.

A penhora das participações do executado nas sociedades empresárias e bloqueio de ativos financeiros e automotivos foi determinada para evitar a dissipação do patrimônio das empresas, sendo determinada a liberação de parte dos valores, para não inviabilizar a atividade das empresas, não havendo prejuízo (fls. 212 e 451).

Saliente-se, ademais, que os embargos à execução ajuizados pelos agravantes foram rejeitados (fls. 489/491), não subsistindo mais questionamento acerca da idoneidade ou quantificação do crédito exequendo.

Por fim, como asseverado na decisão recorrida, cabe aos devedores pagar a dívida, entabular acordo ou suportar a constrição de seus bens.

Assim, a decisão deve ser mantida, não havendo justificativa para sua alteração.

Nega-se, por isso, provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2190078-58.2016.8.26.0000, da Comarca de Fernandópolis, em que é agravante GERSON DONIZETI PIVA, é agravado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25267)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente), TASSO DUARTE DE MELO E SANDRA

Acesso ao Sumário

GALHARDO ESTEVES.

São Paulo, 4 de outubro de 2016.

JACOB VALENTE, Relator

Ementa: Agravo de instrumento - Ação de obrigação de fazer c/c danos morais e tutela antecipada de urgência - Insurgência em face de decisão que limitou os descontos a 30% dos vencimentos líquidos do agravante, referentes a empréstimos consignados, apenas àqueles inerentes à folha de pagamento - Pretensão de que tal limitação abranja também os débitos efetuados em conta corrente oriundos de empréstimos - Questão que não foi analisada no juízo de origem - Impossibilidade de apreciação pelo órgão colegiado, sob pena de supressão de instância - Recurso não conhecido.

VOTO

1) Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, tirado contra decisão de fls. 101/102 dos autos originários, que em ação de obrigação de fazer, deferiu parcialmente a tutela antecipada, determinando ao banco agravado que se abstenha de efetuar descontos mensais diretamente em folha de pagamento do autor em limite superior ao de 30% dos vencimentos líquidos do agravante.

Sustenta o agravante a necessidade de "*interrupção da retenção salarial acima de 30% em folha de pagamento, mas também descontos em conta corrente de um modo geral, este totalizando mais de 100% do salário*" (fls. 05).

Afirma que "*está sendo penalizado com o débito de totalidade de seu salário, ou seja, todo e qualquer valor percebido está sendo penhorado em virtude de dívida de empréstimos, não sobrando valor algum para sua mínima subsistência, o que confronta com a Constituição Federal, no âmbito da dignidade da pessoa humana*" (fls. 06).

Em suma, clama pela reforma da decisão agravada, para o fim de "*obrigar o agravado a se abster de cobrara* ***conjuntamente*** *valor superior a 30% de ambos os institutos, quais sejam, empréstimos consignados e também débitos em sua conta corrente, estes últimos instruídos no processo originário em folhas 30 a 31*" (grifo no original) (fls. 23).

Subsidiariamente, "*requer-se pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que seja obrigado o agravado a abster-se de cobrar acima dos 40%*

Acesso ao Sumário

do salário líquido do agravante, pois da forma que está sendo realizada, está além de insustentável, também insuportável, abalando tanto fisicamente, quanto psicologicamente o agravante" (fls. 24).

É o relatório do necessário.

2) O recurso não comporta conhecimento.

A decisão agravada, copiada a fls. 101/102, apenas determinou ao banco agravado a abstenção de descontos mensais diretamente em folha de pagamento do autor, ora agravante, em limite superior a 30% de seus vencimentos líquidos, sendo certo que não apreciou, nem mesmo de forma implícita, os descontos efetuados em conta corrente, formulado na petição inicial copiada às fls. 01/15 dos autos originários, tampouco o pedido subsidiário constante de suas razões recursais (fls. 24, deste).

E, enquanto o pedido objeto do presente agravo não for apreciado no juízo de origem, não pode ser analisado, em sede recursal, sob pena de supressão de instância.

Ante o exposto, não se conhece do agravo interposto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2153140-64.2016.8.26.0000, da Comarca de Porto Ferreira, em que é agravante SÔNIA MARIA MUTTER SIQUEIRA, é agravado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.877)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ITAMAR GAINO (Presidente) e VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR.

São Paulo, 4 de outubro de 2016.

SILVEIRA PAULILO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Penhora "on line" que recaiu sobre valores depositados em conta corrente de titularidade da agravante. Valores oriundos de pagamento de pensão militar. Ordem de penhora de 30% do saldo encontrado. Inadmissibilidade. Exegese do art. 833, IV, do NCPC. Prova encartada aos autos que se mostra suficiente

Acesso ao Sumário

para reconhecimento da impenhorabilidade dos valores constritos. Impossibilidade, ademais, de penhora de parte do salário. Precedentes do Colendo STJ. Decisão reformada. Recurso provido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento respondido e bem processado, por meio do qual que ver a agravante reformada a r. decisão digitalizada às fls. 16/18, que deferiu, apenas parcialmente, o pedido de desbloqueio da conta corrente na qual é depositada a pensão militar recebida pela agravante e limitou o levantamento de apenas 70% (setenta por cento) do valor bloqueado. Sustenta, em apertada síntese, que os valores penhorados possuem natureza salarial, o que os torna absolutamente impenhoráveis, nos termos do artigo 833, IV, do Código de Processo Civil. Argumenta que, sendo a impenhorabilidade do salário absoluta, não há que se falar em penhora parcial, de modo que o bloqueio de 30% (trinta por cento) dos valores depositados em sua conta não pode ser admitido.

O efeito suspensivo foi concedido às fls. 305.

Contraminuta às fls. 309/315, discorrendo sobre impenhorabilidade de conta poupança.

Não houve manifestação das partes sobre eventual oposição ao julgamento virtual (fls. 317).

É o relatório.

Reservado o devido respeito à posição sustentada pelo douto Juiz "*a quo*", prospera o inconformismo da agravante.

A prova documental acostada aos autos (fls. 276/278) mostra-se suficiente e leva à segura conclusão de que o bloqueio realizado na conta corrente nº 001.00023402-0, agência 0740, da Caixa Econômica Federal, de titularidade da agravante, incidiu sobre valores por ela recebidos a título de pensão militar depositada pelo Comando da Aeronáutica.

A regra do art. 833, IV, do CPC é meramente exemplificativa, quando fala em *vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios, quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal.* Sua melhor exegese é a de que toda a contraprestação pecuniária que provenha de trabalho e destinada a sustento é impenhorável, dada a redação de larga abrangência do dispositivo. A remuneração da agravante encarta-se exatamente nesta hipótese, razão pela qual é impenhorável. E se assim é, a impenhorabilidade abrange toda a remuneração; nem mesmo parte dela, como os 30% de que fala a r. decisão recorrida, podem ser penhorados.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, assim já decidiu o Colendo STJ:

"***AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. PENHORA DE 30% SOBRE CONTA SALÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 649, IV, DO CPC. PRECEDENTES DA CORTE. 1. A jurisprudência desta Corte orienta que, nos termos do artigo 649, IV, do Código de Processo Civil de 1973, são impenhoráveis os valores depositados em conta destinada ao recebimento de vencimentos, salários, ou proventos de aposentadoria do devedor. 2. Agravo interno a que se nega provimento*. (AgRg no REsp 143850/RJ, Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, j. 25/04/2016).**

"*PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENHORA DE VERBA SALARIAL. PERCENTUAL DE 30%. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. 1. Esta Corte Superior adota o posicionamento de que o caráter da impenhorabilidade dos vencimentos, soldos e salários (dentre outras verbas destinadas à remuneração do trabalho) é excepcionado apenas quando se tratar de penhora para pagamento de prestações alimentícias. 2. (...). 3. (...). 4. Agravo regimental não provido.*" (AgRg no REsp 1497214/DF, Relator Ministro MOURA RIBEIRO, Terceira Turma, j. 26/04/2016).

Por fim, a hipótese dos autos não se confunde, nem por analogia, com aquelas dispostas nos artigos 1º e 2º, § 2º, I, da Lei nº 10.820/03. Destarte, não há que se falar em manutenção do bloqueio, mesmo na porcentagem de 30%, da conta da agravante.

É certo que a pretensão do credor em buscar sua satisfação é justa, mas é inegável que a ordem jurídica privilegiou a sobrevivência pessoal em prejuízo de outros débitos, resguardando certas situações, dentre elas a descrita nos autos.

Diante do exposto, pelo meu voto, é dado provimento ao recurso para reformar a r. decisão agravada e determinar o levantamento da penhora que recaiu sobre 30% (trinta por cento) dos vencimentos da agravante.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2081830-95.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DO SEGURO DPVAT S/A, é agravada FRANCISCA CLAUDIA DE LIMA.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.900)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente) e MARIA LÚCIA PIZZOTTI.

São Paulo, 6 de julho de 2016.

MARCOS RAMOS, Relator

Ementa: Seguro obrigatório - Veículo automotor - DPVAT - Ação de cobrança - Arguição de invalidez permanente - Decisão que deferiu a realização de prova médico-pericial, carreou à ré o ônus probante e o pagamento dos honorários do perito - Manutenção - Necessidade - Encargo que deve ser suportado pela seguradora - Inteligência do art. 6º, VIII, do CDC - Valor arbitrado condizente com o trabalho técnico a ser realizado. Recurso da ré desprovido.

VOTO

VOTO DO RELATOR

Trata-se de agravo de instrumento interposto em razão de parte da r. decisão copiada às fls. 21/24, proferida nos autos da ação de cobrança de seguro obrigatório - DPVAT, proposta por Francisca Cláudia de Lima em face de "Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVT S/A", que determinou à ré o adiantamento dos honorários médico-periciais, nomeou o *expert* judicial e arbitrou seus honorários provisórios em R$ 1.000,00, que deverão ser depositados no prazo de cinco dias.

Afirmou a ré, em síntese, que a perícia deve ser realizada pelo IMESC, visto que a autora é beneficiaria da justiça gratuita, certo que a responsabilidade pelo pagamento das custas e despesas é da parte que alega os fatos, não havendo que se falar em inversão do ônus da prova.

Subsidiariamente, aduziu que o valor fixado é exorbitante, ao que deve ser mitigado ao máximo de R$ 880,00, equivalente a um salário mínimo. Requereu a concessão de efeito suspensivo e, ao final, a reforma da decisão recorrida.

A agravada não apresentou contraminuta - fls. 68.

É o relatório.

O recuso não comporta acolhimento.

Segundo o artigo 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, as

Acesso ao Sumário

atividades securitárias constituem prestação de serviços e configuram relação de consumo, permanecendo o seguro DPVAT englobado pelas normas desse diploma legal.

E, nos termos de seu artigo 6º, inciso VIII, é de rigor a inversão do ônus da prova, o que permite atribuir à ré a responsabilidade pelo custeio da prova médico-pericial.

Segundo essa disposição legal, forçoso reconhecer que incumbe à agravante demonstrar que o segurado não faz jus à indenização securitária pleiteada, cabendo-lhe arcar, por conseguinte, com os respectivos custos.

Nesse sentido:

"*A inversão do ônus da prova significa também transferir ao réu o ônus de antecipar as despesas da perícia tida por imprescindível ao julgamento da causa*" (REsp. nº 383.276/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 18.06.2002, DJ de 12.08.2002).

É de praxe que as perícias desenvolvidas nos casos em que a parte goza de gratuidade judiciária sejam realizadas pelo IMESC.

Entretanto, nada impede que o Juízo *a quo* se utilize de profissional de sua confiança para a execução dos trabalhos técnicos, sem necessidade de absoluta submissão ao aludido órgão estadual, já que a nomeação do perito é tarefa que lhe incumbe (art. 421, do Código de Processo Civil).

Ademais, tendo em vista a notória demora na realização da perícia médica através do IMESC, inexiste óbice à determinação para que a prova técnica seja realizada por profissional nomeado, que é considerado auxiliar do Juízo (art. 139, do Código de Processo Civil), e o valor fixado se mantém condizente com o trabalho a ser realizado.

Portanto, deve ser integralmente mantida a respeitável decisão hostilizada.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2107643-27.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CONDOMÍNIO EDIFÍCIO EDITH, é agravada VALÉRIA DIAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.062)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MILTON

Acesso ao Sumário

CARVALHO (Presidente) e WALTER CESAR EXNER.

São Paulo, 5 de julho de 2016.

PEDRO BACCARAT, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de cobrança de cotas condominiais. Revogação do mandato do advogado do Autor. Reserva de honorários contratuais. Impossibilidade. Contrato de prestação de serviços com remuneração 'ad exitum'. Honorários devidos pelo trabalho realizado consoante arbitramento, em ação própria. Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de agravo de instrumento tirado contra a decisão proferida pela Doutora Andrea Ferraz Musa que, em ação de cobrança de contribuições condominiais, deferiu a reserva dos honorários contratuais da advogada do Autor, que teve seu mandato revogado, no montante equivalente a 20% do valor devido até a data da revogação.

Insurge-se o Agravante alegando que o pagamento dos honorários eventualmente devidos à advogada em razão do contrato depende de arbitramento e não podem ser exigidos nos autos da ação de cobrança. Anota que a patrona requereu a reserva de 10% do valor da dívida objeto da ação de cobrança, mas a magistrada determinou a reserva de 20%, o que evidencia o caráter *extra petita* da decisão e impõe sua anulação.

Recurso regularmente processado.

É o relatório.

Em julho de 2006, Condomínio Edifício Edith ajuizou ação de cobrança de contribuições condominiais contra Eli Eluf e Arminda Costa Eluf visando o recebimento das cotas vencidas desde fevereiro de 2003.

Diante do falecimento dos requerentes e depois do processamento de seus inventários, os herdeiros foram habilitados e passaram a compor o polo passivo da demanda.

A Doutora Valéria Dias, que patrocinava os interesses do Condomínio Autor, informou a revogação do mandato e requereu a reserva de honorários contratuais e de sucumbência.

A magistrada determinou a reserva dos honorários contratuais, no equivalente a 20% dos valores cobrados nesta ação, até a data da revogação. Contra esta decisão se volta do Condomínio.

Acesso ao Sumário

Constou da Cláusula Segunda do contrato firmado entre o Condomínio e a advogada: "*O preço dos serviços profissionais de advocacia aqui ajustados fica estabelecido em 20% de Honorários Advocatícios em cima do valor já recebido*" (fls. 567).

Nos contratos de honorários de serviços advocatícios, com honorários fixados "*ad exitum*", a revogação dos poderes outorgados ao advogado, isto é, o desfazimento do contrato de prestação de serviços no curso da demanda, impede os resultados deles esperados pelas partes. A prestação integral dos serviços, com eventual proveito econômico, de uma parte, e de outra, a remuneração pelo serviço prestado com participação nos resultados.

O trabalho até então realizado deve ser remunerado, não mais nos termos do contrato desfeito, e cuja execução dependia de resultados efetivamente não alcançados e pelos quais não pode mais o advogado se empenhar. Resta, então, o arbitramento pelo trabalho realizado na ação.

Disto resulta a necessidade de ação própria para apuração e exigência dos honorários contratados entre as partes e a consequente impossibilidade do pedido de reserva.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2094625-36.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes SEBASTIÃO CORREA BUENO e MARIA APARECIDA BUENO, são agravados MARIA IZABEL TADDEO SOARES (INVENTARIANTE), LILIAN MARIA POMPEA RIBEIRO TADDEO (ESPÓLIO), ANA MARIA MASSERAN TADDEO (INVENTARIANTE) e ORENCI MASSERAN TADDEO (ESPÓLIO).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não Conheceram do recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37604)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente sem voto), GILBERTO LEME e MORAIS PUCCI.

São Paulo, 6 de julho de 2016.

MELO BUENO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: LOCAÇÃO DE IMÓVEL COMERCIAL

- DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO c/c COBRANÇA - Inadimplemento de acordo efetivado entre as partes - Execução - Alegações de vícios insanáveis e matéria de ordem pública não apreciada em primeiro grau - Despacho de mero expediente - Supressão de jurisdição - Preliminar acolhida - Recurso não conhecido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento contra r. decisão de fls. 23 que determinou que os agravados/exequentes se manifestassem sobre a impugnação apresentada a fls. 959/960 - autos principais. Os agravantes alegam, em suma, nulidade da execução, tendo em vista vícios insanáveis; que o contrato de locação não constou rol de imóveis de sua propriedade a título de garantia; ausência de anuência ao acordo celebrado na ação de conhecimento; impenhorabilidade do único bem de família e de valores referentes a numerários em conta poupança; pugna pela nulidade de todos os atos praticados a partir do acordo, com a extinção da execução por ausência de título executivo judicial.

O recurso foi processado (fls. 37) e respondido (fls. 39/45), argumentando, em preliminar, o não conhecimento do recurso, tendo em vista a ausência de peças obrigatórias, bem como por se tratar de decisão de mero expediente.

É o relatório.

Os agravados interpuseram a ação de despejo por falta de pagamento c/c cobrança originária deste recurso, ora em fase de execução, em razão do descumprimento do acordo celebrado entre as partes, tendo os agravantes figurado como fiadores do contrato.

Com efeito, a despeito das alegações de matéria de ordem pública, a preliminar de não conhecimento do recurso merece acolhida. Pois, conforme se verifica dos termos em que proferido, o r. despacho recorrido cuidou-se de mera determinação para que os agravados se manifestassem quanto à impugnação apresentada pelos agravantes, fiadores. Nada foi decidido quanto ao alegado vício insanável, nulidade absoluta, bem como quanto às demais insurgências. Assim, o inconformismo dos agravantes volta-se contra decisão irrecorrível, a qual não possui conteúdo decisório, não apresentando lesão a direito material da parte (art. 203, §3º, c/c art. 1001, ambos CPC/15).

Deste modo, a irrecorribilidade do r. despacho, que apenas impulsiona o feito não decidindo qualquer questão, acarreta o desconhecimento da matéria recursal.

Ante o exposto, **não conheço do recurso**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2048217-84.2016.8.26.0000, da Comarca de São Vicente, em que é agravante TELEFONICA BRASIL S/A, é agravado JOSÉ GENIVAL DOS SANTOS PEREIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto (D) nº 10575)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente) e NESTOR DUARTE.

São Paulo, 6 de julho de 2016.

ANTONIO TADEU OTTONI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - ACIDENTE DE TRÂNSITO - RITO SUMÁRIO - CONTESTAÇÃO PROTOCOLADA TREZE MINUTOS APÓS INÍCIO DA AUDIÊNCIA - DECRETO DE REVELIA - INADMISSIBILIDADE - A contestação pelo réu deve ser ofertada depois da tentativa de conciliação infrutífera - Inteligência do artigo 278 do C.P.C./73 - Incabível impor protocolo da contestação "*até o início da audiência*" por falta de amparo legal - Hipótese em que a audiência teve início às 15h00min, sendo razoável supor, pela experiência comum do foro, que a tentativa de conciliação tenha demorado pelo menos um quarto de hora, de modo que a contestação, protocolada às 15h13min06s deve ser considerada tempestiva - Agravo provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

1. RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em ação indenizatória (acidente de trânsito) pelo rito sumário, contra r. decisão que considerou intempestivas as contestações apresentadas pelos três corréus e, considerando o

interesse do autor, designou audiência de instrução e julgamento (fls.260).

Aduziu o recorrente que, designada a audiência para o dia 26/01/2016 às 15:00 horas, a sua contestação foi protocolada nesse mesmo dia, às 15:13:06 horas, não havendo, pois falar em intempestividade.

Deferido efeito suspensivo ao recurso (fls.275/276), o agravado não apresentou contraminuta (fls.281).

É o relatório.

2. FUNDAMENTOS

De proêmio consigne-se que a r. decisão agravada foi disponibilizada em 22/02/2016 (fls.262), portanto na vigência do Código de Processo Civil de 1973.

Este agravo comporta provimento.

Com efeito, a audiência realizada em 26/01/2016 teve início às 15h00min, não havendo registro, na respectiva ata, do horário em que teria se encerrado.

Porém, é mais do que razoável, com base na experiência comum do foro, supor que a tentativa de conciliação (que restou infrutífera) tenha demorado pelo menos um quarto de hora.

Conforme disposto no artigo 278 do Código de Processo Civil de 1973, no rito sumário o momento próprio para a oferta de contestação pelo réu é aquele subsequente à tentativa de conciliação, *verbis*:

> *"Art. 278.* ***Não obtida a conciliação, oferecerá o réu, na própria audiência, resposta escrita ou oral****, acompanhada de documentos e rol de testemunhas e, se requerer perícia, formulará seus quesitos desde logo, podendo indicar assistente técnico"* (destaquei em negrito).

Portanto, é inadmissível por falta de amparo legal, impor-se protocolo da contestação "*até o horário da audiência*", conforme deliberado pelo d. juízo *a quo* (fls.260), mesmo porque, repita-se, a peça contestatória somente é exigível depois que a tentativa de conciliação restar infrutífera.

Deste modo, reforma-se a r. decisão objurgada, afastando-se o decreto de revelia em relação à agravante.

3. CONCLUSÃO

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2062896-89.2016.8.26.0000, da Comarca de São João da Boa Vista, em que é agravante FUNDAÇÃO DE ENSINO OCTÁVIO BASTOS, é agravado LACI

Acesso ao Sumário

DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14240)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente) e FLAVIO ABRAMOVICI.

São Paulo, 11 de julho de 2016.

MORAIS PUCCI, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento. Cumprimento de sentença. Decisão que indeferiu a renovação de diligências na busca de bens da executada. Insurgência. Possibilidade de que as diligências já realizadas sejam repetidas. Medida que confere celeridade ao processo e visa à sua efetividade. Considerando a possibilidade de surgir saldo positivo em nome da executada, é plausível a expedição de nova ordem de bloqueio após tempo razoável da expedição da primeira ordem. Necessidade de intervenção do judiciário. Decisão agravada reformada. Agravo provido.

VOTO

Versam os autos sobre agravo de instrumento interposto contra a r. decisão (f. 12) proferida nos autos do cumprimento de sentença movido por **FUNDAÇÃO DE ENSINO OCTÁVIO BASTOS**, em relação a **LACI DE OLIVEIRA**, que indeferiu o requerimento de expedição de ofícios para localização de bem da executada.

Inconformada, a exequente, ora agravante, requer a concessão de efeito suspensivo ao agravo e, no mérito, a reforma da decisão agravada a fim de que seja possível a realização de novas diligências em busca de bens da executada, pois necessita da intervenção do Judiciário para tanto.

O agravo é tempestivo e foi preparado (f. 14).

Concedi efeito suspensivo ao agravo (f. 40).

Intimada, a agravada não ofereceu contraminuta (f. 43).

É o relatório.

Versam os autos sobre execução de sentença que julgou procedente o pedido da autora, ora exequente, e condenou a ré no pagamento de R$ 2.414,80, corrigida e acrescida de juros de mora de 1% ao mês até efetiva liquidação, a

Acesso ao Sumário

contar da citação (f. 24/27).

Iniciada a execução do título judicial em novembro de 2009 (f. 29), as tentativas de bloqueio de numerário em conta bancária da executada foi infrutífera (f. 30/32), nenhum veículo em nome dela foi localizado (f. 33), e não constou entrega de declaração à Receita Federal, para fins de imposto de renda, no exercício de 2010 (f. 37).

Em novembro de 2015 requereu a exequente o prosseguimento da execução, com a realização de novas pesquisas em nome da executada.

O agravo comporta provimento.

Caso sejam parcialmente frutíferas ou infrutíferas as diligências de início realizadas, é possível sua renovação, considerando que as pesquisas para a localização de bens nos sistemas Infojud, Renajud e Bacenjud não podem ser feitas sem intervenção judicial e, sendo tais pesquisas remuneradas pelo solicitante, não há qualquer prejuízo ao Estado.

Observa-se que as empresas particulares e órgãos públicos não estão obrigados a fornecer dados privados a qualquer indivíduo que os solicite e que as diligências para encontrar endereço e bens do executado poderiam alongar desnecessariamente a duração do processo.

A pesquisa feita pelo órgão judiciário privilegia os princípios da economia e duração razoável do processo e de sua celeridade, atendendo, também, aos interesses do Poder Judiciário.

É sabido, também, que as ordens de bloqueio de valores emitidas pelo sistema Bacenjud somente tem eficácia na ocasião em que recebidas pelo Banco Central.

Assim, considerando a possibilidade de surgir saldo positivo em nome da executada, é plausível a expedição de nova ordem de bloqueio após tempo razoável da expedição da primeira ordem.

Menciono, nesse sentido, os seguintes precedentes deste E. Tribunal:

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS BANCÁRIAS DA EXECUTADA. INDEFERIMENTO DE NOVA DILIGÊNCIA. CONSTRIÇÃO ADMISSÍVEL. MEDIDA MAIS VANTAJOSA À PARTE EXEQUENTE, QUE MELHOR ASSEGURA A EFETIVIDADE DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL EXECUTÓRIA.

AGRAVO PROVIDO. A ordem de bloqueio “on line” de valores em contas bancárias é apenas momentânea e não alcança posteriores movimentações. O fato de já terem sido realizadas diligências não significa que outras posteriores não possam ser efetuadas, uma vez que é possível admitir a sua repetição a períodos razoáveis ou sempre que ocorrer um fato justificador. Inadmissível, portanto, a vedação. A providência reclamada não tem caráter subsidiário, sendo a primeira prevista na escala de preferências estabelecida pelo legislador, até porque

assegura o bom resultado da execução. Inclusive, sua determinação não depende de fundamentação específica e nem implica violação ao princípio da menor gravosidade. (AI 2202120-76.2015.8.26.0000; Rel.: Antonio Rigolin; São Paulo; 31ª Câmara de Direito Privado; 17/11/2015).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE - Bloqueio de ativos financeiros de titularidade da agravada pelo sistema BACEN-JUD (Penhora 'on-line') - Diligência infrutífera - Reiteração - Decisão que indeferiu nova tentativa de bloqueio, vedando a repetição de atos já praticados - Inadequação - Decurso de prazo razoável entre os pedidos - Decisão reformada para deferir o pedido de penhora 'on line'. Recurso provido. (AI 2043684-53.2014.8.26.0000; Relator(a): Denise Andréa Martins Retamero; Comarca: Santos; Órgão julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 04/12/2014).

Dou, pois, provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2246299- 95.2015.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que são agravantes ESTRELA SOLITARIA TURISMO LTDA., MANOEL DIAS MACHADO e CLEBER SALVADOR DA SILVA, é agravada RISOLETA LOPES DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.372)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente sem voto), MORAIS PUCCI e FLAVIO ABRAMOVICI.

São Paulo, 12 de julho de 2016.

GILBERTO LEME, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACIDENTE DE VEÍCULO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EXECUTADA. DECISÃO AGRAVADA QUE ENTENDEU DESNECESSÁRIA PRÉVIA CITAÇÃO DOS SÓCIOS ANTES DE

Acesso ao Sumário

SE PROCEDER À CONSTRIÇÃO DE BENS. DESCABIMENTO. Não se pode ignorar que a desconsideração da personalidade jurídica enseja a responsabilização do sócio pelo pagamento de dívida devida pela pessoa jurídica, respondendo inclusive com seus bens. No caso concreto, não sendo os sócios partes no feito até então, é clara a necessidade de prévia citação para integrarem o processo e apresentarem eventual defesa, garantindo-se, com isso, o direito ao contraditório e à ampla defesa. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto à r. decisão que, na ação indenizatória decorrente de acidente de trânsito, rejeitou o pedido dos executados de nulidade de todos os atos executórios.

Recorrem os executados sustentando que antes que se iniciassem os atos de constrição era imprescindível a intimação pessoal dos sócios acerca da desconsideração da personalidade jurídica, tendo em vista que o objeto da ação é patrimônio da empresa-devedora, não bastasse a violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Agravo tempestivo, isento de preparo e não respondido.

É o relatório.

Não se pode ignorar que a desconsideração da personalidade jurídica enseja a responsabilização do sócio pelo pagamento de dívida devida pela pessoa jurídica, respondendo inclusive com seus bens. No caso concreto, não sendo os sócios partes no feito até então, é clara a necessidade de prévia citação para integrarem o processo e apresentarem eventual defesa, garantindo-se, com isso, o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Ao discorrer acerca do contraditório na desconsideração da personalidade jurídica, PEDRO HENRIQUE TORRES BIANQUI leciona que "é imprescindível o contraditório antes que haja a invasão patrimonial. Quando se fala em desconsideração da personalidade jurídica, pensa-se somente em patrimônio. E como ilumina DINAMARCO, 'não só a vida e a liberdade são objeto da garantia do devido processo legal, mas também o patrimônio'. Sendo o patrimônio daquele que sofre a desconsideração responsável, o contraditório deve ser atendido antes que haja expropriação."

E continua: "Especificamente ao tratar da desconsideração da personalidade jurídica, defende Fredie Didier Jr. que 'o que importa é dar oportunidade ao debate, não sendo lícita a aplicação de sanção sem o prévio contraditório. Não se pode, na ânsia por uma efetividade do processo, atropelar

Acesso ao Sumário

garantias processuais alcançadas aos séculos de estudos e conquistas. Imaginar a aplicação de uma teoria eminentemente excepcional, que inquina de fraudulenta a conduta deste ou daquele sócio, sem que se lhe dê a oportunidade de defesa - ou somente se lhe permita o contraditório eventual dos embargos à execução, com necessidade da prévia penhora, dos embargos de terceiro ou do recurso de terceiro - é afrontar princípios processuais básicos." (Desconsideração da Personalidade Jurídica no Processo Civil, págs. 122/123, Saraiva, 2011).

Não se ignora a divergência jurisprudencial acerca do assunto, mas vale colacionar vários precedentes que corroboram com o entendimento supra explanado:

> "Cumprimento de sentença. Desconsideração da personalidade jurídica. Necessidade de citação dos sócios para comporem o pólo passivo e oportunidade de exercerem o contraditório antes da realização da penhora *on line*. Recurso desprovido. Prejudicada a liminar." (Agravo de Instrumento nº 0049066-66.2011.8.26.0000, Rel. Des. Cauduro Padin, 13ª Câmara de Direito Privado, j. 6.7.2011, m.v.).
>
> "AGRAVO DE INSTRUMENTO - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - CITAÇÃO DO NOVO EXECUTADO - NECESSIDADE. Uma vez decretada a desconsideração da personalidade jurídica (em qualquer de suas modalidades), faz-se de rigor a citação do novo executado, para integrar o processo e ter a oportunidade de exercer os princípios do devido processo legal, em especial a ampla defesa e o contraditório, sendo prematuro qualquer ato de constrição antes de efetivada tal medida. - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO." (Agravo de Instrumento nº 0480481-36.2010.8.26.0000, Rel. Des. Eduardo Siqueira, 37ª Câmara de Direito Privado, j. 31.3.2011, v.u.).
>
> "EXECUÇÃO - Desconsideração da personalidade jurídica - Necessidade de citação dos sócios - Os sócios devem ser citados para integrar a lide, não podendo a execução alcançar seus bens particulares sem que seja dada oportunidade para que eles possam exercer de forma plena os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa - Recurso provido." (Agravo de Instrumento nº 991.09.054676-9, Rel. Des. Tersio Negrato, 17ª Câmara de Direito Privado, j. 18.11.2009, v.u.).

Nesse sentido também precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> "No entanto, ainda que se considere que o órgão julgador pode decretar a desconsideração da personalidade jurídica no bojo do próprio processo, faz-se necessário quando da inclusão do sócio na execução, especificamente para que os seus bens sejam objeto de penhora pelos débitos da sociedade executada, a sua citação. Nessa hipótese, deve o sócio ser citado para integrar o processo de execução com a finalidade de conferir eficácia aos postulados do contraditório e da ampla

Acesso ao Sumário

defesa; de modo que, havendo a penhora direta dos bens do sócio sem o contraditório prévio, manifesta é a inobservância dos preceitos mencionados." (REsp nº 686.112/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 4ª Turma, j. 8.4.2008, DJe 28.4.2008, v.u.).

Assim, são nulos eventuais atos praticados desde a desconsideração da personalidade jurídica, porquanto não houve a inclusão dos sócios no polo passivo mediante citação, o que justifica a reforma da decisão agravada para que seja realizado o chamamento formal dos sócios antes de se proceder à constrição de bens.

Por todo o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2059670-76.2016.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é agravante BRADESCO VIDA E PREVIDÊNCIA S/A, é agravado JACKSON SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26129)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MILTON CARVALHO (Presidente sem voto), ARANTES THEODORO e PEDRO BACCARAT.

São Paulo, 15 de julho de 2016.

JAYME QUEIROZ LOPES, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - SEGURO - RESSARCIMENTO DE DANOS - PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À EMPREGADORA PARA ENVIO DE PRONTUÁRIO MÉDICO DO AUTOR - CABIMENTO - DOCUMENTO QUE PODE AUXILIAR NA REALIZAÇÃO DA PERÍCIA MÉDICA - DECISÃO REFORMADA. Agravo de Instrumento provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão de fls. 122,

que tem o seguinte teor:

"A petição inicial está suficientemente instruída e possui causa de pedir clara, da qual decorrem pedidos certos, determinados e não vedados pelo ordenamento jurídico. A pretensão do autor foi apresentada pela via processual adequada e há pertinência subjetiva entre as partes e o resultado da demanda, que, ademais, poderá repercutir sobre o patrimônio jurídico e econômico dos litigantes. Presentes, assim, os pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, bem com as condições da ação, dá-se o feito por saneado. Pontos controvertidos: prescrição e direito à indenização. Defere-se a produção de prova pericial. Oficie-se ao IMESC. Quesitos e assistentes no prazo legal. Oportunamente será verificada a necessidade de prova oral. Oficie-se ao INSS solicitando informações a respeito de eventual concessão de benefício acidentário ou previdenciário ao autor, com indicação da espécie e data.

Publique-se o despacho proferido no apenso 0025904-57.2015.8.26.0564".

Tal decisão foi alvo de embargos de declaração os quais foram rejeitados (fls. 73).

Alega a agravante, em síntese, que em sua peça contestatória requereu a expedição de ofício à empregadora do agravado para que enviasse o prontuário médico do autor; que, no despacho saneador, o magistrado não se manifestou sobre o pedido, o que ensejou a oposição de embargos de declaração, os quais foram rejeitados; que o MM. Juízo "a quo" não justificou a rejeição do pedido da recorrente; que o prontuário médico do agravado tem o condão de compor o conjunto probatório e deve ser enviado ao IMESC para auxiliar a perícia técnica; que ao recurso deve ser dado provimento.

Às fls.128 indeferi o pedido de efeito suspensivo ao recurso, que é tempestivo, foi preparado e foi respondido (fls.130/134).

Não houve oposição ao julgamento virtual do recurso.

É o relatório.

Trata-se de ação de cobrança de seguro, onde o autor alega que, em razão da atividade exercida na empresa Mercedez Benz, desenvolveu doenças no ombro, punho direito, cotovelo, coluna, joelhos, quadril e coxa direita, encontrando-se parcial e permanentemente incapacitado.

Em contestação, a agravada alegou a ocorrência de prescrição e requereu a improcedência do pedido do recorrente. Requereu, ainda, expressamente, a expedição de ofício à empregadora Mercedez Benz para que enviasse prontuário do autor, uma vez que se trata de documento que pode auxiliar a realização da perícia médica já designada.

Acesso ao Sumário

A expedição de ofício à antiga empregadora do agravado para que envie o prontuário médico do autor visa à complementação da prova pericial já determinada e não configura qualquer prejuízo ao andamento do processo. Como a perícia será realizada pelo IMESC, sensato encaminhar tais documentos com o intuito de possibilitar melhor análise pelo perito.

Assim, não sendo o requerimento inútil ou protelatório, cabível a reforma da decisão para determinar a expedição de ofício à Mercedez Benz para que envie o prontuário médico do recorrido.

Vê-se que, em contraminuta o agravado observa que "*é de importante relevância a expedição de ofício à empregadora para acostar prontuário médico, tendo em vista que referida prova servirá de subsídio para o perito elaborar ao laudo pericial e evidenciar o nexo causal entre as lesões/moléstias indicadas na inicial com o período de labor do segurado junto a estipulante da ré*".

Confira-se julgado deste Tribunal:

"***Agravo de Instrumento. Ação de cobrança de seguro de vida. Decisão que indefere a expedição de ofício à antiga empregadora da agravada e determina a realização de prova pericial. Insurgência. Pretensão à obtenção do prontuário médico para a realização da perícia designada. Acolhimento. Pedido de expedição de ofício para apresentação dos documentos mencionados. Possibilidade. Prontuário médico da autora, em poder de sua ex-empregadora, que pode auxiliar na elaboração da prova técnica. Recurso provido***". (Agravo de Instrumento nº 2036827-20.2016.8.26.0000 - Rel. Des. Francisco Occhiuto Junior).

Ante o exposto, ao recurso é dado provimento.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2074414-76.2016.8.26.0000, da Comarca de Estrela D'Oeste, em que é agravante A COMISSÃO ADMINISTRATIVA DA MITRA DIOCESANA DE JALES - PARÓQUIA SÃO FRANCISCO DE ASSIS DE SANTA ALBERTINA, é agravado F. MOREIRA DOS SANTOS - MATERIAS DE CONSTRUÇÃO - ME.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19182)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente) e FERNANDO SASTRE REDONDO.

São Paulo, 18 de julho de 2016.

EDUARDO SIQUEIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - MEDIDA CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS - GRATUIDADE PROCESSUAL - PESSOA JURÍDICA - IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA GRATUIDADE PROCESSUAL - SÚMULA 481, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE ARCAR COM OS ENCARGOS PROCESSUAIS - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por A COMISSÃO ADMINISTRATIVA DA MITRA DIOCESANA DE JALES - PARÓQUIA SÃO FRANCISCO DE ASSIS DE SANTA ALBERTINA, nos autos da "MEDIDA CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS", que move em face de F. MOREIRA DOS SANTOS MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO - ME, contra a decisão de fl. 17, da Juíza MARINA MIRANDA BELOTTI, que indeferiu os benefícios da gratuidade de justiça a Agravante.

Inconformada, a Agravante alega, em síntese, que: a) exerce atividade assistencial sem fins lucrativos; b) o valor da obra (R$ 425.000,00) não pode ser considerado para indeferimento do benefício da gratuidade, uma vez que a mesma será paga com doações e dízimos dos fiéis (fls. 01/07).

No mais, o recurso deixou de ser preparado e foi instruído com as peças de fls. 08/20.

Às fls. 22/23, foi concedido o efeito suspensivo pleiteado. Na mesma oportunidade foi dispensada a intimação da Agravada para apresentar resposta, uma vez que ainda não havia sido citada; bem como determinada a manifestação da Agravante sobre a possibilidade de julgamento virtual.

À fl. 28, a Agravante foi intimada a colacionar documentos que comprovem sua hipossuficiência econômica, se manifestando às fls. 30, com os documentos de fls. 31/41.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Em que pese o inconformismo contido no recurso, a decisão não merece reforma.

Inicialmente, embora ausente o preparo, conheço do presente recurso, visto que a discussão travada trata-se de concessão dos benefícios da gratuidade processual.

Como é cediço, somente é possível a concessão dos benefícios da gratuidade processual à pessoa jurídica que fizer prova de sua hipossuficiência econômica.

É o que se extrai do enunciado da súmula 481, do STJ: "**Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais**" (Grifei).

Nesse sentido:

CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE SERVIÇOS HOSPITALARES. **ASSOCIAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS QUE REQUER O BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. HIPOSUFICIÊNCIA ECONÔMICA NÃO COMPROVADA**. TENTATIVA DE SANEAMENTO POR MEIO DE RECURSO INTERNO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 481/STJ. PRECEDENTES 1. As instâncias ordinárias reconheceram que a entidade filantrópica não foi capaz de demonstrar sua hipossuficiência econômica que ensejasse a dispensa do pagamento das custas processuais. 2. **Os Tribunais Superiores orientam que o benefício da gratuidade pode ser concedido à pessoa jurídica apenas se esta comprovar que dele necessita, independentemente de ser ou não de fins lucrativos, não bastando, para tanto, a simples declaração de pobreza.** 3. Não se afigura possível o saneamento da deficiência do recurso especial por meio de agravo interno, em razão da preclusão consumativa. 4. A entidade filantrópica não apresentou argumento novo capaz de modificar a conclusão alvitrada que se apoiou na incidência da Súmula 481, do STJ. 5. Agravo regimental não provido. (STJ; AgRg no REsp 1465921/SP, TERCEIRA TURMA, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data do julgamento 02.10.2014). (Grifei)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL. SÚMULA N. 284/STF. **ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA**. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. O conhecimento do recurso especial fundamentado na alínea "c" do permissivo constitucional exige a indicação dos dispositivos legais que supostamente foram objeto de interpretação divergente. Ausente tal requisito, incide a Súmula n. 284/

Acesso ao Sumário

STF. 2. "**O benefício da assistência judiciária gratuita somente pode ser concedido à pessoa jurídica, independentemente de ser ou não de fins lucrativos, se esta comprovar que não tem condições de arcar com as despesas do processo sem o comprometimento da manutenção de suas atividades" (AgRg no AREsp 648.016/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 14/05/2015.)** 3. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos (Súmula n. 7 do STJ). 4. No caso concreto, o Tribunal de origem concluiu pela inexistência dos requisitos necessários à concessão do benefício da justiça gratuita. Alterar esse entendimento demandaria o reexame das provas produzidas nos autos, o que é vedado em recurso especial. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ; AgRg no AREsp 511.239/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 10/02/2016) (Grifei)

Em síntese, a assistência judiciária não é incompatível com a pessoa jurídica, todavia, necessário se faz a efetiva comprovação da atual situação de hipossuficiência financeira para a concessão.

No caso em tela, apesar da Agravante ter colacionado aos autos os documentos de fls. 31/41, tais documentos não são capazes de demonstrar a situação de hipossuficiência financeira da mesma.

Além disso, como muito bem fundamentado pela Magistrada: "Indeferido os benefícios da gratuidade processual. Embora pessoa jurídica sem fins lucrativos, **o valor da obra contratada (R$ 425.000,00) e a forma de pagamento (4 parcelas) indicam com segurança que a parte autora tem condições de arcar com as custas processuais** (...)" (fl. 17)

Assim, não existindo nos autos documentos que comprovem efetivamente a hipossuficiência financeira que impossibilite a Agravante de arcar com as custas processuais sem prejuízo de suas atividades regulares, não há que se falar na concessão dos benefícios da gratuidade processual.

Assim, de rigor a manutenção da decisão.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2081059-20.2016.8.26.0000, da Comarca de Peruíbe, em que é agravante JOSE EDUARDO MASSARETTO, são agravados REI SALOMÃO AUTOMÓVEIS LTDA. e FIAT AUTOMOVEIS S/A.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34432)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente), MELO BUENO e GILBERTO LEME.

São Paulo, 20 de julho de 2016.

ARTUR MARQUES, Relator

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUSTIÇA GRATUITA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA. ELEMENTOS CONCRETOS QUE INFIRMAM A PRESUNÇÃO. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE APONTA PARA A BOA SITUAÇÃO FINANCEIRA. DECISÃO MANTIDA. LIMINAR REVOGADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. A declaração de pobreza não é prova inequívoca daquilo que ela afirma, nem obriga o juiz a se curvar aos seus dizeres se de outras provas e circunstâncias ficar evidenciado que o conceito de pobreza que a parte invoca não é aquele que justifica a concessão do privilégio.

2. No caso concreto, é incontroverso nos autos que no ano de 2012 o agravante comprou o veículo objeto da demanda pelo valor de R$ 26.800,00 e que a quantia foi paga à vista, conforme fls. 03 de sua petição inicial e nota fiscal de fls. 11 da ação principal. Além disso, o próprio agravante trouxe aos autos comprovante de recebimento de proventos de aposentadoria no valor mensal bruto de R$ 2.948,16, e líquido de R$ 2.872,00 (fls. 12 do instrumento), o que ultrapassa o equivalente a 3 salários mínimos. E, instado a trazer aos autos sua última declaração de imposto de renda, o agravante se limitou a asseverar a isenção, quando é certo que o valor de sua aposentadoria, quando multiplicado por 13, totalizaria o valor de R$ 38.327,77, quantia muito superior ao limite de isenção para 2015 de R$ 28.123,91. Outrossim, apesar de alegar dependência de esposa e filho, o agravante sequer procurou

demonstrar a existência dessas pessoas. Logo, o conjunto probatório aponta para o indeferimento do pedido.

3. Liminar revogada. Recurso improvido.

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto por **JOSÉ EDUARDO MASSARETTO**, nos autos de ação de reparação de danos materiais e morais que promove em face de **REI SALOMÃO AUTOMÓVEIS LTDA**. e **FIAT AUTOMÓVEIS S/A**, contra a r. decisão copiada às fls. 13 do instrumento, que indeferiu o pedido de concessão da gratuidade judiciária.

A r. decisão agravada fundamentou que "*os rendimentos constantes de fls. 21 demonstram que a parte autora aufere renda mensal superior a três salários mínimos*", e determinou que o agravante recolhesse as custas em 15 dias sob pena de cancelamento da distribuição do feito.

Em síntese, o agravante sustenta que para a concessão da gratuidade judiciária basta a simples afirmação da pobreza. Invoca os princípios da isonomia, da razoabilidade e do acesso à justiça. Afirma que sua renda mensal é inferior a 4 salários mínimos e que esse valor não é suficiente para motivar a negativa do benefício, dado que já conta 67 anos de idade e sustenta a esposa e um filho com essa renda. Diz também ser isento de declarar imposto de renda. Requer a concessão de efeito suspensivo e, ao final, pede o provimento.

O recurso foi recebido com efeito suspensivo para que, ao menos enquanto tramita, goze o agravante do benefício da justiça gratuita, às fls. 15/16.

Juntados os avisos de recebimento positivos às fls. 25 e 27, sobrevieram contrarrazões recursais das agravadas às fls. 28/34 e 42/48.

É o relatório.

2. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão de Primeiro Grau que indeferiu o pedido de justiça gratuita sob o fundamento de que a renda do autor - ora agravante - ultrapassa o equivalente a 3 salários mínimos.

Em suma, o agravante sustenta que não reúne condições de arcar com as custas e despesas do processo, posto que já é idoso e sustenta um filho e a esposa. Diz que a simples afirmação da pobreza é suficiente para a concessão da benesse, nos termos da lei.

Por sua vez, as agravadas afirmam que o agravante não é hipossuficiente financeiro, tanto que adquiriu um veículo "zero quilômetro" em 12.04.2012 pelo valor de R$ 26.800,00, pago à vista. Afirmam que possui renda mensal de R$ 2.948,29 e anual de R$ 38.337,00, o que ultrapassa o limite de isenção do Imposto de Renda, razão por que não se pode admitir como verdadeira a escusa

Acesso ao Sumário

de isenção para a não juntada da última declaração de bens e rendimentos. Asseveram que o agravante não comprovou a dependência econômica de sua esposa e filho, e que contratou advogado particular.

Feita a breve digressão, e nada obstante a inicial concessão da liminar, o recurso deve ser improvido.

Com efeito, para a concessão dos "*benefícios da gratuidade judicial*" para pessoa física basta simples afirmação da parte de que não está em condições de suportar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio e de sua família. Assim já se deliberava na vigência do Código de Processo Civil de 1973, porque o art. 4º, § 1º, da Lei nº 1.060/51, era expresso em determinar que "***presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais***". Agora, sob a égide do Novo Código de Processo Civil, tal entendimento deve ser mantido, na medida em que o art. 98 estabelece que: "***A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei***", e determina expressamente em seu art. 99, §3º: "***Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural***".

Assim, em respeito à presunção legal, nesta Câmara tem preponderado exegese favorável à facilitação do acesso à Justiça, razão por que não se tem exigido, na linha dos princípios constitucionais, comprovantes ou outros expedientes das pessoas que "*necessitarem recorrer à Justiça*". Mas, essa orientação, em certos casos, tem sido mitigada pelos MM. Juízes que superam as presunções e indeferem os pedidos.

A propósito da declaração de pobreza firmada pela requerente, os autores Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery já lecionaram que "***não é prova inequívoca daquilo que ele afirma, nem obriga o juiz a se curvar aos seus dizeres se de outras provas e circunstâncias ficar evidenciado que o conceito de pobreza que a parte invoca não é aquele que justifica a concessão do privilégio***"[1].

Nesse sentido, já se decidiu que:

Não está o juiz ou o tribunal obrigado a aceitar a declaração de insuficiência econômica para obtenção do benefício da assistência judiciária, se estiverem presentes nos autos circunstâncias que evidenciem ter a parte requerente condições de suportar as despesas do processo, sem prejuízo do sustento seu e de sua família[2].

Em outro precedente, asseverou-se que:

Acesso ao Sumário

1 - "CPC COMENTADO", 3ª edição, Ed. RT, São Paulo, 1997, p. 1310.

2 - AI 810.601-00/0 - 2ª Câm. - Rel. Juiz NORIVAL OLIVA - J. 22.9.2003. Na mesma senda: Ap. c/ Rev. 814.805-00/0 - 2ª Câm. - Rel. Juiz FELIPE FERREIRA - J. 15.12.2003.

Não obstante a garantia constitucional da gratuidade do processo, concedida às pessoas que não possuem condição econômica para arcar com as respectivas despesas, e cuja finalidade é proporcionar o mais amplo acesso possível à Justiça, ***nada impede o controle***[3].

Portanto, ao magistrado compete aferir o conceito indeterminado de "*pobreza*", expressão que por si só tem certo contingente de significação. Para Aurélio Buarque de Hollanda Pereira, pobreza é o "***estado ou qualidade de pobre; falta do necessário à vida; penúria; escassez***"[4].

É verdade que não é exigido estado de miséria absoluta ou de pobreza extrema, porque se considera pobre, na acepção jurídica do termo, a ausência de condições mínimas - ou ao menos razoáveis - para pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios sem prejuízo próprio ou da família.

Entretanto, no caso concreto, a despeito das alegações do agravante, os documentos juntados revelam a inexistência de hipossuficiência.

Com efeito, é incontroverso nos autos que no ano de 2012 o agravante comprou o veículo objeto da demanda pelo valor de R$ 26.800,00 e que a quantia foi paga à vista, conforme fls. 03 de sua petição inicial e nota fiscal de fls. 11 da ação principal. Tal elemento por si só seria suficiente para enfraquecer a tese da hipossuficiência.

Além disso, o próprio agravante trouxe aos autos comprovante de recebimento de proventos de aposentadoria no valor mensal bruto de R$ 2.948,16, e líquido de R$ 2.872,00 (fls. 12 do instrumento). Ora, tal valor por si só já ultrapassa o equivalente a 3 salários mínimos.

E, instado a trazer aos autos sua última declaração de imposto de renda, o agravante se limitou a asseverar a isenção, quando é certo que o valor de sua aposentadoria, quando multiplicado por 13, totalizaria o valor de R$ 38.327,77, quantia muito superior ao limite de isenção para 2015 de R$ 28.123,91. Dessa forma, nem mesmo a alegação de isenção, à míngua de maiores explicações e elementos comprobatórios, merece crédito.

Por fim, apesar de alegar dependência de esposa e filho, o agravante sequer procurou demonstrar a existência dessas pessoas.

Logo, pelo conjunto probatório dos autos se conclui que não era mesmo o caso de deferimento do pedido, razão por que se mantém a r. decisão agravada, ficando revogada a liminar antes deferida.

3. Ante o exposto, **nega-se provimento ao recurso**.

3 - AI n.º 365.754-5/1, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Roberto Bedaque, j. 18.05.04.

4 - "PEQUENO DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA", Ed. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1974, p. 954.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2131730-47.2016.8.26.0000, da Comarca de Taubaté, em que é agravante JOÃO CARLOS ROSSATO, são agravados TERRA NOBRE CEREAIS E ALIMENTOS LTDA. e CERTEZA BEBIDAS E ALIMENTOS LTDA.

ACORDAM, em 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18371)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO PAZINE NETO (Presidente) e PEDRO KODAMA.

São Paulo, 26 de julho de 2016.

ISRAEL GÓES DOS ANJOS, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - Decisão que determinou a emenda da petição inicial. ADMISSIBILIDADE: A regra contida no art. 801 do novo CPC tem como destinatário o magistrado. Para a eventual desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do procedimento previsto nos artigos 133/137 do CPC/2015. RECURSO DESPROVIDO, COM OBSERVAÇÃO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fl. 98 do processo de execução nº 1007226-51.2016.8.26.0625, movido por João Carlos Rossato contra Terra Nobre Cereais e Alimentos Ltda. e outra, que determinou a emenda da petição inicial.

Sustenta a agravante que a decisão recorrida deve ser reformada. Afirma que apesar dos títulos que embasam a execução terem sido de emissão somente pela empresa Terra Nobre Cereais e Alimentos Ltda., a empresa Certeza Bebidas e Alimentos Ltda. também deve figurar desde logo no polo passivo da execução porque faz parte do mesmo grupo econômico. Pleiteia a antecipação da tutela recursal e ao final o provimento do recurso para afastar a decisão agravada para manter a empresa Certeza Bebidas e Alimentos Ltda. no polo passivo da execução (fls. 1/20).

Acesso ao Sumário

O efeito pleiteado foi indeferido.

Foram dispensadas as providências do art. 1019, inciso II do CPC/2015, por ausência de prejuízo às agravadas.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Trata-se de processo de execução ajuizado contra a empresa Terra Nobre Cereais e Alimentos Ltda., emitente de 24 cheques não pagos. O exequente alega que a empresa Certeza Bebidas e Alimentos Ltda. também deve figurar, desde logo, no polo passivo da execução, sob o fundamento de que as duas empresas fazem parte do mesmo grupo econômico e há confusão patrimonial.

O juízo *a quo* determinou a emenda da petição inicial para constar no polo passivo da execução somente a emitente dos títulos que, com exclusividade, assumiu a condição de devedora.

A possibilidade de emenda da petição inicial da execução está prevista no art. 801 do novo CPC:

"***Verificando que a petição inicial está incompleta ou que não está acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da execução, o juiz determinará que o exequente a corrija, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de indeferimento***".

A regra contida no art. 801 do novo CPC tem como destinatário o magistrado. Verificada a existência de vício ou irregularidade deve o juiz determinar a sua regularização, no prazo legal.

Pelo juízo *a quo* também foi decidido que eventual intervenção de terceiros dependeria de um juízo de valor, por ora, não admitido.

A questão depende de eventual desconsideração da personalidade jurídica, conforme previsto nos artigos 133/137 do novo CPC, com a observância do contraditório e da ampla defesa.

Após a entrada em vigor do novo CPC tornou-se obrigatória a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto nos artigos 133/137, conforme determina o art. 795, § 4º:

"***Art. 795. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei.***

(...)

§ 4º Para a desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código".

Assim já se decidiu nesta egrégia Corte:

"***(...) Recuperação judicial de empresas que compõem o Grupo OAS. Pedido de desconsideração da personalidade jurídica das agravadas. Alegação, pela agravante, de graves fatos imputados aos administradores***

Acesso ao Sumário

das sociedades. Fatos que podem ter dado causa ao pedido recuperacional, que prejudicou inúmeros credores. Imprescindível a apuração dos fatos para o pedido de desconsideração, com a instauração de incidente observando-se a ampla defesa e o contraditório. Prematura a decisão que indeferiu o pedido. Recurso parcialmente provido." (Agravo de Instrumento nº 2230266-30.2015.8.26.0000, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. CARLOS ALBERTO GARBI, j. 27.4.2016). (g.n.).

"***EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - O Código de Processo Civil de 2015 prevê a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (arts. 133 a 137 e art. 795, § 4º), para que os bens do responsável da empresa executada sejam atingidos - Impossibilidade de apreciação do pedido de desconsideração da personalidade jurídica no presente recurso - RECURSO PREJUDICADO, COM DETERMINAÇÃO***". (Agravo de Instrumento nº 2086577-88.2016.8.26.0000, 23ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. SÉRGIO SHIMURA, j. 22.6.2016, v.u.).

Neste mesmo sentido já se decidiu nesta colenda 37ª de Direito Privado:

"***Agravo de instrumento - Ordinária - Cumprimento de sentença - Pleito de desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada - Indeferimento - Necessidade de instauração de incidente próprio, conforme previsto pelo Código de Processo Civil de 2015, em seus arts. 133 a 137 e art. 795, § 4º - Decisão reformada - Recurso provido***". (Agravo de Instrumento nº 2104173-85.2016.8.26.0000, Rel. Des. SERGIO GOMES, j. 21.6.2016, v.u.).

Os precedentes jurisprudenciais acima citados enfrentam questão semelhante a dos autos, razão pela qual ilustram este julgamento.

Frise-se que o exequente não formulou pedido de desconsideração da personalidade jurídica. Se tivesse formulado tal pedido caberia a instauração do incidente e não o seu pronto indeferimento.

Desta forma, merece ser mantida a r. decisão agravada, com observação de que para a eventual desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do procedimento previsto nos artigos 133/137 do CPC/2015.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso com observação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº

2076918-55.2016.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que é agravante JOSÉ SEMEÃO DE LANA, são agravados NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA. e ASSOCIAÇÃO COMERCIAL DE SÃO PAULO - ACSP.

ACORDAM, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.257)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente sem voto), BONILHA FILHO e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 28 de julho de 2016.

ANTONIO NASCIMENTO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - TUTELA PROVISÓRIA. Presentes os requisitos exigidos pelo art. 273 do CPC e diante da discussão judicial do débito, mostra-se possível a concessão da liminar pretendida, para determinar a abstenção do apontamento do nome do autor no cadastro de inadimplentes em relação aos valores discutidos nos autos. Medida que não se revela prejudicial à parte adversa. Possibilidade, ademais, da reversibilidade do provimento. CRITÉRIO TEMPORAL - LEI APLICÁVEL. Conflito intertemporal de leis. Decisão proferida sob a égide do antigo regramento processual, porém publicada já na regência. "Aplicação da teoria do isolamento dos atos processuais, pela qual a lei nova, encontrando um processo em desenvolvimento, respeita a eficácia dos atos processuais já realizados e disciplina o processo a partir da sua vigência" (STJ, MC 13.951/SP). Pedido principal e de tutela antecipada baseado no vetusto diploma legal. Decisão proferida consoante aquele ditame normativo. Ato citatório que configura nova situação jurídica, devendo, destarte, respeitar as regras do novel Diploma Processual Civil (art. 14 c.c. art. 1.046, do NCPC). RECURSO PROVIDO, COM OBSERVAÇÃO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado dos autos da **ação declaratória**

de inexistência de débito, cumulada com **reparação por danos morais**, contra a r. decisão que determinou a prestação de caução - correspondente aos valores dos títulos contestados - como condição para o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela, visando à retirada do apontamento incidente sobre o nome do autor.

Irresignado, afirma o agravante que as únicas restrições financeiras que possui foram aquelas perpetradas pela acionada **Nextel**. Aduz que deve ser aplicado ao caso em análise o disposto no art. 300, § 1º, do NCPC, a fim de que seja dispensada a necessidade de oferecimento de caução.

O recurso foi processado com a antecipação dos efeitos da tutela recursal, com intimação dos agravados, consoante preconiza o art. 1.019, inc. I e II, do NCPC (fls. 35).

Contraminuta pela coagravada **Nextel** a fls. 45/51, e pela **Associação Comercial de São Paulo**, a fls. 73/77.

É o relatório.

Cuidam os autos originários de **ação declaratória**, cumulada com **pedido reparatório**, objetivando o autor, em síntese, seja reconhecida a inexistência de relação jurídica com a corré **Nextel**, para, então, declarar-se inexigível o débito cobrado, tudo isso sem prejuízo da reparação por danos morais.

Em se tratando o processo de uma série de atos concatenados, as normas de direito processual civil têm aplicação imediata. A lei nova, ao entrar em vigor, incide no decorrer do procedimento, atingindo somente os atos que não foram praticados. Os atos pretéritos permanecem inatingíveis, pois se achavam regulados pela vetusta norma.[1]

As normas processuais aplicam-se ao processo em curso, respeitados, todavia, os atos já perfeitos e acabados sob a égide da anterior legislação.

Lecionam **Nelson Nery Junior** e **Rosa Maria de Andrade Nery**:

"*A lei nova tem de respeitar todos os efeitos jurídicos produzidos sob a égide da lei anterior, mas se aplica imediatamente às situações por ela (nova lei) reguladas, a partir de sua entrada em vigor.*

(...)

O efeito retroativo da lei nova é sua aplicação dentro do passado e o efeito imediato é a aplicação da lei nova dentro do presente (Roubier, Droit transitorie, n.38, p. 177). O nosso sistema proíbe a aplicação da nova lei dentro do passado, isto é, para os fatos ocorridos no passado. Os fatos pendentes ('facta pendentia') são, na verdade, os fatos presentes, regulados pela eficácia imediata da lei nova, vale dizer, que se aplica dentro do presente. A regra 'tempus regit actum' não significa aplicação

Acesso ao Sumário

1 MARQUES, José Frederico. ***Manual de direito processual civil***. São Paulo: Saraiva, 1986-1988, p. 39/40.

da lei no começo do processo.(...)."[2]

Trazida essa questão para o caso concreto, tem-se que ainda que publicada posteriormente à entrada em vigor do atual Código de Processo Civil - que passou a vigorar a partir de 18/03/2016 - os atos jurídicos processuais tiveram como pano de fundo as disposições contidas no vetusto diploma processual.

Nada obstante, a citação do réu configura uma nova etapa do processo, de sorte que doravante hão de aplicar as disposições contidas na Lei Federal 13.105/15, conforme dispõem os artigos 14 e 1.046 do NCPC.

No que respeita ao mérito do recurso, o pedido de antecipação foi condicionado à prestação de caução, em quantia equivalente ao débito que se pretende ver declarado inexigível.

Mas, respeitado o entendimento do MM. Juiz de 1ª Instância, a liminar deve ser concedida, independentemente da prestação de garantia.

Segundo leciona **Humberto Theodoro Júnior**:

"*Para qualquer hipótese de tutela antecipada, o art. 273, caput, do CPC, impõe a observância de dois pressupostos genéricos: a) prova inequívoca; e b) verossimilhança da alegação. Por se tratar de medida satisfativa tomada antes de completar-se o debate e instrução da causa, a lei a condiciona a certas precauções de ordem probatória. Mais do que a simples aparência de direito (fumus boni iuris) reclamada para as medidas cautelares, exige a lei que a antecipação esteja sempre fundada em 'prova inequívoca'... capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo.*"[3]

A antecipação dos efeitos da tutela recursal encontra respaldo na necessidade de se preservar o direito de crédito do agravante, devendo cessar a repercussão negativa da inclusão do nome da agravante nos registros do SPC e SERASA.

Sobre o tema, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, por sua Quarta Turma, no julgamento do Recurso Especial nº 213.580-RJ, do qual foi relator o Ministro **Ruy Rosado de Aguiar**, já teve oportunidade de decidir que:

"**TUTELA ANTECIPADA**. **SPC**. **SERASA**. **Contratos de dívida sub judice**. *Estando sub judice a matéria relacionada com os contratos e títulos da dívida, cabe deferir o pedido de sustação dos efeitos dos registros e protestos feitos contra os devedores com base naqueles contratos*. **Recurso conhecido em parte e provido**."[4]

No mesmo sentido, confira-se, ainda, julgado desta Corte:

2 NERY, Rosa Maria Andrade; NERY JR, Nelson. ***Código de processo civil e legislação extravagante***. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1291/1293, comentários ao art. 1.211.

3 THEODORO JUNIOR, Humberto. ***Curso de direito processual civil brasileiro***. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 611-612.

4 STJ - 4ª Turma - Resp nº 213.580-RJ - Rel. Min. **Ruy Rosado de Aguiar** - J. 05/08/1999.

Acesso ao Sumário

"**TUTELA ANTECIPADA - ÂMBITO - EXCLUSÃO DO NOME DO DEVEDOR DO ÓRGÃO DE SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - DÍVIDA 'SUB JUDICE' - CABIMENTO**. *Persistindo a discussão judicial sobre o valor do débito mostra-se indevida a inscrição do nome do devedor nos organismos de proteção de crédito.*"[5]

Importante enfatizar que a retirada do nome do interessado do cadastro de inadimplentes não é passível de causar danos ao recorrido, além de se tratar de medida de evidente reversibilidade (CPC, art. 273, § 2º). É por essa razão que não há se falar na necessidade da prestação de caução.

Assim, diante da discussão judicial do débito, prudente que a ré se abstenha de inscrever o nome do agravante nos órgãos de proteção ao crédito, até final julgamento da demanda.

Postas essas premissas, **dá-se provimento** ao recurso, com **observação**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2107350- 91.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ESCOLA DE EDUCAÇÃO INFANTIL RED BRICK LTDA., é agravada CRISTIANE TEIXEIRA DE CARVALHO SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 21313)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente) e CESAR LACERDA.

São Paulo, 1º de agosto de 2016.

BERENICE MARCONDES CESAR, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. PENHORA. INTIMAÇÃO. Ocorrência. Hipótese dos autos na qual a Executada foi regularmente intimada pela imprensa oficial, na pessoa de seu patrono constituído, acerca da penhora "on line" realizada, tendo sido oportunizada

5 TJSP - 11ª Câmara Cível - Agravo de Instrumento nº 817.811-00/0 - Rel. Des. **Egidio Giacoia** - J. 17.11.2003.

a apresentação da impugnação ao cumprimento de sentença. Prévia garantia do juízo. Inexigibilidade. Execução definitiva. RECURSO DA EXEQUENTE PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra r. decisão interlocutória proferida pelo MM. Juiz de Direito da 38ª Vara Central Cível da Comarca da Capital (fls. 84/85 e 93/94), nos autos da "ação monitória", em fase de cumprimento de sentença, ajuizada por ESCOLA DE EDUCAÇÃO INFANTIL RED BRICK S/C LTDA. contra CRISTIANE T. DE CARVALHO SILVA, que indeferiu o pedido de levantamento de valores bloqueados formulado pelo Exequente.

Inconformada, a Autora/Exequente interpôs o presente recurso (fls. 01/13), discorrendo, em síntese, acerca da possibilidade de levantamento dos valores, já tendo sido oportunizada a apresentação de impugnação pela Ré/Executada. No mais, alegou que a garantia do juízo não é requisito para a apresentação de impugnação, cujo prazo se inicia com a penhora. Requereu ao final, o provimento do recurso.

Preenchidos os requisitos legais (CPC, arts. 522, *caput*; 524, I, II, III; 525, I, II e § 1º), o recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo (fls. 102).

Intimada, a Executada deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar contraminuta (fls. 104).

É o relatório sucinto.

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra r. decisão interlocutória que indeferiu o pedido para levantamento dos valores depositados nos autos.

Já de início, importante destacar que o presente recurso será julgado sob a égide das normas processuais previstas no Código de Processo Civil de 1973, porquanto a r. decisão interlocutória foi proferida durante a vigência do diploma legal em referência (fls. 85 12.JAN.2015), o que também se deu com a interposição deste (01.JUN.2015).

Pois bem. Na hipótese dos autos, com o início da fase de cumprimento de sentença (fls. 45 e 48), a Exequente pleiteou a penhora de ativos financeiros eventualmente existentes em nome da Ré, por meio do sistema BacenJud (fls. 50), medida esta que restou deferida pelo Juízo "a quo" (fls. 55).

Na sequência, efetivado o bloqueio de parte do débito exequendo (fls. 59/60), a Exequente peticionou nos autos a fim de requerer a transferência do valor bloqueado para a conta à disposição do Juízo (fls. 62).

O MM. Juiz, por sua vez, reconhecendo a penhora parcial, determinou

Acesso ao Sumário

a intimação da Executada, na pessoa de seu patrono, para que se manifestasse acerca da constrição efetivada (fls. 64).

A execução, então, seguiu seu trâmite normal até o momento em que indeferida a pretensão de levantamento dos valores bloqueados (fls. 83), quando foi interposto o presente recurso.

Pois bem. O oferecimento da impugnação ao cumprimento de sentença, conquanto meio de defesa da parte executada, pressupõe a previa intimação desta acerca de qualquer penhora efetivada nos autos.

Não por outro motivo, aliás, é que restou expressamente consignada tal previsão na norma do parágrafo primeiro do art. 475-J do CPC/73, cuja redação é a seguinte:

"*§ 1º - Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias.*".

Note-se, portanto, que não se pode admitir a inobservância de tal regra, seja pela necessidade de garantir a plena ampla defesa e o contraditório, corolários do devido processo legal, seja pela gravidade do ato processual praticado sem o conhecimento da parte executada que, por expressa determinação legal, deve ser intimada.

Na espécie, porém, verifica-se que houve a regular intimação da Executada, em decisão publicada no dia 10.SET.2013 (fls. 65), com expressa menção acerca da penhora realizada, tendo esta permanecido inerte.

Nestes termos, ainda, é certo que não se exige a prévia garantia do Juízo pela Exequente, tanto para a fixação do termo inicial do prazo para o oferecimento da impugnação, quanto para o levantamento dos valores penhorados. E isso porque, não só inexiste tal previsão na norma do art. 475-J e §§, como também não se revela oportuna a manutenção da penhora nos autos em se tratando de execução definitiva, mormente quando se sabe que tal forma de constrição (penhora de dinheiro em depósito ou aplicação em instituição financeira - art. 655, I, CPC/73) prestigia os princípios da celeridade e economia processuais, além de ser menos gravosa para as partes caso comparada com a busca de outros bens.

Ora, em prol da efetividade da tutela, tendo sido garantido o contraditório com a intimação da Executada acerca da constrição efetuada e não se exigindo a prévia garantia do juízo, o levantamento dos valores obtidos com o bloqueio "on line" é medida que não encontra óbice, devendo ser viabilizada.

Ante o exposto, **CONHEÇO** e **DOU PROVIMENTO** ao recurso de agravo de instrumento interposto pela Exequente para **REFORMAR** a r. decisão hostilizada e **DEFERIR** o levantamento dos valores depositados nos autos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2135986-33.2016.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é agravante SÃO BERNARDO DO CAMPO TRANSPORTE SPE LTDA. - SBCTRANS, é agravado ANTONIO CLEMENTINO DE MELO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.119)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente) e CESAR LUIZ DE ALMEIDA.

São Paulo, 3 de agosto de 2016.

CESAR LACERDA, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento. Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Inversão do ônus da prova, fundada no Código de Defesa do Consumidor. Inadmissibilidade. Na relação jurídica originada em acidente de veículos não estão presentes as figuras do fornecedor e do consumidor, de modo que a tal relação não se aplicam as disposições do Código de Defesa do Consumidor, não se admitindo a inversão do ônus da prova fundada em referido estatuto legal. Recurso provido.

VOTO

Ré em ação de reparação de danos causados em acidente de veículos agrava da respeitável decisão reproduzida a fls. 18, que determinou a inversão do ônus da prova. Sustenta, em síntese, a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso concreto, por não estarem presentes os requisitos dos artigos 2º e 3º de referido estatuto legal, vez que se trata de suposta colisão entre um coletivo da agravante e o veículo do agravado, a quem incumbe o ônus da prova, nos termos do artigo 373, I, do Código de Processo Civil.

Deferido o pretendido efeito suspensivo (fls. 55), o recurso foi regularmente processado, com resposta (fls. 58/64).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Respeitado o entendimento do d. Magistrado prolator da decisão agravada, tem-se que o recurso comporta provimento.

A legislação processual faculta ao juiz a redistribuição do ônus da prova (CPC, art. 373, § 1º), admite a inversão do ônus da prova por convenção das partes, observadas as exceções previstas no § 3º do art. 373 do Código de Processo Civil, ou por imposição legal, consoante prescreve, *verbi gratia*, o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Na hipótese em tela, a decisão recorrida inverteu o ônus da prova com fundamento no art. 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90.

Contudo, assiste razão à agravante quando sustenta a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e a impossibilidade de inversão do ônus da prova, com base em tal estatuto.

É que os fatos narrados na inicial revelam inexistir relação de consumo entre as partes, eis que versam sobre acidente de trânsito envolvendo micro-ônibus da agravante e o veículo pertencente ao agravado, de modo que não estão presentes as figuras do fornecedor e do consumidor descritas nos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor.

Importa registrar que a redistribuição do ônus da prova prevista no § 1º do art. 373 do Código de Processo Civil deve estar alicerçada na existência de peculiaridades "**relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário**", além de ser determinada por decisão fundamentada, sendo certo que a decisão agravada nada consignou nesse sentido, haja vista que a determinação de inversão do ônus da prova fundou-se no estatuto consumerista.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso, para o fim de afastar a inversão do ônus da prova.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2107673-62.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes MYRIAM EDITH LEIROZ MALUHY e MARLENE LEIROZ GODÓI, é agravado CONDOMÍNIO EDIFÍCIO JAÚ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da

Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 5620)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA CATARINA STRAUCH (Presidente), DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT e MOURÃO NETO.

São Paulo, 3 de agosto de 2016.

ANA CATARINA STRAUCH, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE COBRANÇA DE COTAS CONDOMINIAIS EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - Unidade geradora do débito foi herdada pelas agravantes/devedoras com cláusula de incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade - Insurgência das devedoras contra decisão de 1° grau que indeferiu o levantamento da constrição patrimonial - A cláusula de incomunicabilidade e demais consectários não têm efeitos em relação à própria unidade condominial que deu origem ao débito - Natureza *propter rem* da dívida - Decisão mantida - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por *Myriam Edith Leiroz Maluhy* e *Marlene Leiroz Godoi*, em face da r. decisão de fl. 8 que, nos autos da AÇÃO DE COBRANÇA DE CONDOMÍNIO EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA que lhes move o "*Condomínio Edifício Jaú*", indeferiu o pedido de desconstituição da penhora incidente sobre o bem imóvel objeto das cobranças condominiais.

A ação foi originalmente proposta em face de *Plínio Varçal Leiroz* e *Evangelina Benevides Leiroz*, já falecidos, estando em trâmite, hoje, perante as herdeiras, ora agravantes.

Cuida-se de cobrança de cotas condominiais relativas ao apartamento n° 905, integrante do Condomínio edilício autor, e que fora herdado pelas agravantes com a chamada cláusula de incomunicabilidade, impenhorabilidade e inalienabilidade.

Assim, tendo em vista a constrição patrimonial realizada nos autos subjacentes, as executadas/agravantes se insurgem, argumentando que, diante da referida cláusula, a penhora não se sustenta, já que o imóvel, em tese, estaria "fora do comércio".

Acesso ao Sumário

Diante do indeferimento do levantamento da penhora em 1° grau, sobreveio o presente agravo, pelo qual as agravantes reiteram a argumentação esposada em 1° grau.

Contraminuta e documentos às fls. 42/91.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

O agravo não comporta provimento.

As agravantes alegam que receberam por herança o respectivo apartamento, unidade geradora do débito condominial, aduzindo que fora aposta cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre o imóvel, o que impediria, portanto, a impugnada constrição patrimonial, decorrente de débito condominial pendente.

Ocorre que, como é cediço, a dívida oriunda de cotas condominiais vencidas e não pagas tem natureza *propter rem*, ou seja, se relacionam juridicamente com o próprio bem imóvel que deu azo à cobrança.

Neste sentido, o condomínio edilício não pode se sujeitar às limitações impostas pelo autor da herança, tendo em vista que, salvaguardar o bem imóvel gerador do débito, em caso de dívida condominial, acabaria por promover verdadeira isenção de pagamento às devedoras. E pior, oneraria injustamente os demais condôminos, que deverão se cotizar para arcar com as despesas decorrentes da inadimplência das agravantes.

Diante disto, a penhora não se reveste de ilegalidade, sendo possível ao Condomínio credor, em relação à unidade geradora do débito, afastar a cláusula de incomunicabilidade em comento.

Sobre o tema, vale mencionar o julgado proferido nos autos do Agravo de Instrumento n° 2180528-10.2014.8.26.0000, Rel. Des. Gilberto Leme, 35° Câmara de Direito Privado, julgado em 24/11/2014, assim ementado:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESPESAS CONDOMINIAIS. AÇÃO DE COBRANÇA. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PENHORA DE ALUGUÉIS EM FAVOR DA EXECUTADA. IMÓVEL GRAVADO COM CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE, IMPENHORABILIDADE E INCOMUNICABILIDADE. CLÁUSULA QUE SE ESTENDE AOS FRUTOS E RENDIMENTOS. IMÓVEL QUE NÃO É GERADOR DOS DÉBITOS CONDOMINIAIS COBRADOS. IMPENHORABILIDADE RECONHECIDA. A natureza propter rem das despesas condominiais somente tem o condão de afastar a impenhorabilidade que recai sobre a própria unidade condominial geradora do débito. Se a penhora recai sobre outro imóvel do executado, a impenhorabilidade deve prevalecer. Recurso provido.*

Acesso ao Sumário

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo nº 2002540-31.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes DAVID ANTONIO MARQUES FERREIRA, MARCIO MARQUES FEREIRA, MARTHA MARQUES FERREIRA VIEIRA e WALTER LUIZ MARQUES FERREIRA, é agravado BANCO BRADESCO BERJ S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17681)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), HELIO FARIA e EDSON LUIZ DE QUEIROZ.

São Paulo, 30 de agosto de 2016.

HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO, Relator

Ementa: Agravo Interno - Decisão monocrática que deu provimento em parte a recurso de agravo de instrumento - As razões deste agravo interno não foram capazes de neutralizar aquela assertiva - Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo interno, interposto contra a r. decisão monocrática, que deu provimento em parte a recurso de agravo de instrumento, com fundamento no artigo 557, do CPC/73.

Os autores postulam a reconsideração da decisão recorrida, com o reconhecimento da inclusão dos juros remuneratórios, bem como a sucumbência integral.

É o relatório.

A decisão monocrática foi proferida nos seguintes termos: "*Julgamento monocrático - Análise do recurso pelo Relator (art. 557, do CPC) - Possibilidade - Ausência de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa - Observância da regra de economia e celeridade processual. Cumprimento de*

Acesso ao Sumário

sentença - Ação Civil Pública - Expurgos Inflacionários - Legitimidade ativa do poupador - Comprovação de que faz parte dos quadros associativos do IDEC - Desnecessidade. Juros Remuneratórios - Não cabimento - STJ - Artigo 543-C - REsp n. 1.392.245 - Descabe a inclusão de juros remuneratórios nos cálculos de liquidação se inexistir condenação expressa, sem prejuízo de, quando cabível, o interessado ajuizar ação individual de conhecimento. Expurgos Inflacionários posteriores - Incidência reconhecida - STJ artigo 543-C do CPC, REsp n. 1.392.245 - Incidem os expurgos inflacionários posteriores a titulo de correção monetária plena do débito judicial, que terá por base de calculo o saldo existente ao tempo do referido plano econômico, e não os valores de eventuais depósitos da época de cada plano subsequente. Juros de mora - Pedido implícito - Incidência sobre o valor objeto da condenação, independente de pedido expresso e de determinação pela sentença - Artigos 293, do Código de Processo Civil e 407, do Código Civil - Termo inicial - Citação na fase de conhecimento da ação - Entendimento consolidado pelo STJ, REsp 1.370.899 - Incidência no percentual de 6% (seis por cento) ao ano (art. 1.062 do CC/16), desde a data da citação na ação civil pública até a data da entrada em vigor do novo Código Civil e, daí em diante, no percentual de 12% (doze por cento) ao ano (art. 406 do CC/02, c/c art. 161, § 1º do CTN). Verba honorária - Cumprimento de sentença - Ação Civil Pública - Ajustamento da decisão que fixa essa verba quando da rejeição de impugnação para sua adequação a decisão vinculante do STJ (REsp n. 1.134.186/RS - artigo 543-C do CPC), em face da inobservância pelo Juízo de Primeiro Grau, da regra que fixa os honorários tão logo seja despachada a inicial - Artigo 652-A, do CPC - Possibilidade - Interpretação da natureza da remuneração e observância da incidência, uma única vez, dos honorários em benefício do credor, na fase de cumprimento de sentença, pela regra de causalidade - CPC, art. 20 - Mantidos os honorários de advogado fixados, por se referirem àqueles do artigo 652-A, do CPC, até porque adequado o valor, observados os parâmetros legais, em especial, o grau de zelo do profissional, lugar de prestação do serviço, trabalho realizado pelo advogado e tempo exigido para o seu serviço (art. 20, § 4°, do CPC). Verba honorária - Cumprimento de sentença - Ação Civil Pública - Fixação dessa verba pelo Tribunal pela regra de sucumbência - Impossibilidade - Força vinculante da decisão superior que decidiu não serem cabíveis honorários advocatícios pela rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença - STJ (REsp n. 1.134.186/RS - artigo 543-C do CPC) e por não poder se sobrepor a disciplina do artigo 652-A, do CPC - Ausência de sentença que é pressuposto da sucumbência e não cabimento de honorários sucumbenciais quando se decide questão incidental - CPC art. 20, 1º - Descabida condenação na sucumbência em decisão interlocutória. Sucumbência recíproca - Reconhecimento. Tabela Prática de Atualização dos Débitos Judiciais do Tribunal de Justiça de São

Acesso ao Sumário

Paulo - Aplicação - Possibilidade. Apuração do 'quantum debeatur' - Remessa dos autos a Contadoria - Regra de legalidade - Matéria de ordem pública. Recurso provido em parte".

O artigo 557 do CPC/73 estabelece que: "*O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior*".

O referido artigo consagra a possibilidade de ser o recurso julgado pelo respectivo relator com o intuito de minorar a carga de trabalho nos Órgãos Colegiados.

Fica superada eventual ofensa ao art. 557, do Código de Processo Civil/73, pelo julgamento colegiado do agravo regimental interposto contra a decisão singular desta Relatoria.

Anotam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (CPC Comentado, nota 11 ao citado dispositivo legal, RT, 9ª ed.): "*O relator pode dar provimento ao recurso quando a decisão recorrida estiver em desacordo com súmula ou jurisprudência dominante do próprio tribunal ou de tribunal superior. Esse poder é faculdade conferida ao relator, que pode, entretanto, deixar de dar provimento ao recurso, colocando-o em mesa para julgamento pelo órgão colegiado. A norma autoriza o relator, enquanto juiz preparador do recurso, a julgá-lo inclusive pelo mérito, em decisão singular, monocrática, sujeita a agravo interno para o órgão colegiado (CPC 557 § 1°). A norma se aplica ao relator, de qualquer tribunal e de qualquer recurso*".

As razões deduzidas no presente recurso não demonstram o desacerto da decisão combatida, pelos fundamentos dela constantes.

A propósito, em caso semelhante, já decidiu o E. STJ: "*Agravo Regimental. Interposição contra decisão monocrática que negou seguimento a recurso de apelação. Aplicação do artigo 557, 'caput' do CPC. Ação de busca e apreensão. Fundamentos. Insuficientes para reformar a decisão agravada. I - A ausência de argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada enseja o não provimento do agravo regimental interposto. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. II - Embora evidente o esforço do agravante, este não trouxe nenhum argumento capaz de alterar os fundamentos da decisão agravada, a qual deve, portanto, ser mantida por seus próprios termos. III - Agravo Regimental desprovido" (AREsp 660556, Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 27/02/2015)*.

Por tais razões, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 0129052- 94.2010.8.26.0100/50002, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO J SAFRA S/A, é agravado ANTONIO ALEXANDRE DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 19ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.269/2016)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MELO BUENO (Presidente sem voto), FLAVIO ABRAMOVICI e MARIO CHIUVITE JUNIOR.

São Paulo, 29 de junho de 2016.

MARCONDES D'ANGELO, Relator

Ementa: RECURSO - AGRAVO INTERNO - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. Irresignação contra a respeitável decisão que não conheceu embargos infringentes opostos contra Acórdão, não unânime, que reformou sentença terminativa em grau de apelação. Reforma da decisão que se impõe para se permitir maior debate acerca da questão controvertida em juízo à luz do princípio da dupla conformação. Precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça a impor interpretação harmoniosa e sistemática do artigo 530 do Código de Processo Civil de 1973 com o parágrafo 3º do artigo 515 do mesmo diploma, aplicável ao caso concreto por força do princípio "tempus regit actum". Decisão reformada. Recurso de agravo interno provido para se admitir o processamento dos embargos infringentes.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de AGRAVO INTERNO tirado contra decisão que não conheceu dos embargos infringentes opostos pelo agravante **BANCO J SAFRA Sociedade Anônima** sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, pelo fato de ter sido oposto contra acórdão não unânime que reformou em grau de apelação sentença de natureza processual - terminativa (decisão monocrática às folhas 331/332 dos autos do processo).

Aduz a agravante às folhas 335/341, em suma, que o artigo 530 do Código de Processo Civil de 1973, aplicável ao caso em razão de o processamento ter se iniciado sob sua vigência, deve ser interpretado de modo finalístico, a entender que a decisão de mérito imprescindível para o cabimento dos infringentes é o acórdão e não a sentença (esta, no caso, de natureza processual). Menciona que no caso a decisão que fará coisa julgada é o acórdão de mérito, não a sentença processual, de maneira que deve ser permitido o processamento dos embargos infringentes para que haja a dupla conformação recursal. Colaciona textos doutrinários e cita julgados. Pede o provimento do recurso para que o agravo seja provido declarando-se a admissão dos embargos infringentes.

Em atenção ao princípio do contraditório substancial, a parte contrária foi instada a se manifestar sobre as razões recursais, apresentando contraminuta às folhas 354/358 em que requer a manutenção da decisão agravada.

Recurso recebido e processado na forma do artigo 1.021 do novo Código de Processo Civil.

Este é o relatório.

O Acórdão recorrido oriundo do recurso de apelação embargado, por maioria de votos, vencido o insigne revisor, deu provimento ao recurso do autor e julgou procedentes os pedidos deduzidos na inicial da ação de reparação de danos materiais e morais fundada em ilícito extracontratual, fraude em contrato de alienação fiduciária com restrição indevida de veículo do autor, reformando a sentença que decretou a extinção do processo sem resolução do mérito por ilegitimidade passiva “ad causam” (folhas 267/278).

Embargos de declaração do vencido (folha 281/291) rejeitados diante do seu conteúdo infringente (Acórdão integrativo às folhas 293/299).

Inconformado, o requerido opôs embargos infringentes visando fazer prevalecer o entendimento deduzido no voto vencido que, ao invés de acolher os pedidos condenatórios como fez a douta maioria, decidiu por anular a respeitável sentença extintiva, de ofício, e determinava a abertura da fase instrutória para se perquirir quem de fato foi o autor da fraude que gerou gravame no veículo do autor (folhas 302/310).

Os embargos infringentes não foram admitidos ao fundamento de que

Acesso ao Sumário

foram opostos contra decisão não unânime que reformou, em grau de apelação, sentença de natureza processual, terminativa, haja vista a previsão legal então vigente no Código de Processo Civil, nestes termos:

> "Art. 530 - Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência".

Daí, pois, o inconformismo manifestado neste agravo interno.

Analisando a hipótese à luz dos fundamentos expostos pelo agravante, verifica-se ser hipótese de se prover o agravo interno para se admitir o processamento dos embargos infringentes.

É que, revendo a decisão agravada, entende-se ser caso de se permitir novo debate a respeito das questões discutidas nos autos, sobretudo considerando as luzes trazidas pelo voto divergente, de molde a atribuir maior segurança jurídica acerca do direito controvertido em juízo, e em atenção ao princípio da dupla conformação adotada pelo próprio artigo 530 do Código de Processo Civil de 1973.

E deve ser assim porque o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já editou entendimento segundo o qual: "o art. 530 deve ser interpretado harmoniosa e sistematicamente com o restado do CPC, em especial o § 3º do art. 515, admitindo-se os embargos infringentes opostos contra acórdão que, por maioria, reforma sentença terminativa e adentra a análise das questões de mérito (REsp 1.296.492/RS, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, julgado 04 de março de 2013 - dentre outros).

Ante o exposto, dá-se provimento ao agravo interno para reformar a decisão monocrática recorrida e deferir o processamento dos embargos infringentes, nos limites da infringência, nos moldes desta decisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 1061205-19.2014.8.26.0100/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante/agravada MARCIA SILVA CRUZ SOARES (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado/agravante COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS CPTM.

ACORDAM, em 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, em julgamento proferido nos termos do art. 942 e § 1º do Novo CPC, negaram provimento aos recursos, vencido o 3º Desembargador, que declara.", de conformidade com o

Acesso ao Sumário

voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31698)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO PAZINE NETO (Presidente), ISRAEL GÓES DOS ANJOS, PEDRO KODAMA e SERGIO GOMES.

São Paulo, 5 de julho de 2016.

JOSÉ TARCISO BERALDO, Relator

Ementa: DANO MORAL - Ocorrência - Prática de "ato obsceno" por passageiro em vagão de transporte ferroviário - Indenização arbitrada em R$-20.000,00 - Adequação, tendo em vista as particularidades do caso concreto - Decisão que deu parcial provimento às apelações mantida - Agravos regimentais improvidos.

VOTO

Agravos regimentais interpostos contra decisão que deu parcial provimento a apelações tiradas de r. sentença que julgou parcialmente procedente ação dita "de indenização por danos morais..." decorrente de prática de "ato obsceno" praticado por passageiro em vagão de transporte ferroviário; a indenização foi fixada em R$-30.000,00 (trinta mil reais); os honorários de advogado foram fixados em 10% do valor da condenação.

Pede a autora a majoração dos danos morais.

A ré insiste em que não houve dano moral, e o valor fixado para a indenização e honorários é excessivo.

É o relatório.

Os inconformismos não vingam.

Restou demonstrado, com efeito, que a autora sofreu agravo moral que supera um mero dissabor ou aborrecimento corriqueiro.

Em que pese a gravidade do ocorrido, tem-se que a quantia fixada título de danos morais (R$-20.000,00) é suficiente como justo lenitivo a compensar o agravo moral sofrido, sem excesso nem aviltamento.

O valor dos honorários, fixados em 20% do valor da condenação, é suficiente para remunerar adequadamente o trabalho do patrono, e de acordo com os parâmetros do art. 85 do Cód. de Proc. Civil.

Mantem-se, pois, a decisão regimentalmente agravada, aqui integrada e adotada pela C. Turma Julgadora, uma vez se tendo reportado ao disposto no art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal, do seguinte teor:

"Trata-se de apelações tiradas contra r. sentença - proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. Tom Alexandre Brandão - que julgou parcialmente

Acesso ao Sumário

procedente ação dita 'de indenização por danos morais...' decorrente de prática de 'ato obsceno' praticado por passageiro em vagão de transporte ferroviário; a indenização foi fixada em R$-30.000,00 (trinta mil reais); os honorários de advogado foram fixados em 10% do valor da condenação.

Insiste a apelante-autora em que o 'quantum' indenizatório deve ser majorado, uma vez que 'houve o abalo emocional indescritível à vítima', bem como aumentados os honorários de advogado para o equivalente a 20% do valor da condenação.

A apelante-ré, por sua vez, sustenta que tal ato consiste em fato de terceiro, isto é, fortuito externo que rompe o nexo de causalidade, inexistindo falha na prestação de serviços; subsidiariamente, pleiteia a redução da indenização 'para até R$4.000,00 (quatro mil reais)' com juros de mora desde a citação.

Em resposta, ambas as apeladas pedem a preservação do resultado no que lhes beneficia.

Recursos, no mais, adequadamente processados.

É o relatório.

Os inconformismos podem e devem ser apreciados e resolvidos desde logo.

Anote-se, de pronto, que, nos recursos, não mais se discute a ocorrência do ato libidinoso narrado na petição inicial - ato libidinoso praticado por passageiro no interior de vagão da empresa ré - mas apenas se tal ato se insere entre os riscos a que o transportador está obrigado a suportar, vale dizer, se o caso é de fortuito interno ou externo e 'quantum' indenizatório a ser fixado em razão disso.

Assim, a solução aqui é a mesma daquela dada nos EI 1061231-17.2014.8.26.0100/50000, julgado pela C. 37ª Câmara deste E. Tribunal de Justiça e da qual este signatário foi relator.

Como se sabe, dispõe o art. 735 do Cód. Civil que 'a responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva'.

A jurisprudência, interpretando tal dispositivo, tem reiteradamente decidido pela exclusão da responsabilidade do transportador, por quebra do nexo de causalidade, quando 'o dano é causado por fato de terceiro que representa caso fortuito externo, sendo estranha à atividade transportadora' (AgRg no AREsp 97.872/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, j. em 26.02.2014, DJe 17.02.2014).

Mais ainda, pontua-se que 'em caso de transporte coletivo de passageiros, como é o caso do metrô, 'o transportador só responde pelos danos resultantes de fatos conexos com o serviço que presta" (AgRg nos

Acesso ao Sumário

EDcl no REsp 1203535/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 25/04/2012).

É essa igualmente a posição de CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY que, contudo, ressalta que 'parece mais se afeiçoar aos pressupostos atuais da responsabilidade civil, máxime em atividades perigosas como é a de transporte (art. 927), a verificação sobre se o fato atribuível ao terceiro se coloca ou não dentro dos limites razoáveis do risco criado, e assim assumido, pela atividade do transportador' ('in' 'Código Civil Comentado', Ed. Manole, 2007, p. 598).

No caso, embora o dano decorra inegavelmente de ato de terceiro, não é menos certo que apenas a ré era capaz de impedi-lo, na medida em que somente ela controla o fluxo de passageiros e exerce a vigilância em suas estações e composições.

Com efeito, não se trata de ato praticado por pessoa estranha ao contrato de transporte que age repentinamente, isto é, fora da esfera da previsibilidade da ré, porém de conduta exercida por outro passageiro, no interior de um vagão, cuja vigilância e segurança, frise-se, são efetuadas exclusivamente pela transportadora.

De irresistibilidade igualmente não há falar, já que não houve emprego da força nem de ameaça, mas sim aproveitamento das circunstâncias típicas do transporte ferroviário urbano.

A realização de atos libidinosos dessa natureza requer aglomeração excessiva de pessoas, bem como certo isolamento das autoridades policiais, condições, sem dúvida, criadas pela atividade de transporte em massa de pessoas exercida pela ré.

Assim, é inegável que tais assédios constituem risco criado pela própria atividade e, como tal, sua prática representa evidente violação daqueles deveres decorrentes da cláusula de incolumidade ínsita ao contrato de transporte.

Consequentemente, deve mesmo a ré responder pelos danos daí advindos.

Resta saber, então, se houve dano moral.

Ora, abusos como o narrado na petição inicial indubitavelmente ultrapassam o simples desconforto.

É agravo, de resto, cuja existência se constata por si só, 'ipso facto', sem necessidade alguma de demonstração.

Observe-se, quanto a isso, que o dano moral decorre diretamente da violação do direito da vítima quando essa excede 'a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige' (REsp 599.538/MA, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA,

Acesso ao Sumário

QUARTA TURMA, julgado em 04.03.2004, DJ 06.09.2004 p. 268).

Nesse sentido, destaca-se, ainda, que 'A concepção atual da doutrina orienta-se no sentido de que a responsabilização do agente causador do dano moral opera-se por força do simples fato da violação ('danum in re ipsa'). Verificado o evento danoso surge a necessidade da reparação, não havendo que se cogitar da prova do prejuízo, se presentes os pressupostos legais para que haja responsabilidade civil (nexo de causalidade e culpa)' (REsp 23575/ DF, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 09.06.1997, DJ 01.09.1997 p. 40838).

Portanto, a indenização por dano moral foi bem reconhecida, independentemente, até, daquele depoimento prestado por Sueli Gomes Soares Santos.

No que se refere ao 'quantum' (danos morais), assinala-se que deve se ter presente a moderação recomendada na doutrina e na jurisprudência, tanto para que se evite enriquecimento indevido de uma parte em detrimento de outra como, ainda, para que se observem os limites geralmente aceitos em casos análogos, de modo a que se chegue a um valor que, compensando a dor moral sofrida, contenha componente de punição e desestímulo, sem excesso nem aviltamento.

Mais ainda, 'deve o juiz: 1) punir pecuniariamente o infrator, pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; 2) por nas mãos do ofendido uma soma, que não é o *pretium doloris*, porém o meio de oferecer oportunidade de conseguir uma satisfação... ou seja um bem estar psíquico compensatório do mal sofrido, numa espécie de substituição da tristeza pela alegria...' (CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, 'Direito Civil', Vol. II, nº 176).

No caso, e levando-se em conta tais parâmetros e circunstâncias, tem-se que o valor arbitrado na r. sentença (R$-30.000,00) mostra- se algo elevado, motivo pelo qual fica, aqui, reduzido para R$-20.000,00 (vinte mil reais), com juros de mora desde a citação, tendo em vista se tratar de responsabilidade contratual.

Anote-se, por fim, que, tendo em vista tal redução, bem como o trabalho realizado pelo patrono da autora, alteram-se os honorários de advogado para 20% do valor da condenação, conforme o disposto no § 2º do art. 85 do atual Cód. de Proc. Civil cuja redação é análoga àquela do § 3º do art. 20 do antigo Cód. de Proc. Civil.

Feitas essas considerações, mantém-se, no mais, a r. sentença tanto pelos seus próprios fundamentos (art. 252 do Regimento Interno deste C. Tribunal de Justiça: 'nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente

Acesso ao Sumário

motivada, houver de mantê-la') como, ainda, pelos aqui adicionados.

Diante do exposto, e com base no art. 557 do Cód. de Proc. Civil, desde logo SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO às APELAÇÕES."

Em face do exposto, nega-se provimento aos agravos regimentais.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 9782)

Trata-se de agravos internos interpostos por contra a r. decisão monocrática de fls. 284/288, que deu parcial provimento às apelações para reduzir o valor da indenização para R$ 20.000,00 e majorar a verba honorária para o percentual de 20% do valor da condenação.

A Companhia Paulista de Trens Metropolitanos sustenta que sua responsabilidade resta excluída por fato de terceiro, na modalidade *caso fortuito*. Destaca a imprevisibilidade do evento levando-se em consideração as características do agressor sexual. Pondera que utiliza vários mecanismos a fim de evitar a ocorrência do evento. Afirma que o agressor só foi identificado e encaminhado às autoridades competentes em virtude da presteza e diligência de atuação dos seus prepostos, que o abordaram assim que chegou à estação, procedendo a sua identificação e conduzindo-o até a autoridade policial, para as providências cabíveis. Frisa que a exclusão de sua responsabilidade tanto se dá por fato de terceiro, quanto pela ausência de falha na prestação do serviço. Caso mantida a sua condenação, requer a redução do valor da indenização estabelecido na decisão monocrática, até o patamar de R$ 4.000,00. Também pede a redução dos honorários advocatícios para o percentual de 10%. Pugna pelo provimento do recurso.

A autora agrava requerendo a majoração da verba indenizatória referente aos danos morais decorrentes dos dissabores e lesões corporais sofridas.

Discordei da douta maioria da C. Turma Julgadora, cuja decisão foi exposta no voto do eminente desembargador relator, Dr. José Tarciso Beraldo, a despeito do brilhantismo das razões apresentadas, no tocante ao desprovimento dos agravos internos, pelos seguintes motivos:

Versa o feito sobre ação de indenização por danos morais.

Narra a inicial que a autora, no dia 21 de março de 2014, enquanto utilizava os serviços de transporte público oferecidos pela concessionária ré para retornar de seu trabalho, foi vítima de ato obsceno praticado por homem que se posicionava atrás dela. Tal sujeito teria ejaculado em suas calças.

Em razão da gravidade do fato, requer a condenação da requerida ao pagamento de danos morais, bem assim indenização pelo não cumprimento do

Acesso ao Sumário

contrato de transporte.

A ação em primeiro grau foi julgada parcialmente procedente para condenar a ré ao pagamento de indenização pelos danos morais sofridos pela autora, no valor de R$ 30.000,00, com juros de mora desde o evento, correção a partir da publicação da sentença. A ré também foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% da condenação.

Respeitada a convicção do Meritíssimo juiz de primeiro grau a r. sentença de fls. 222/225, que julgou parcialmente procedente a ação, deve ser reformada.

O transportador tem obrigação de levar o passageiro, incólume, até seu destino, sob pena de ser responsabilizado pelos prejuízos por ele sofridos. Entretanto, nos casos de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima, fica afastada a sua responsabilidade de indenizar.

A responsabilidade da CPTM, para fins de indenização, no caso, não pode ser reconhecida.

Não restou demonstrada falha na prestação de serviços pela ré devido à falta de segurança.

A ré não foi omissa em relação ao evento narrado pela autora. Verifica-se que o autor da infração foi detido pelos funcionários da ré e encaminhado à Delegacia de Polícia, aliás, a agente de segurança em seu depoimento relatou que ao notar a confusão e gritaria se dirigiu ao local (fls.114).

Além disso, a importunação ofensiva ao pudor constitui fato imprevisível e inesperado, sem nexo de causalidade com o contrato de transporte, o que também afasta a responsabilidade da ré.

Dispõe o art. 734, do Código Civil:

"O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade".

Está presente, na hipótese, excludente da responsabilidade pela ocorrência de caso fortuito. O transportador responde pelos danos resultantes de fatos conexos com o serviço prestado. A agressão relatada pela autora na petição inicial é fato estranho ao serviço de transporte e constitui caso fortuito a excluir a responsabilidade da CPTM. Não há que se falar em descumprimento do contrato de transporte.

Importa notar que, diariamente, inúmeros usuários utilizam-se do transporte ferroviário, não sendo possível que os agentes de segurança da CPTM estejam atentos a todos e quaisquer comportamentos desses usuários, os quais são imprevisíveis e inevitáveis. Assim, verificado fato estranho ao serviço de transporte, pela ocorrência de caso fortuito, exclui-se a responsabilidade da empresa de transporte coletivo.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, já decidiu este E. Tribunal de Justiça:

"*Indenização por danos morais - Transporte de passageiros - Assédio sexual praticado dentro do vagão do metrô – Improcedência - Fato, em princípio, estranho à atividade de transporte - Caso fortuito que afasta a responsabilidade do transportador - Sentença que merece ser mantida - Recurso improvido.*" (Apelação nº 1130019-83.2014.8.26.0100, Relator Des. THIAGO DE SIQUEIRA, 14ª Câmara de Direito Privado, v.u., j. 04/05/2016).

"*Ação de indenização por dano moral - Transporte de passageiro - Relação de consumo - Prescrição quinquenal - Inocorrência - Sentença anulada. Julgamento do mérito da pretensão indenizatória - Causa madura (CPC, art. 515, § 3º e NCPC, art. 1.013, § 3º, I) - Assédio sexual ocorrido dentro do vagão do metrô - Ato praticado por terceiro - Fato estranho ao transporte que afasta a responsabilidade civil objetiva da ré - Pedido indenizatório improcedente - Recurso desprovido, com observação.*" (Apelação nº 1100176-73.2014.8.26.0100, Relator Des. MAURÍCIO PESSOA, 14ª Câmara de Direito Privado, v.u., j. 02/05/2016).

"*CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - ELEMENTOS NOS AUTOS SUFICIENTES PARA O JULGAMENTO - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - TRANSPORTE COLETIVO - ASSÉDIO SEXUAL OCORRIDO DENTRO DO VAGÃO DA CPTM - ATO PRATICADO POR TERCEIRO - FATO FORTUITO QUE AFASTA A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA RÉ - INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL - PRECEDENTES - PREQUESTIONAMENTO - DESNECESSIDADE DE MENÇÃO EXPRESSA DOS DISPOSITIVOS LEGAIS TIDOS POR VIOLADOS - SENTENÇA MANTIDA - NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.*" (Apelação nº 1090596-19.2014.8.26.0100, Relatora Desª LUCILA TOLEDO, 24ª Câmara de Direito Privado, v.u., j. 14/04/2016).

"*AÇÃO INDENIZATÓRIA - Transporte de pessoas - Falha na prestação de serviços - Suposto abuso sexual praticado em vagão de trem de propriedade do Metrô - Hipótese em que o conjunto probatório não demonstra a ocorrência dos requisitos da responsabilidade civil - Culpa de terceiro - Excludente de responsabilidade - Responsabilidade civil não caracterizada - Dano moral não configurado - RECURSO NÃO PROVIDO.*" (Apelação nº 1047186-08.2014.8.26.0100, Relator Des. RENATO RANGEL DESINANO, 11ª Câmara de Direito Privado, v.u., j. 04/03/2016).

"*APELAÇÃO - Indenização por danos morais - Transporte coletivo - Assédio sexual ocorrido dentro do vagão da CPTM - Cerceamento de defesa não caracterizado - Ato praticado por terceiro - Fato fortuito que*

Acesso ao Sumário

afasta a responsabilidade objetiva da ré - Inexistência de nexo causal - Precedentes - Sentença mantida - Recurso desprovido." (Apelação nº 1061175-81.2014.8.26.0100, Relator Des. IRINEU FAVA, 17ª Câmara de Direito Privado, v.u., j. 09/10/2015).

"*Indenizatória. Danos morais. Transporte coletivo. Assédio sexual. Episódio ocorrido dentro do vagão. Improcedência. Prestígio. Embaraço ocasionado exclusivamente por terceiro. Fato estranho ao transporte e equiparado ao fortuito que afasta a responsabilidade da concessionária porquanto rompe o nexo de causalidade. Precedentes. Hipótese do artigo 252 do RITJSP. Sentença mantida. Recurso improvido.*" (Apelação nº 1101362-34.2014.8.26.0100, Relator Des. SERGIO RUI, 22ª Câmara de Direito Privado, v.u., j. 16/07/2015).

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, na mesma linha de entendimento, vem decidindo:

"*CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGENCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS. O transportador só responde pelos danos resultantes de fatos conexos com o serviço que presta. Embargos de divergência conhecidos e providos*." (EREsp 232.649/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/10/2005, DJ 05/12/2005, p. 216).

"*RESPONSABILIDADE CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EMPRESA DE TRANSPORTE COLETIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA AFASTADA. CASO FORTUITO EXTERNO. SÚMULAS N. 7 E 83 DO STJ.*

1. Afasta-se a responsabilidade da empresa de transporte coletivo quando o dano é causado por fato de terceiro que representa caso fortuito externo, sendo estranho à atividade transportadora.

2. É inviável, em sede de recurso especial, o reexame do conjunto fático-probatório da demanda. Incidência da Súmula n. 7/STJ.

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 97.872/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/02/2014, DJe 17/02/2014).

"*DIREITO CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. EMPRESA DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS. METRO. AGRESSÃO. CASO FORTUITO. RESPONSABILIDADE AFASTADA.*

- Esta Corte já firmou entendimento de que, em caso de transporte coletivo de passageiros, como é o caso do metrô, 'o transportador só responde pelos danos resultantes de fatos conexos com o serviço que presta.

- A agressão sofrida pelo recorrido é fato inteiramente estranho ao

serviço de transporte em si, constituindo, assim, caso fortuito, a excluir a responsabilidade da empresa.

- Agravo não provido." (AgRg nos EDcl no REsp 1203535/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 25/04/2012).

Por conseguinte, não verificado que a ré praticou ato ilícito, não pode ser responsabilizada pelo fato ocorrido em suas dependências e, portanto, descabido o pedido de pagamento de indenização por danos morais e indenização pelo não cumprimento do contrato de transporte. A agressão sofrida pela autora é fato estranho ao serviço de transporte e constitui caso fortuito.

Destarte, o agravo interno da CPTM deve ser provido para que seja provido o recurso de apelação da ré, com a reforma da r. sentença, julgando-se improcedente o pedido formulado na ação de indenização. Deverá a autora arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 1.500,00, observada a gratuidade concedida.

Consequentemente, ficam prejudicados o recurso de apelação e agravo interno interpostos pela autora, vez que tinham como escopo a majoração do valor da indenização e da verba honorária.

Por fim, já é entendimento pacífico o de que não está obrigado o julgador a citar todos os artigos de lei e da Constituição Federal para fins de prequestionamento. Assim, ficam consideradas prequestionadas toda a matéria e disposições legais discutidas pelas partes.

Ante o exposto, pelo meu voto, acolhia o agravo interno da ré para dar provimento à apelação por ela interposta e julgava prejudicados o agravo interno e o recurso de apelação da autora.

PEDRO KODAMA, 3º Desembargador

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1010057-25.2015.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante J.S., são apelados S.C.M.S., M.C.O. e S.A.D.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.471)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS MARIO GALBETTI (Presidente sem voto), LUIZ ANTONIO COSTA e MARY GRÜN.

São Paulo, 15 de agosto de 2016.

RÔMOLO RUSSO, Relator

Ementa: Indenização. Responsabilidade civil decorrente de erro médico. Relação profissional médico-paciente. Sentença que, de plano, reconhece a prescrição da lesão. Irresignação. Conhecimento. Aplicabilidade do prazo quinquenal previsto no art. 27 do CDC e não daquele estabelecido no Código Civil. Prescrição da lesão afastada. Sentença reformada. Recurso provido.

VOTO

Da r. sentença (fls. 52/53) que reconheceu a prescrição trienal da pretensão e julgou improcedente a ação indenizatória, apela a vencida pleiteando a reforma do julgado.

Em suas razões recursais (fls. 56/63), alega que a ação não está prescrita, pois aplica-se à espécie, a prescrição de 5 anos, conforme art. 27 do CDC. Informa que houve um erro material na petição inicial, que a dada correta da retirada da gaze esquecida no corpo da autora é em verdade 29/07/2011.

Recurso isento de preparado e não respondido, pois não formada a lide processual.

Não houve oposição ao julgamento virtual (fls. 71).

É o relatório.

Merece guarida o apelo autoral.

Trata-se de ação de indenização por danos morais, ajuizada contra hospital e médicos, fundada em erro médico pelo esquecimento de gaze no interior do corpo da autora após realização de parto em 12/10/2010.

Não há elo contratual, residindo o pleito na responsabilidade civil extracontratual.

Deve se considerar, do caso concreto, a relação consumerista evidenciada pela prestação de serviços médicos hospitalares ao qual a autora foi submetida.

Tal situação jurídica está albergada pelo diploma consumerista, lei especial bem aplicada à espécie, sobretudo no que tange a matéria, conforme versa o art. § 4° do art.14 do diploma legal.

Aplica-se, portanto, o Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados por profissionais liberais, com as ressalvas nele contidas.

Acesso ao Sumário

Há de se considerar, desta feita, que a causa versa sobre a reparação de danos causados por fato do produto ou serviço, sendo forçosa a aplicação do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor.[1]

Ora, a autora foi submetida a procedimento cirúrgico para realização de parto em 12/10/2010, tendo ficado ciente do erro médico após a realização de exame papanicolau, sendo certo que o procedimento de retirada do material se deu em 29/07/2011 (fls. 48).

Nesses termos, malgrado não haja certeza da data na qual a autora tomou conhecimento do fato - ocasião na qual se dá início à contagem do prazo prescricional -, é certo que a pretensão indenizatória não está prescrita.

Ainda que consideremos a ciência dos fatos em data imediatamente posterior à realização do procedimento cirúrgico, ou seja, 13/10/2010, teríamos que pretensão indenizatória se extinguiria apenas em ***Out/2015***.

Em tendo sido a presente demanda ajuizada em 19/08/2015, conclui-se, portanto, correta a temática trazida pela apelante, de modo que se afasta a prescrição da lesão reconhecida na r. sentença.

Veja-se, por amostragem, que tal exegese é reiterada no C. STJ, *verbis*:

> "*A orientação desta Corte é no sentido de que aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos serviços médicos, inclusive no que tange ao prazo prescricional quinquenal previsto no artigo 27 do CDC" (AgRg no AREsp 204419/SP, Rel. Min. SIDNEI BENETI).*

Convêm ainda colacionar a ementa do EDcl no REsp 704272/SP de Relatoria da I. Ministra Maria Isabel Gallotti, *verbis*:

> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PROPÓSITO INFRINGENTE. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. ERRO MÉDICO. INDENIZAÇÃO. PRESCRIÇÃO. ARTIGO 27 DO CDC. PRECEDENTES. 1. A orientação jurisprudencial deste Superior Tribunal é no sentido de que se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos serviços médicos, inclusive no que tange ao prazo de prescrição quinquenal previsto no artigo 27 do CDC. 2. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento." (EDcl no REsp 704.272/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 15/08/2012).*

Em igualdade, nesta Corte, tem-se:

> *"Agravo de Instrumento - Indenização por erro médico - **Insurgência em relação a não declaração de prescrição - Incontroversa a aplicação do prazo quinquenal do art. 27 do CDC para o caso** - Controvérsia*

1 "*Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.*"

que se limita em determinar o termo inicial da contagem do prazo prescricional - Termo a quo contado a partir da ciência do paciente acerca da extensão do dano - Tese sobre data inicial defendida pelo agravante que não encontra elementos nos autos - Ação proposta em 23/03/2014 - Autora alega que tratamento feito com o réu durou até 2013 - Exames de outros especialistas que datam de setembro de 2013 - Juiz que ainda ressalvou na decisão recorrida que a questão da prescrição demanda deve ser melhor investigada - Havendo controvérsia não há que se declarar a prescrição, mas sim aprofundar a questão - Decisão mantida - Recurso improvido." (Relator(a): Silvério da Silva; Comarca: Presidente Prudente; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 09/06/2016; Data de registro: 20/06/2016)

"Agravo de instrumento. Ação de indenização. Erro médico. Decisão que rejeitou as preliminares de litisconsórcio passivo necessário e de prescrição. Inconformismo. ***Descabimento. Inexistência de prescrição. Relação de consumo. Incidência do art. 27, do CDC****. Inexistência de litisconsórcio passivo necessário no caso. Decisão mantida. Recurso improvido." (Relator(a): Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho; Comarca: Santo André; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 13/06/2016; Data de registro: 13/06/2016)*

"Agravo de instrumento. Ação de indenização. Erro médico. Decisão que rejeitou as preliminares de ilegitimidade passiva do hospital e prescrição, bem como inverteu o ônus da prova e determinou o custeio da perícia pelos réus. Inconformismo. Cabimento parcial. Inexistência de prescrição. Relação de consumo. Incidência do art. 27, do CDC. Legitimidade do hospital, responsável solidário pela alegada má prestação de serviço de médico por ele credenciado. Manutenção da inversão do ônus da prova. Prova pericial requerida por todas as partes. Rateio do custeio da perícia em partes iguais. Recurso parcialmente provido." (Relator(a): Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 02/06/2016; Data de registro: 02/06/2016)

Acesso ao Sumário

Não há que se falar em prescrição trienal da pretensão indenizatória (inc. V, § 3º do art. 206 do Código Civil), tendo em vista que o prazo prescricional aplicável na espécie é o quinquenal.

Não tendo sido formada a lide processual, a causa não está madura para julgamento por este E. Tribunal sendo inaplicável o art. 515, § 3º, do CPC/73.

Por esses fundamentos, meu voto dá provimento ao recurso de apelação para afastar a prescrição da lesão reconhecida na r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0187707-59.2010.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante VILLAGE 284 PARTICIPAÇÕES E COMÉRCIO DE VESTUÁRIO LTDA., são apelados HERMES INTERNATIONAL e HERMES SELLIER.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEXANDRE LAZZARINI (Presidente sem voto), JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO e ANGELA LOPES.

São Paulo, 16 de agosto de 2016.

COSTA NETTO, Relator

Ementa: DIREITOS AUTORAIS. Bolsas Hermès. Ação declaratória. Reconvenção. Pedido para que a autora se abstenha de produzir, importar, exportar, comercializar produtos que violem direitos autorais da Hermès sobre as bolsas Birkin ou qualquer outro produto de titularidade da Hermès. Preliminares de cerceamento de defesa. Sentença *extra petita*. Ausência de nomeação à autoria e ilegitimidade passiva. Preliminares afastadas.

DIREITOS AUTORAIS. Bolsas Hermès. Ação declaratória e Reconvenção. Reconvenção procedente - Bolsas Hermès constituem obras de arte protegidas pela lei de direitos autorais. Obras que não entraram em domínio público. Proteção garantida pela lei 9.610/98. A proteção dos direitos de autor independe de registro. Autora/reconvinda que produziu bolsas muito semelhantes às bolsas fabricadas pelas rés/reconvintes. Imitação servil. Concorrência desleal configurada. Aproveitamento parasitário evidenciado. Compatibilidade da infração concorrencial com violação de direito autoral reconhecida. Dever de a autora/reconvinda se abster de produzir, comercializar, importar, manter em depósito produtos que violem os direitos autorais da Hermès sobre a bolsa Birkin ou qualquer outro produto de titularidade das

Acesso ao Sumário

rés/reconvintes. Indenização por danos materiais e morais. Condenação mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 1779/1793, que julgou **(a)** a autora/reconvinda carecedora de ação quanto ao pedido condenatório de abstenção pelas rés/reconvintes de adoção de medidas restritivas contra a autora/reconvinda em face da industrialização e comercialização da "Bolsa 284" ou de qualquer outro produto caído em domínio público; **(b)** improcedente o pedido declaratório formulado pela autora/reconvinda, que visava o reconhecimento de inexistência de relação jurídica entre as partes derivada de suposta relação de direito autoral e/ou concorrência desleal; **(c)** confirmou decisão que antecipou os efeitos da tutela (fls. 98/100) e, **(d)** julgou procedente o pedido reconvencional para **(d1)** condenar a autora/reconvinda a se abster de produzir, importar, exportar, manter em depósito e/ou comercializar produtos que violem os direitos autorais da Hermes sobre a "Bolsa Birkin" ou qualquer outro produto de titularidade das rés/reconvintes e/ou que consistam em prática de concorrência desleal, sob pena de multa diária de R$ 10.000,00, limitada a RS 1.000.000,00; **(d2)** condenar a autora/reconvinda a informar e comprovar contabilmente a quantidade total de produtos contrafeitos produzidos e comercializados, para apuração dos danos materiais, no prazo de trinta dias, sob pena de busca e apreensão; **(d3)** condenar a autora/reconvinda ao pagamento de indenização pelos danos materiais decorrentes da contrafação e da prática de concorrência desleal, a ser apurada em liquidação por arbitramento, calculada de acordo com o benefício econômico obtido pela autora/reconvinda, acrescida de vinte por cento sobre o valor apurado, a título de indenização punitiva; **(d4)** condenar a autora/reconvinda ao pagamento de danos morais decorrentes da sua conduta, no valor de 50% do valor que vier a ser apurado a título de indenização pelos danos materiais, tudo a ser apurado em liquidação por arbitramento; **(d5)** condenar a autora reconvinda a divulgar, em jornal de grande circulação desta Capital, a prática de seus atos e o crédito ao autor da obra original e às rés/reconvintes, detentoras dos direitos patrimoniais sobre a obra, sob pena de multa de R$ 50.000,00. Por fim, nos termos do art. 106 da Lei 9.610/98, determinou a destruição de todos os exemplares ilícitos, cuja providência ficará a cargo das rés/reconvintes. Em razão da sucumbência, condenou a autora/reconvinda no pagamento das custas, despesas processuais, incluindo honorários periciais e honorários advocatícios, arbitrados em 15% sobre o valor da condenação, já consideradas a ação e reconvenção.

Os embargos de declaração opostos pela autora/reconvinda (fls. 1887/1896) foram rejeitados pela r. decisão de fls. 1897/1899.

Acesso ao Sumário

Irresignada recorre a autora/reconvinda pugnando, preliminarmente, pelo conhecimento do agravo de instrumento de n. 0063548-19.2011.8.26.0000 como agravo retido e pelo seu provimento. Pugna, também, pelo reconhecimento do cerceamento de defesa, pois não analisado o pedido de esclarecimento e de realização de segunda perícia formulado pela autora antes da r. sentença. Sustenta ser a r. sentença *extra petita* e, portanto, nula em relação à condenação quanto ao uso de forma plástica ornamental semelhante ao modelo de bolsa "Kelly". Preliminarmente, também, insurge-se contra a ausência de nomeação à autoria e ilegitimidade para invocarem a titularidade de direitos autorais, por falta de documento indispensável à propositura da ação reconvencional; ausência de tradução juramentada integral; inexistência de pedido juridicamente impossível. No mérito, sustenta que as normas internacionais não admitem a aplicação simultânea das leis autorais às obras de arte aplicada nos países em que haja proteção às obras pelas leis da propriedade industrial; inaplicabilidade do direito autoral ao caso; que as bolsas são protegidas por desenho industrial, mas as bolsas criadas em 1935 e 1984 encontram-se em domínio público no mundo todo; que o laudo de busca e apreensão é ineficaz; a inexistência de concorrência desleal; a inexistência de perdas e danos e a ausência de provas do prejuízo. Por fim, pretende seja reconhecida a litigância de má-fé das recorridas (fls. 1901/1947).

Comprovado o recolhimento do preparo (fls. 1948/1950), o recurso foi recebido somente no efeito devolutivo (fls. 1951).

Contrarrazões às fls. 1956/1973.

Petições de fls. 2107/2110; 2020/2022; 2143/2167.

É o relatório.

Síntese da demanda:

Village 284 Participações e Comércio de Vestuário Ltda. ajuizou ação declaratória contra Hermès Internacional, objetivando a declaração de inexistência de relação jurídica derivada da suposta relação de direito autoral e/ou de concorrência desleal noticiada pela ré em sua notificação extrajudicial, bem como a declaração de inexistência de proteção pelo direito do autor e/ou pela tipificação de concorrência desleal, devendo a ré se abster de quaisquer medidas restritivas contra a autora, com relação à industrialização e comercialização do produto "Bolsa 284", da linha "*I am not the original*", ou de qualquer outro produto caído em domínio público, sob pena de multa diária de R$ 10.000,00.

A ré apresentou contestação suscitando a necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário, porque a empresa Hermès Sellier é titular dos direitos autorais sobre o conjunto visual da bolsa Birkin, objeto da disputa. Sustentou que a autora objetiva lucrar por meio da usurpação da criatividade e originalidade alheias. Suscitou preliminar de pedido juridicamente impossível,

Acesso ao Sumário

ou seja, a proibição da ré impedir judicialmente a comercialização da réplica de sua obra, pois haveria afronta ao art. 5, incisos XXXIV e XXXV, da CF. No mérito, afirmou que a bolsa copiada é protegida pelo regime dos direitos autorais e que há concorrência desleal pela existência de cópia servil do produto (fls. 137/159).

A ré apresentou reconvenção pugnando pela formação de litisconsórcio ativo com a aceitação de Hermès Sellier e requereu a antecipação dos efeitos da tutela para determinar que a autora se abstenha de produzir, importar, exportar, manter em depósito e/ou comercializar produtos que violem os direitos autorais da Hermès sobre a bolsa Birkin ou qualquer outro produto de titularidade das rés/reconvintes e/ou que consistam em prática de concorrência desleal. Pediu que, ao final, seja confirmada a decisão para condenar a autora/reconvinda à abstenção daqueles atos, bem como condenada a informar e comprovar a quantidade total de produtos contrafeitos produzidos e comercializados, para apuração dos danos e condenação no pagamento de indenização por danos morais e materiais.

Foi proferida decisão antecipando os efeitos da tutela em favor das rés/reconvintes (fls. 98/100). Contra essa decisão foi formulado pedido de reconsideração que foi indeferido (fls. 113).

A autora/reconvinda apresentou contestação à reconvenção, afirmando ter cumprido a decisão que antecipou os efeitos da tutela. Suscitou preliminar de ausência das condições da ação, pois o pedido é juridicamente impossível e que a empresa Hermes Sellier é parte ilegítima. No mérito, negou a violação de direito de autor ou mesmo de marcas e patentes, afirmando que a bolsa caiu em domínio público; negou a ocorrência de concorrência desleal; negou a existência de perdas e danos e pleiteou a revogação da tutela antecipada (fls. 1427/1457).

As rés/reconvintes denunciaram fato novo, consistente na produção e comercialização da bolsa "Kelly 284" pela autora/reconvinda e pleitearam a busca e apreensão das bolsas que imitam seu produto (fls. 1665/1673).

Foi proferida decisão ampliando os efeitos da tutela concedida e deferindo a busca e apreensão das bolsas (fls. 1674/1675 e 1683).

Os peritos acompanharam a busca e apreensão e apresentaram laudo (fls. 1700/1721).

A r. sentença julgou **(a)** a autora/reconvinda carecedora de ação quanto ao pedido condenatório de abstenção pelas rés/reconvintes de adoção de medidas restritivas contra a autora/reconvinda em face da industrialização e comercialização da "Bolsa 284" ou de qualquer outro produto caído em domínio público; **(b)** improcedente o pedido declaratório formulado pela autora/reconvinte, que visava o reconhecimento de inexistência de relação jurídica entre as partes derivada de suposta relação de direito autoral e/ou concorrência desleal; **(c)** confirmou decisão que antecipou os efeitos da tutela (fls. 98/100)

Acesso ao Sumário

e, **(d)** julgou procedente o pedido reconvencional para **(d1)** condenar a autora/reconvinda a se abster de produzir, importar, exportar, manter em depósito e/ou comercializar produtos que violem os direitos autorais da Hermes sobre a "Bolsa Birkin" ou qualquer outro produto de titularidade das rés/reconvintes e/ou que consistam em prática de concorrência desleal, sob pena de multa diária de R$ 10.000,00, limitada a RS 1.000.000,00; **(d2)** condenar a autora/reconvinda a informar e comprovar contabilmente a quantidade total de produtos contrafeitos produzidos e comercializados, para apuração dos danos materiais, no prazo de trinta dias, sob pena de busca e apreensão; **(d3)** condenar a autora/reconvinda ao pagamento de indenização pelos danos materiais decorrentes da contrafação e da prática de concorrência desleal, a ser apurada em liquidação por arbitramento, calculada de acordo com o benefício econômico obtido pela autora/reconvinda, acrescida de vinte por cento sobre o valor apurado, a título de indenização punitiva; **(d4)** condenar a autora/reconvinda ao pagamento de danos morais decorrentes da sua conduta, no valor de 50% do valor que vier a ser apurado a título de indenização pelos danos materiais, tudo a ser apurado em liquidação por arbitramento; **(d5)** condenar a autora reconvinda a divulgar, em jornal de grande circulação desta Capital, a prática de seus atos e o crédito ao autor da obra original e às rés/reconvintes, detentoras dos direitos patrimoniais sobre a obra, sob pena de multa de R$ 50.000,00. Por fim, nos termos do art. 106 da Lei 9.610/98, determinou a destruição de todos os exemplares ilícitos, cuja providência ficará a cargo das rés/reconvintes. Em razão da sucumbência, condenou a autora/reconvinda no pagamento das custas, despesas processuais, incluindo honorários periciais e honorários advocatícios, arbitrados em 15% sobre o valor da condenação, já consideradas a ação e reconvenção.

Em sede recursal foram apresentadas as petições de fls. 2121/2123 e 2134/2139, atinentes a "fato novo (*sic*)" sobre questões registrárias que serão examinadas a seguir.

DAS PRELIMINARES SUSCITADAS PELA APELANTE:

A-) PELO CONHECIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO DE Nº 0063548-19.2011.8.26.0000 COMO AGRAVO RETIDO E PELO SEU PROVIMENTO - Há notícia do julgamento do agravo de instrumento nº 0063548-19.2011.8.26.0000 por este e. Tribunal, em 22 de novembro de 2011, tendo sido negado provimento ao recurso.

Prejudicada, portanto, a preliminar suscitada pela apelante.

B-) DO ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA – Pretende o reconhecimento de cerceamento de defesa, pois não analisado o pedido de esclarecimento e de realização de segunda perícia formulado antes da r. sentença.

De fato, correto o entendimento do MM. Juiz de primeiro grau que entendeu não ser o caso de realização de nova perícia, na medida em que os

fatos impugnados pela apelante restaram bem justificados pelo perito judicial.

Ademais, "*Só ao juiz cabe avaliar a necessidade de nova perícia (RT 829/245, JTJ 142/220, 197/90, 238/222).*" Assim: *"Sem que a parte interessada tenha impugnado oportunamente a qualificação do perito ou nomeado assistente técnico, não pode impor ao juiz a realização de nova perícia, apenas porque a primeira lhe foi desfavorável" (STJ-3ª T., REsp 217.847-PR, rel. Min. Castro Filho, j. 4.5.04, não conheceram, v.u., DJU 17.5.04, p. 212)* (*apud* THEOTONIO NEGRÃO e JOSÉ ROBERTO FERREIRA GOUVÊA. *Código de processo civil e legislação processual em vigor. 41ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, nota 20 ao art. 437, p. 544)*.

Afasta-se, portanto, a alegação de cerceamento de defesa.

C-) DA SUPOSTA NULIDADE DA R. SENTENÇA - Do mesmo modo, não há que se falar em sentença *extra petita*.

Não há que se falar em nulidade em relação à condenação quanto ao uso de forma plástica ornamental semelhante ao modelo de bolsa "*Kelly*". Isso porque, conforme já salientado pelo MM. Juiz *a quo* na r. decisão de fls. 1691/1692 "*O pedido reconvencional abrange qualquer outro produto de titularidade das reconvintes, não se limitando a um dos modelos de bolsa por elas fabricadas*".

Logo, totalmente possível a condenação com relação a outras formas ornamentais de bolsas semelhantes àquelas de titularidade das apeladas.

Dessa forma, impossível falar-se em sentença *extra petita*.

D-) DA AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO À AUTORIA E ILEGITIMIDADE PARA INVOCAR A TITULARIDADE DE DIREITOS AUTORAIS, POR FALTA DE DOCUMENTO INDISPENSÁVEL À PROPOSITURA DA AÇÃO RECONVENCIONAL E AUSÊNCIA DE TRADUÇÃO JURAMENTADA INTEGRAL.

Não prospera a alegação de irregularidades consignada pela apelante.

De fato, tratando-se de Direito Autoral, não se exige registro da obra para que se garanta a proteção jurídica. A criação formalizada é o título atributivo de direito de autor, conforme esclarece Carlos Alberto Bittar:

> "Em função do sistema instituído para o Direito de Autor e na sagração de regra da própria natureza, é no fenômeno da criação que resulta a atribuição de direitos sobre obras intelectuais.
>
> Trata-se, pois, de direito inerente à criação, instituído para a defesa dos aspectos apontados e que nasce com a inserção, no mundo material, de ideação sob determinada forma. Portanto, é com a ação do autor, ao plasmar no cenário fático a sua concepção - artística, literária ou científica - que se manifesta o direito em causa, revelando-se de início, sob o aspecto pessoal do relacionamento criador-obra."[1]

1 Direito de Autor. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994, p.29.

Ademais, no caso, por meio dos documentos de fls. 164/1319 ficou comprovada a titularidade das obras. Por isso, não há que se falar em ilegitimidade para invocar os direitos autorais.

A inexistência de tradução juramentada de todos os documentos juntados aos autos pelas apeladas não traz qualquer nulidade nos autos. Como bem esclarecido pelo MM. Juiz *a quo*, a leitura dos documentos não traduzidos não é imprescindível para a compreensão e deslinde da causa. Além disso, os documentos necessários para o entendimento dos fatos foram corretamente traduzidos.

No mais, ao contrário do alegado pela apelante, tanto a ação principal quanto a reconvenção possuem fundamentação na proteção decorrente de direitos autorais da apelada e na prática de concorrência desleal por parte da ora apelante, conforme disposto na própria sentença, fls.1787.

Nesse aspecto, inócuo o "fato novo", anunciado somente agora, em sede recursal, referente à anulação de registro pelo INPI, conforme disposto no art. 18 da Lei 9.610/98[2], que regula os direitos autorais no País.

Acrescente-se, nessa senda, a irrelevância para a hipótese vertente da anulação de ato registral no campo da propriedade industrial tendo em vista a prevalência da proteção jurídica à obra intelectual em relação à concessão - *ou negativa desta* - de quaisquer privilégios concernentes a direito industrial.

Nesse sentido a lição de José de Oliveira Ascensão:

"A obra é tutelada independentemente da proteção relativa à propriedade industrial, quer dizer, a tutela existe mesmo que haja tutela pelo Direito Industrial."[3]

Logo, afastam-se todas as irregularidades apontadas.

DO MÉRITO RECURSAL:

Em que pesem as razões recursais, o recurso não comporta provimento.

A pretensão das apeladas está fundada no direto de autor, cujo regime jurídico, repita-se, não exige registro da obra para garantia de proteção, conforme dispõe o art. 18 da Lei 9.610/98.

O art. 7º da Lei de Direitos Autorais em vigor (Lei nº 9.610/98), ao tratar das obras protegidas nos termos do *caput*, "*as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro*".

2 "Art.18. A proteção dos direito de que trata esta Lei independe de registro." Na esteira desse dispositivo legal, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou: "A proteção do direito de autor independe de registro, que é facultativo." (REsp. nº 655035/PR - Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª T., julgado 07/05/2007). No mesmo sentido: REsp nº 1380630/RJ - Min. Luiz Felipe Salomão, 4ª T., julgado em 13/10/2015.

3 Direito Autoral - 2ª ed., refundida e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 415.

Acesso ao Sumário

Oportuno lembrar que é possível a dupla proteção, tanto da Lei de Direito Autoral como pela Lei de Propriedade Industrial, em obras/criações que possuam ao mesmo tempo o caráter estético e a conotação utilitária, como explica Carlos Alberto Bittar[4]:

> "Conjugando-se esses elementos, desde a criação, é a obra integrada ao processo econômico, possibilitando a consecução de melhores efeitos na comercialização, cada vez mais dominada pela sofisticação dos mercados. De outro lado, inseparáveis esses caracteres opera-se a proteção da obra nos dois campos citados, reunidos os requisitos legais."

Nesse caminho, há que se fazer referência às chamadas "*obras de arte aplicadas*" que, por sua natureza, gozam de proteção simultânea, como lembra Delia Lipszyc[5]:

> "*Una creación puede ser uma obra artística y, al mismo tiempo, cumplir uma función utilitária o uma función ornamental em uma cosa material. Son obras de artes aplicadas las creaciones artísticas com funciones utilitárias o incorporadas a objetos de uso práctico, ya sean artesanales o bien producidas em escala industrial.*"

Prossegue a autora:

> "*(...) Por el principio de la unidad del arte se ha admitido que las obras de las artes aplicadas puedan gozar, a la vez, de las protecciones del derecho de modelos y diseños industriales y del derecho de autor. A este último no le interessa el destino de la obra, es decir, si está destinada exclusivamente a fines artísticos o culturales o si también puede ser aplicada para satisfacer fines utilitários.*"

No caso dos autos, oportunas foram as considerações feitas pelo MM. Juiz *a quo* ao observar que "*as bolsas produzidas pelas rés/reconvintes tem valor por sua natureza artística, servindo muito mais como objeto de adorno e ostentação, permanecendo seu aspecto funcional e utilitário em segundo plano*" (fls. 1789 - *sic*).

Nas palavras de Gama Cerqueira, "*A reprodução de uma obra de arte por processos industriais ou a sua aplicação à indústria não a desnaturam, não lhe tiram o caráter artístico*"[6].

Cabe observar que no elenco das obras protegidas do diploma legal brasileiro vigente para a matéria (*artigo 7º da Lei 9.610/98*) não foram especificadas (*o que não implica ausência de proteção, pois a relação é exemplificativa e não exaustiva*) as "*obras de arte aplicada, desde que seu valor artístico possa dissociar-se do caráter industrial do objeto a que estiverem*

Acesso ao Sumário

4 Direito de Autor. 2ª ed., Rio de Janeiro. Forense Universitária, 1994, p.20.

5 Derecho de autor y derechos conexos. Unesco. Cerlalc. Zavalia.1993, p.86.

6 Tratado da Propriedade Industrial, Rio, Forense, 1946, vol. I, pág. 292.

sobrepostas".[7]

Com efeito, no que tange ao Direito de Autor, não se desconhece que o bem jurídico protegido é a criação ou obra intelectual, qualquer que seja seu gênero, a forma de expressão, o mérito ou destinação, tendo a obra o caráter estético, revestido de certa originalidade[8].

Invoque-se, a respeito, a lição de Silmara Juny de Abreu Chinellato, respeitada autoralista, Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo:

> "(...) a tônica do significado de originalidade é singularidade, inovação, individualidade, criação, e nesse sentido é que deve ser entendida a obra para gozar da proteção do Direito de Autor."[9]

Alerta a jurista:

> "*O elenco de obras protegidas é apenas exemplificativo, bastando que a criação intelectual artística, literária ou científica tenha originalidade, ainda que relativa, e esteja plasmada em suporte material (corpus mechanicum) como, por exemplo, na forma escrita, aúdio, áudio-visual etc., ressalvando- se sempre a originalidade.*"[10]

Nesse contexto, os artigos e acessórios de moda, uma vez originais em sua forma de expressão, são considerados criações artísticas, no mundo industrial e globalizado.

Na hipótese *sub judice*, as características singulares impressas nas bolsas *Hermès* as tornaram mundialmente conhecidas como sinônimo de elegância e de beleza.

O diferencial criativo de sua forma de expressão encontra-se, fundamentalmente, na comunhão de traçados e cores que conferem às bolsas (*obra final*) características ímpares, que as transformaram em objeto de desejo no mercado da moda.

Esse *status*, mundialmente alcançado pelas criações das bolsas Hermès, merecem notório reconhecimento e proteção legal.

7 Texto que constava do inciso XI do artigo 6º da Lei 5.988/73, não reeditado pela Lei 9.610, de 1998. A respeito NEWTON SILVEIRA ensina que "*o caráter industrial da criação não pode servir de elemento diferenciador entre as criações industriais e as artísticas, nem a industrialização pode desnaturar o caráter artístico de uma obra*". Direito de Autor no desenho industrial. RT, São Paulo, 1982, *p. 95*.

8 Henry Desbois utiliza e explica a expressão "originalidade da forma" afirmando que: "A forma, sob a qual a ideia é apresentada, confere uma exclusividade, uma condição de ser original"("*Seule, la forme, sous laquelle l'idée a été présentée, donne prise à une exclusivité, à condition d'être originale*"). Le Droit D'Auteur en France. Deuxième Edition entièrement refondue. Dalloz, p.4.

9 Chinellato, Silmara Juny de Abreu. Violações de direito autoral: plágio, "autoplágio" e contrafação. *In* Direito Autoral atual. Coordenação Geral: José Carlos Costa Netto; coordenação nacional: Maria Luiza de F.V. Egea, Larissa A. Carasso; coordenação internacional: Anita Mattes e Leonardo M. Pontes - 1ª ed. Rio de Janeiro. Elsevier, 2015, p.206.

10 Op.cit.p.205.

Acesso ao Sumário

Há que se ressaltar, também, que, no mercado em que se inserem os produtos das apeladas, o fator "*beleza*" - *como elemento estético original* - é decisivo para consolidar a trajetória de êxito desses produtos nesse competitivo ramo comercial.

E, embora, não se desconheça que o conceito de beleza seja de difícil apreensão, Umberto Eco, citando o célebre escritor francês Victor Hugo[11], traz relevante contribuição ao tema ao resumir "*o belo*", humanamente falando, como a "*forma considerada em sua relação mais elementar, em sua simetria mais absoluta, em sua mais íntima harmonia com o nosso organismo (...)*".[12]

Assim, ao contrário do alegado pela apelante, é inegável que as bolsas Hermès são criações artísticas originais, de cunho estético, incluindo-se no âmbito da proteção jurídica do Direito Autoral.

E nesse sentido, insofismáveis, na hipótese dos presentes autos, as seguras e categóricas conclusões dos vistores oficiais no elucidativo laudo (fls. 1709/1721):

> "*Os exames comparativos revelaram que as bolsas apreendidas da requerente, imitam os elementos que constituem e caracterizam a concepção criativa de conjunto das bolsas 'Birkin' e 'Kelly' da requerida.*
>
> *De fato, observou a pericia que as questionadas bolsas apreendidas foram produzidas retratando, ainda que de forma grotesca, os mesmos elementos característicos de criatividade e originalidade das bolsas 'BIRKIN' e 'KELLY' que lhes conferem a proteção amparada pelo Direito de Autor.*
>
> *Os exames realizados pela pericia demonstram que os elementos característicos de criatividade e originalidade das bolsas HERMÈS - 'BIRKIN' e 'KELLY', que lhes conferem identidade própria, são os mesmos utilizados nas bolsas apreendidas de VILLAGE 284, razão, razão pela qual constituem produtos de imitação.(...)*"

Além disso, não se deve perder de vista que o caráter intencional de imitação das bolsas, é evidenciado pelo uso, por parte da recorrente, da expressão "*I am not de original!*" que, *além de alertar (e confessar) que se trata de cópia, atrai o consumidor que deseja e quer adquirir bolsa original das apeladas, preferindo, entretanto, pagar bem menos por uma cópia ilícita*.

Acesso ao Sumário

---

11 Acrescente-se que Victor Hugo foi criador e presidente honorário da *ALAI* (*Association Littéraire et Artistique Internationale*), criada em 1878, em Paris, França. Atuante até hoje, a *ALAI* teve como objetivo inicial a criação de uma convenção internacional para a proteção dos direitos de autor de obras literárias e artísticas, emergindo, desse esforço, em 1886, a Convenção de Berna e suas revisões. A *ALAI* se consolidou como a organização não governamental mais importante, no plano mundial, no estudo científico da matéria e sua consequente evolução segura na defesa jurídica dos autores e suas obras intelectuais.

12 O ocaso do belo. *In* História da Feiura. Organização Umberto Eco - tradução Eliana Aguiar. 4ªed.- Rio de Janeiro, Record: 2015, p.281.

Nesse caminho, da análise das provas acostadas aos autos, resulta inequívoco o uso ilegal da criação produzida pelas apeladas, com impróprio aproveitamento econômico.

Isso porque, ficou comprovado que as bolsas produzidas pela apelante são imitações, reproduções praticamente idênticas das bolsas das apeladas.

Nem se alegue, ainda, que a obra teria entrado em domínio público,[13] pois aplicável ao caso o disposto no art. 41 da Lei 9610/98[14].

A prova documental deixa claro o propósito, da apelante, de imitação servil dos produtos das apeladas, com evidente prejuízo das mesmas.[15]

A apelante se apropriou indevidamente da criação/obra alheia, para se promover, com nítido aproveitamento econômico, lançando a coleção "*I am not the original!*".

Como bem concluiu o MM. Juiz *a quo*, "*houve violação da proteção garantida aos direitos autorais para as obras das rés/reconvintes denominadas 'Bolsas Birkin' e 'Bolsa Kelly' e a comercialização dos produtos da autora/reconvinda que imitam aqueles produtos das rés/reconvintes constitui prática comercial desleal pelo aproveitamento parasitário, mediante uso de cópia servil, causando danos em decorrência da diluição das características distintivas dos produtos das rés/reconvintes*" (fls. 1791- *sic*).

Ao tratar da tese da repressão ao aproveitamento parasitário, Maurício Lopes de Oliveira, observa:

> "*A aplicação da tese permite a condenação de qualquer usurpador de valor econômico de terceiro, mesmo não concorrente, que, agindo de forma predatória, reduz investimentos materiais e intelectuais de sua iniciativa, ganhando tempo e esquivando-se de riscos: enfim, locupletando-se à custa de outrem.*
>
> *O parasitado é o criador econômico; o parasita, o estranho que tira proveito, sem contrapartida dos investimentos do parasitado.*
>
> *A repressão do aproveitamento parasitário se sustenta na responsabilidade civil, o mesmo instituto sobre o qual foi construída a teoria da repressão*

13 Cumpre lembrar que o domínio público se instala em relação à determinada obra intelectual em duas situações: (a) quando o autor é desconhecido (inexiste, destarte, a titularidade de direito autoral), e (b) a partir do falecimento do autor, quando não deixa sucessores, ou quando deixa, vencido o prazo de 70 anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua morte (cessa, assim, a titularidade patrimonial privada) (arts. 41 e 45 da Lei 9.610/98).

14 Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subseqüente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.

15 A contrafação, na acepção genérica, consiste em qualquer utilização não autorizada de obra intelectual. Na definição de "contrafação" contida no art. 4º, inciso VII da Lei 9.610/98, consta apenas a expressão "a reprodução não autorizada" e, por isso, segundo alguns especialistas, encontra-se incompleta. Assim, adota-se a expressão ampla "utilização", em vez de somente "reprodução".

Acesso ao Sumário

da concorrência desleal."[16]

Ao analisar caso semelhante, consignou-se no v. acórdão, por votação unânime, de relatoria do eminente Desembargador Ênio Zuliani:

> *"a segurança de um aparato diferenciador de produtos não está baseada somente na necessidade de proteger pessoas incultas e ignorantes, mas, sim, na regulamentação da atividade construtiva, evitando que cópias e plágios fiquem imunes diante dos prejuízos das marcas notórias e vencedoras. Embora a ética do comércio permita abrandar conceitos, para que o rigor no exame das iniciativas produtivas não emperre a máquina de investimentos, fundamental para a circulação da riqueza, não pode ser tolerada a deslealdade que, em algumas vezes, é exteriorizada pela cópia de produtos estigmatizados pela atividade da empresa concorrente". (TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 281383-4/2-00, j.15.02.2007).*

A Convenção da União de Paris, mencionada inclusive pelo TRIPS, em seu artigo 10, estabelece que os países devem oferecer proteção efetiva contra a concorrência desleal, caracterizada pela prática desonesta do comércio, principalmente a prática de atos que promovam a confusão com produtos concorrentes e alegações falsas relacionadas aos concorrentes:

> "*Artigo 10, bis*. Os países contratantes serão obrigados a assegurar a todos os cidadãos dos países da União uma proteção efetiva contra concorrência desleal.
>
> Constitui ato de concorrência desleal todo ato de concorrência contrario às práticas honestas em matéria industrial ou comercial.
>
> Deverão ser especificamente proibidos:
>
> 1º todos e quaisquer fatos suscetíveis de criar confusão, qualquer que seja o meio empregado, com os produtos de um concorrente;(...)"

Nessa senda, o inciso III do art.195 da Lei de Propriedade Industrial (9.279/96) condena práticas desleais ao dispor:

> "Art.195. Comete crime de concorrência desleal quem:
>
> (...)
>
> III-emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio a clientela alheia".

Por consequência, a reparação dos danos causados pelo ato da concorrência desleal é prevista, expressamente no art. 209, da Lei 9.279/96,[17] e sua efetiva

Acesso ao Sumário

16 Direito de Marcas. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2004, páginas 111-112.

17 Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no

compatibilidade com o âmbito das violações de direitos autorais é inequívoca como, inclusive, já decidiu o STJ - Superior Tribunal de Justiça em acórdão recente (*19.04.2016*), de relatoria do Ministro Raul Araújo[18], prestigiando o judicioso aresto deste Tribunal de Justiça de São Paulo, de relatoria do Desembargador José Carlos Ferreira Alves que concluiu: *"Portanto, resta nítido que os produtos das partes são similares e que a comercialização da boneca 'Lucky Mommy' pela ré* ***configura violação de direitos autorais e concorrência desleal*** *em face das bonecas 'Pequeno Amor' e 'Neném Lu'"*[19] (*destacado*).

Irretocável, portanto, a r. sentença de primeiro grau.

No concernente aos danos morais, a doutrina anota que a reparação dos danos deve pautar-se pela observância das funções da responsabilidade civil, classicamente: reparatórias ou compensatórias (*esta quando se tratar em dano moral*), sancionatória ou punitiva e dissuasória ou preventiva.

Corrobora esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 1.317.861 - PR (2012/0068814-2), em recente acórdão proferido pelo Ministro João Otávio de Noronha, publicado em 11.05.2016.[20]

Na hipótese vertente, a quantificação reparatória frente à violação dos direitos morais praticados, especialmente quando envolve, como neste caso, atividades empresariais e comerciais ilícitas, deve se relacionar estreitamente com a abrangência da operação ilícita que consiste, basicamente, na repercussão econômica da violação para o ofendido, ou seja, o seu prejuízo, tanto na esfera dos danos emergentes quanto na dos lucros cessantes sofridos. Nesse caminho, mais adequado do que se buscar um valor fixo, aleatório, a título de indenização por dano moral, será vincular essa quantificação reparatória ao âmbito de tais prejuízos, estabelecendo-se dentro de critérios compensatórios à vítima e penalizadores ao ofensor, com razoabilidade, um agravante percentual (*como o fez escorreitamente a r. sentença recorrida*) ou multiplicador, conforme as nuances do caso concreto.

Andou bem, também, a r. sentença no respeitante à condenação da apelante em danos punitivos.

Referindo-se à influência do direito norte-americano, o renomado jurista Carlos Fernando Mathias de Souza leciona que:

> "*(...) punite damages (ao pé da letra indenizações punitivas) diz-se a indenização por dano, em que é fixado valor com o objetivo a um só tempo de desestimular o autor à prática de outros idênticos danos e a servir de exemplo para que as demais pessoas também assim se*

comércio.

18 AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 866.986-SP (2016/0039573-4).

19 Acórdão de 12.08.2014, por votação unânime, (*TJSP*), na apelação nº 0001035-06.2012.8.26.0315.

20 Terceira Turma, j.11/5/2016.

Acesso ao Sumário

conduzam", acrescentando "*ainda que não muito farta a doutrina brasileira no particular, tem ela designado as 'punitive damages' com a 'teoria do valor do desestímulo', posto que, repita-se em outras palavras, a informar a indenização, está a intenção punitiva ao causador do dano e de modo a que ninguém queira expor-se a receber idêntica sanção*"[21].

Nesse contexto, DÉLIA LIPSZYC aponta a influência do direito norte-americano também em relação aos denominados "*actual damages and profits" (danos efetivos e lucros): "que consistem na faculdade do titular do direito (copyright owner), de recuperar os direitos efetivos que tenha sofrido com a infração assim como adjudica todos os benefícios obtidos pelo infrator*"[22].

A criticável tendência de parte da doutrina de desconsiderar a inserção, na composição reparatória civil, do caráter de penalização do agente, direcionando-a exclusivamente para o âmbito do direito penal, cai por terra, entre outras razões, pela possibilidade jurídica aberta em nosso regime legal desde 1916 e reeditada pelo Código Civil vigente (*artigos 921 e 408 respectivamente*) e, amplamente praticada, de incorporação da "*cláusula penal*" - *embora de natureza diversa à punição do agente aplicada no campo do direito penal* - no instrumento contratual que, frequentemente, é expresso entre as partes que o estabelecido nessa modalidade de cláusula (*normalmente a fixação de multa*) é independente da completa reparação do dano causado pela obrigação inadimplida.

Nesse quadro, teríamos de um lado (*adotando-se a indenização com caráter sancionatório*) a possibilidade de "*enriquecimento injustificado*" da vítima e, do outro (*na hipótese de indenização sem o elemento punitivo*) o "*enriquecimento ilícito*" do infrator. Qual dessas seria a solução justa para a diretriz reparatória do dano? Tratando dessa matéria, ANTONIO CHAVES comenta que "*quando um editor reproduz ilegítima e intencionalmente passagens de uma obra protegida, sem ter pedido a autorização ao titular do direito, desse fato já decorre que o editor tem um interesse todo particular em proceder à reprodução. Do contrário, não se tornaria culpado de tal infração das suas obrigações profissionais e da lei penal. Em cada caso particular não é possível provar o montante do enriquecimento, que não consiste senão no benefício líquido realizado pelo autor da lesão. Pode-se desde logo admitir que esse proveito representa diversas vezes a retribuição que o violador teria pago aos autores se estes tivesse autorizado a reprodução*".[23]

Com efeito, o simples pagamento, pelo infrator ao titular do direito de autor violado, do valor correspondente aos exemplares contrafeitos - *mesmo que ao preço de mercado das reproduções legítimas* - não representa a íntegra

Acesso ao Sumário

21 Direito Autoral - Legislação Básica, Brasília, Brasília Jurídica, 1998, p.55.

22 Derecho de Autor Y Derechos Conexos. Buenos Aires. Unesco, p.574.

23 Direito de Autor. Artigo publicado na Revista dos Tribunais nº 387, pag.68 Jan.1968.

da reparação indenizatória devida em decorrência da violação. Nesse caminho a segura jurisprudência do STJ - Superior Tribunal de Justiça:

> 1. "A pena pecuniária imposta ao infrator não se encontra restrita ao valor de mercado dos programas apreendidos. Inteligência do art. 102 da Lei 9.610/98 - '*sem prejuízo da indenização cabível.*' - *na fixação do valor da indenização pela prática da contrafação*" (REsp 1.136.676 - RS, Rel. Min. Nancy Andrighi)
>
> 2. O simples pagamento, pelo contrafator, do valor de mercado por cada exemplar apreendido, não corresponde à indenização pelo dano causado decorrente do uso indevido, e muito menos inibe a sua prática."[24]

Destaque-se, em conclusão, que grande parte dessa lúcida orientação jurisprudencial decorre do emblemático acórdão do Supremo Tribunal Federal , de relatoria do Ministro Victor Nunes Leal, proferido há mais de cinquenta anos que, precursoramente consignou que:

> "(...) ficaria abalado esse sistema lega se a reprodução fraudulenta ou ilícita desse lugar apenas a uma reparação pecuniária equivalente ao que ela receberia, se houvesse concordado com a reprodução. A consequência do ato vedado não pode ser a mesma do ato permitido, sobretudo quando há implicações de ordem moral...".[25]

Nessa via, impecável a r. sentença ao impor a condenação da apelante, a qual fica inteiramente mantida, nos seguintes termos:

a) a se abster de produzir, importar, exportar, manter em depósito e/ou comercializar produtos que violem os direitos autorais da Hermes sobre a "Bolsa Birkin" ou qualquer outro produto de titularidade das rés/reconvintes e/ou que consistam em prática de concorrência desleal, sob pena de multa diária de R$ 10.000,00, limitada a RS 1.000.000,00; **(b)** condenar a autora/reconvinda a informar e comprovar contabilmente a quantidade total de produtos contrafeitos produzidos e comercializados, para apuração dos danos materiais, no prazo de trinta dias, sob pena de busca e apreensão;[26] **(c)** condenar a autora/reconvinda ao pagamento de indenização pelos danos materiais decorrentes da contrafação e da prática de concorrência desleal, a ser apurada em liquidação por arbitramento, calculada de acordo com o benefício econômico obtido pela autora/reconvinda, acrescida de vinte por cento sobre o valor apurado, a título de indenização punitiva; **(d)** condenar a autora/reconvinda ao pagamento de

24 REsp. nº 1.185.943/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe. 18/2/2011).

25 Acórdão de 06.12.1965, por votação unânime da Primeira Turma do STF, no Recurso Extraordinário nº 56.904, RJTJ 38, p.271.

26 Registre-se também que a apuração deverá ser pautada no preço de mercado dos produtos legítimos (*originais*), aplicando-se a regra do paragrafo único do art. 103 da Lei 9.610/98 que estabelece: "*Não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de três mil exemplares, além dos apreendidos.*"

Acesso ao Sumário

danos morais decorrentes da sua conduta, no valor de 50% do valor que vier a ser apurado a título de indenização pelos danos materiais, tudo a ser apurado em liquidação por arbitramento; **(e)** condenar a autora reconvinda a divulgar, em jornal de grande circulação desta Capital, a prática de seus atos e o crédito ao autor da obra original e às rés/reconvintes, detentoras dos direitos patrimoniais sobre a obra, sob pena de multa de R$ 50.000,00. Por fim, nos termos do art. 106 da Lei 9.610/98, determinar a destruição de todos os exemplares ilícitos, cuja providência ficará a cargo das rés/reconvintes. Em razão da sucumbência, condenar a autora/reconvinda no pagamento das custas, despesas processuais, incluindo honorários periciais e honorários advocatícios, arbitrados em 15% sobre o valor da condenação, já consideradas a ação e reconvenção.

Ante o exposto, **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0083948-48.2011.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CRISTIANE GISELI NERIS PIRES FERREIRA, são apelados MARIA DO AMPARO RODRIGUES DA SILVA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) e JOSÉ CLAUDIO DA SILVA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, na parte conhecida. V.U." , de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº: 23410)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (Presidente sem voto), CARLOS ALBERTO DE SALLES e DONEGÁ MORANDINI.

São Paulo, 18 de agosto de 2016.

VIVIANI NICOLAU, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL. VÍCIOS REDIBITÓRIOS. Ação de obrigação de fazer c.c. reparação de danos. Sentença de procedência parcial. Inconformismo da ré. CERCEAMENTO DE DEFESA. Dispensa de produção de prova oral e indeferimento de quesitos adicionais à perícia, que não implicam em cerceamento de defesa, uma vez presentes nos autos

elementos suficientes para formar o convencimento do julgador. Aplicação do Enunciado nº 9 desta Câmara. PRELIMINARES DE DECADÊNCIA, PRESCRIÇÃO E ILEGITIMIDADE PASSIVA. Preclusão. Preliminares analisadas e afastadas pela decisão saneadora, prolatada na vigência do CPC/1973, em face da qual não foi interposto recurso. Sistemática de preclusão das decisões interlocutórias. Recurso não conhecido neste ponto. RESPONSABILIDADE DA RÉ PELOS VÍCIOS REDIBITÓRIOS. Laudo pericial constatou que os defeitos verificados são estruturais e construtivos, já existentes à época da celebração do negócio, ainda que seus efeitos tenham se manifestado em momento posterior. Responsabilidade da vendedora que representa garantia de ordem especial, imposta por Lei. DANOS MORAIS. Devida indenização pelos danos morais sofridos, diante das peculiaridades do caso concreto. Valor mantido em R$ 10.000,00. Sentença mantida. Sucumbência da apelante, que deverá arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios dos representantes das rés, mantidos em 10% sobre o valor da condenação. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO, NA PARTE CONHECIDA.

VOTO

MARIA DO AMPARO RODRIGUES DA SILVA e **JOSÉ CLÁUDIO DA SILVA** ajuizaram *ação de obrigação de fazer c.c. reparação de danos* em face de **CRISTIANE GISELE NERIS PIRES FERREIRA**, **ALEXANDRE AUGUSTO FERREIRA** e **CAIXA SEGUROS S/A**, cujos pedidos foram **julgados parcialmente procedentes** com relação à corré "CRISTIANE", pela r. sentença de fls. 338/347. A corré foi condenada ao pagamento das custas, despesas processuais, honorários periciais e honorários advocatícios da parte contrária, arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.

Apela a **CORRÉ** "Cristiane", alegando, em síntese:

(i) que houve cerceamento de defesa, uma vez o Magistrado *a quo* indeferiu a produção de prova oral e a remessa dos autos ao perito para resposta a quesitos complementares; **(ii)** que teria ocorrido a decadência do direito da autora, uma vez que ultrapassado o prazo previsto no art. 445 do Código Civil;

Acesso ao Sumário

(iii) que teria ocorrido prescrição; **(iv)** que seria parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação, pois os vícios constatados pela perícia dizem respeito a patologias construtivas, de modo que deveriam ser reparados pela proprietária anterior do bem, responsável por sua construção; **(v)** que a autora deixou de comprovar a data em que os danos foram verificados no imóvel; **(vi)** que não estaria demonstrado o nexo causal; **(vii)** que não estariam comprovados os danos morais, ou subsidiariamente, que o valor da condenação comportaria redução (fls. 354/391).

O recurso foi devidamente preparado (fls. 392/393), recebido (fls. 398) e contrariado (fls. 401/405).

As partes foram intimadas da possibilidade de julgamento virtual, nos termos da Resolução nº 549/2011, **e <u>não houve oposição</u>** (fls. 419).

É O RELATÓRIO.

O recurso é desprovido, na parte conhecida.

1. Breve síntese.

A presente demanda, consoante relatório da r. sentença, ora adotado, funda-se nos seguintes fundamentos de fato e de direito:

> *"Aduzem os autores, em síntese, que em outubro de 2008 adquiriram o imóvel descrito na inicial, mediante financiamento bancário e, na ocasião, celebraram contrato de seguro residencial com a Caixa Seguros. Afirmam que à época do negócio o imóvel aparentava estar em boas condições, contudo, cerca de seis meses depois, a edificação passou a apresentar vícios graves, tais como umidade, rachaduras nas paredes e problemas na fiação elétrica. Narram que procuraram a seguradora pleiteando a realização dos reparos necessários, o que foi recusado sob alegação de que os problemas não contavam com cobertura contratual. Procuraram, ainda, os antigos proprietários, os aqui corréus, que também se negaram a assumir a responsabilidade. Discorrem sobre o dever dos réus de reparar os danos existentes no imóvel, bem como os de ordem moral advindos da frustração experimentada. Requer sejam os réus condenados ao pagamento de indenização por danos morais, bem como a realizar reforma no imóvel, ou arcar com o custo equivalente."* (fls. 338).

A decisão saneadora de fls. 262/263 afastou as preliminares levantadas em contestação, e reconheceu a ilegitimidade passiva dos corréus "Caixa Seguros" e "Alexandre Augusto Ferreira", permanecendo no polo passivo da ação somente a ora apelante.

Observa-se que não foi interposto recurso em face desta decisão.

A sentença recorrida julgou **<u>parcialmente procedente</u>** a ação com relação à corré "Cristiane", condenando-a ao pagamento do valor necessário

para realização dos reparos no imóvel da autora, a ser apurado em liquidação, bem com ao pagamento de indenização por danos morais, arbitrada em R$ 10.000,00. A corré foi condenada a arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios do representante dos autores, arbitrado em 10% sobre o valor da condenação.

2. Das preliminares.

2.1. Do cerceamento de defesa.

A apelante afirma que a sentença recorrida teria implicado em cerceamento de defesa, uma vez que o Magistrado *a quo* indeferiu seu pedido de apresentação de novos quesitos para a perita, bem como que não foi determinada a realização de audiência para a produção de prova testemunhal, conforme pleiteado.

Contudo, não há que se falar em cerceamento de defesa. A apelante afirma que pretendia, por meio da produção de prova testemunhal, demonstrar a preexistência dos defeitos constatados no momento em que adquiriu o imóvel.

Contudo, não ficou claro dos autos qual seria a excepcional relevância desta prova testemunhal para a solução do caso concreto.

Demais disso, a oitiva de testemunhas era desnecessária, uma vez que a causa já estava suficientemente instruída para prolação da sentença.

Com relação a este ponto, aplica-se o **Enunciado nº 9** desta Câmara, *verbis*:

> *"Pacificado que, sendo o juiz o destinatário da prova, somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não de sua realização. Havendo nos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do julgador, inocorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a lide. Aplicação da Teoria da Causa Madura".*

Com relação à alegação de que foi impedida da apresentação de novos quesitos à perita, verifica-se que tais quesitos foram formulados, pela apelante, na manifestação de fls. 326/336.

A decisão que indeferiu a remessa dos autos à *expert* para nova manifestação foi publicada em 27/05/2015 (fls. 349), na vigência do diploma processual anterior, no qual vigorava sistemática de preclusão das decisões interlocutórias. Contudo, não foi interposto qualquer recurso em face desta decisão, no momento oportuno, não cabendo à ré expressar seu inconformismo em sede de apelação.

Desta forma, forçoso reconhecer a preclusão da decisão interlocutória que indeferiu o pedido de nova manifestação da perita.

Como quer que seja, os novos quesitos formulados (fls. 336) visam questionar se os danos constatados no telhado do imóvel seriam provenientes de reforma realizada no prédio vizinho, hipótese que já foi refutada expressamente

Acesso ao Sumário

pelo laudo pericial (fls. 335).

Portanto, a preliminar arguida fica rejeitada.

2.2. Das preliminares de decadência, prescrição e ilegitimidade passiva.

A apelante afirma que teria ocorrido decadência do direito dos autores de exigir indenização pelos danos constatados no imóvel, nos termos do art. 445 do Código Civil. Sustenta, ainda, a ocorrência de prescrição da pretensão à reparação pleiteada, uma vez que a ação fora proposta mais de três anos após a celebração do negócio, bem como que seria parte ilegítima para responder à presente ação.

Contudo, neste ponto o recurso não comporta conhecimento. As preliminares mencionadas foram afastadas, de forma fundamentada, pela decisão saneadora de fls. 262/263 e versos, publicada em **05/07/2013** (fls. 267).

Em face desta decisão, igualmente, não houve interposição de recurso no momento oportuno, sobrevindo seu trânsito em julgado.

Desta forma, nova discussão acerca das preliminares de decadência, prescrição e ilegitimidade não tem cabimento, uma vez que tais hipóteses já foram definitivamente afastadas do caso em tela.

Portanto, neste ponto, não se conhece do recurso.

3. Do mérito.

3.1. Da responsabilidade da apelante pelos vícios demonstrados.

A ré afirma, em seu apelo, que não poderia ser responsabilizada pelos vícios apontados na inicial, uma vez tratar-se de vícios de construção, conforme apontado pela perícia judicial (fls. 320). Alega que não ficou demonstrada nos autos a existência de nexo causal entre sua atuação e o dano experimentado pelos autores, de modo que não poderia ser obrigada ao pagamento de indenização.

Contudo, o recurso também não prospera neste ponto.

Os vícios ocultos alegados na inicial ficaram demonstrados no laudo pericial. Trata-se de defeitos estruturais decorrentes do tipo inadequado de fundação (fls. 339), os quais ocasionam as trincas e fissuras que levam às infiltrações.

Conforme apontou a *expert* do Juízo, os vícios constatados no imóvel já existiam na época em que este foi adquirido pelos autores, contudo, não foram imediatamente constatados por se tratar de época de poucas chuvas (fls. 337). Acrescentou, ainda, que na ocasião da venda, o imóvel havia sido submetido a reforma estéticas, capazes de esconder os problemas estruturais, que voltaram a se manifestar posteriormente (fls. 338).

Assim, como bem entendeu o Magistrado sentenciante, há elementos suficientes nos autos para concluir que a vendedora tinha conhecimento dos vícios do imóvel na ocasião de sua alienação.

Acesso ao Sumário

De qualquer forma, não há que se falar em ausência de nexo causal. A responsabilidade da ré pelos vícios constatados, no caso em tela não provém diretamente de sua ação ou omissão, mas do fato de ter figurado no contrato, na condição de vendedora do bem, nos termos do art. 443 do Código Civil.

De acordo com a lição de **ORLANDO GOMES**, a responsabilidade pelo vício redibitório representa uma garantia de ordem especial, imposta pela lei, à qual não se aplicam as regras da teoria geral da responsabilidade civil ("*Contratos*", 26ª ed. atualizada, Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 113).

Com o pagamento do preço, o adquirente deve ter assegurado seu direito à utilidade daquele objeto adquirido, de modo que esta é garantida pelo alienante, independentemente dos elementos de responsabilidade civil subjetiva.

Portanto, demonstrada a responsabilidade da ré pelos vícios redibitórios do imóvel, deve ser mantida a r. sentença.

O valor da condenação deverá ser apurado em sede de liquidação, conforme determinado pela r. sentença.

3.2. Dos danos morais.

A apelante se insurge quanto à condenação ao pagamento de indenização por danos morais. Afirma que o prejuízo moral não ficou demonstrado no caso em tela.

Contudo, conforme bem entendeu o Magistrado *a quo*, peculiaridades do caso concreto indicam que não houve um simples aborrecimento.

SÉRGIO CAVALIERI FILHO ("*Programade Responsabilidade Civil*", Malheiros, 2ª ed., n. 19.4) afirma que "*só deve ser reputado dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada está fora da órbita do dano moral*".

Para que se possibilite indenização por dano moral, é necessário que ocorram os pressupostos da responsabilidade civil, ou seja, o dano moral indenizável exige a conjugação de fatores (dano, ilicitude e nexo de causalidade).

O dano moral tem por escopo indenizar quem efetivamente sofreu angústia, desgosto ou passou por situação vexatória; algo que efetivamente macula a dignidade da pessoa.

Entendo presentes, no caso concreto, esses requisitos, porque os autores se viram obrigados a habitar um imóvel eivado de vícios construtivos e infiltrações. Os autores ainda terão que conviver com as obras que serão realizadas para correção de tais problemas. A situação ultrapassa o limite do mero aborrecimento decorrente de inadimplemento contratual.

Acesso ao Sumário

Neste sentido já entendeu este Tribunal em caso semelhante:

"*Compra e venda. Imóvel. Vícios redibitórios pericialmente comprovados. Ausente, ao contrário, qualquer demonstração de contribuição causal dos adquirentes, pela falta de conservação.* ***Danos materiais devidos e bem fixados. Danos morais igualmente configurados, dada a situação de moradia imposta aos autores****. Valor indenizatório, porém, que deve ser reduzido. Sentenças parcialmente revista apenas neste ponto. Recurso de apelação provido em parte* (Apelação nº 0040327-20.2010.8.26.0007, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Desembargador **CLÁUDIO GODOY**, data do julgamento: 10/11/2015, destaque não original)".

É certo que o *quantum* indenizatório deve refletir justa reparação, atendendo-se ao prudente arbítrio do julgador, em patamar razoável, considerando especialmente à gravidade da conduta lesiva e de suas consequências, e, bem assim, à capacidade econômico-financeira do agressor, sem, contudo, implicar vedado enriquecimento sem causa por parte da vítima da ofensa.

O valor de **R$ 10.000,00**, arbitrado pelo MM. Juiz *a quo* reputa-se suficiente para compensar os aborrecimentos experimentados pelos autores, sem implicar em enriquecimento sem causa, permanecendo inalterado.

4. Da sucumbência.

Com a manutenção da sentença, a apelante permanece sucumbente, devendo arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios dos representantes dos autores, mantidos em 10% sobre o valor da condenação, na forma do art. 85 do Novo Código de Processo Civil.

Conclusão.

Não se conhece do recurso no que diz respeito às preliminares de decadência, prescrição e ilegitimidade passiva, negado provimento à parte conhecida.

Por derradeiro, para evitar a costumeira oposição de embargos declaratórios voltados ao prequestionamento, tenho por ventilados, neste grau de jurisdição, todos os dispositivos legais citados no recurso interposto. Vale lembrar que a função do julgador é decidir a lide e apontar, direta e objetivamente, os fundamentos que, para tal, lhe foram suficientes, não havendo necessidade de apreciar todos os argumentos deduzidos pelas partes, um a um. Sobre o tema, confira-se a jurisprudência (STJ, EDcl no REsp nº 497.941/RS, Rel. Min. **Franciulli Netto**, publicado em 05/05/2004; STJ, EDcl no AgRg no Ag nº 522.074/RJ, Rel. Min. **Denise Arruda**, publicado em 25/10/2004).

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO, NA PARTE CONHECIDA.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1016697-47.2015.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante/apelado SUL AMÉRICA SEGURO SAÚDE S/A, é apelada/apelante MARIA AUGUSTA DANELUCCI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.654)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente) e EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE.

São Paulo, 22 de agosto de 2016.

PERCIVAL NOGUEIRA, Relator

Ementa: PLANO DE SAÚDE - OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Ação julgada parcialmente procedente - Recusa no fornecimento da droga Everolimo (Afinitor) 5mg, sob a alegação de aplicação em regime de utilização domiciliar, sem cobertura contratual - Inadmissibilidade - Prova satisfatória de que o medicamento mostrou-se necessário ao próprio tratamento da paciente, conforme relatório médico - Comprovação da necessidade - Irrelevância do local do tratamento, se feito em regime de internação hospitalar ou na residência da paciente - Aplicabilidade da Lei nº 8078/90 - Admissibilidade, nos termos da Súmula nº 469, do STJ - Exegese dos artigos 47 e 51, § 1º, II, do Código de Defesa do Consumidor - DANOS MORAIS - Inocorrência - Negativa de cobertura baseada em interpretação contratual - Ausência de ilicitude do comportamento - Mera suscetibilidade da autora que não autoriza o ressarcimento - Verba indevida - SUCUMBÊNCIA - Correta a fixação da sucumbência recíproca, posto que o pedido inicial somente foi concedido em parte - Sentença mantida - Recursos desprovidos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recursos de apelação (fls. 130/139 e 146/156) interpostos contra a *r.* sentença de fls. 114/119, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente a ação de obrigação ajuizada por Maria Augusta Danelucci em face da empresa Sul América Saúde S.A., nos seguintes termos: "*Posto isto, e à vista do mais que dos autos consta, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido da ação proposta por Maria Augusta Danelucci contra Sul América Seguro Saúde S/A para confirmar os efeitos da tutela antecipadamente concedida (págs. 42/43), e condenar a ré à cobertura integral do tratamento oncológico da autora, conforme prescrição médica - EVEROLIMO (AFINITOR) 5mg, 60 comprimidos por mês, conforme prescrição médica (págs. 38/39). Diante da sucumbência recíproca, cada parte arcará com os honorários de seu patrono, dividindo-se, por igual, as custas e despesas processuais (artigo 86, caput, do novo Código de Processo Civil). Por ser a autora beneficiária da Justiça gratuita (pág. 42), fica suspensa a execução das verbas de sucumbência com relação a ela, enquanto permanecer na condição de necessitada. P.R.I.*".

Opostos embargos de declaração pela autora da demanda (fls. 123/126), foi o recurso rejeitado (cf. fls. 143).

Busca a apelante ré, Sul América Seguro S.A., a reforma da *r.* sentença, com a improcedência da ação, aduzindo, em suma, que a recusa para a cobertura solicitada encontra amparo na cláusula 9ª, do contrato firmado, onde expressamente mencionada a exclusão de cobertura para a administração de medicamentos fora do atendimento hospitalar. Assim, patente sua não obrigação em custear a compra de medicamentos aplicados sob o regime de utilização domiciliar, diante da inexistência de previsão legal.

Aduz que não se há falar em cláusula contratual abusiva, porque redigida com o devido destaque, de forma clara e perfeitamente compreensível, devendo prevalecer a aplicação do princípio da força vinculante dos contratos, estando somente obrigada a responder pelos riscos assumidos expressamente na apólice firmada.

Acesso ao Sumário

Também apelou a autora, insistindo na procedência do pedido com relação a indenização por danos morais, alegando, em síntese, que é aposentada, idosa e foi diagnosticada como portadora de carcinoma de células renais com metástase na coluna cervical, lhe sendo prescrita anteriormente a administração do medicamento Sutent. Porém, diante da gravidade da doença e a possibilidade de agravamento do quadro clínico, foi prescrita a troca imediata para o medicamento denominado Everolimo (Afinitor) 5mg, continuidade do tratamento que foi negada pela apelada. Assim, sofreu danos morais resultantes da recusa irregular e abusiva da ré, consubstanciados em sofrimento psicológico diante do iminente risco de morte, se não realizados os procedimentos prescritos. Com relação à

sucumbência, entende que, em razão de ter sido vencida em parte mínima de seu pedido, deverá arcar com a totalidade das despesas, conforme preceituam os artigos 85 e 86, do Novo CPC.

Às fls. 159/165, foram apresentadas contrarrazões somente pela autora da demanda.

Recursos tempestivos, devidamente preparado o da ré (fls. 140), observando que a autora é beneficiária da gratuidade de justiça, recebidos no efeito devolutivo com relação à tutela antecipada e, em ambos os efeitos, quanto aos demais pedidos (vide art. 1.011, *caput*, do NCPC). Oportunizada a manifestação acerca do julgamento virtual, não houve oposição.

É o relatório.

Em detida análise dos autos, verifica-se que a autora iniciou procedimento médico para tratar de moléstia diagnosticada como carcinoma de células renais com metástase em coluna cervical, sendo certo que a prescrição do medicamento objeto da recusa de fornecimento pela ré foi indicada em continuidade ao tratamento primeiramente iniciado com a droga Sutent 50mg.

Conforme demonstra o documento de fls. 38, 39 e 40, houve requisição médica, porém, a ré se recursou a oferecer o medicamento, sob a alegação de que não havia cobertura para a concessão (cf. fls. 41).

Neste ponto, assinalo que se a quimioterapia constitui procedimento coberto e a droga Everolimo (Afinitor) é medicamento para tal fim. Portanto, não há como negá-lo com base no local em que será administrado.

Se o contrato não restringe a cobertura quimioterápica, sua interpretação deverá ser a mais favorável ao consumidor, nos termos artigo 47, do Código de Defesa do Consumidor, sob pena de inviabilizar o objeto do próprio ajuste (a garantia à saúde), o que viola o inciso II do § 1º do artigo 51, do mesmo diploma legal, atendo ao teor da Súmula nº 469 do STJ, que impõe proteção aos consumidores e aos idosos, ante sua vulnerabilidade.

Nesse sentido:

"*Aplica-se na espécie o princípio constitucional da isonomia (CF, 5º), devendo dar-se ao contrato de consumo interpretação mais favorável ao consumidor, para que se tenha por reequilibrada a relação jurídica de consumo. A interpretação mais favorável ao consumidor é do contrato de consumo como um todo e não apenas de cláusula obscura ou ambígua, como sugerido pelo CC 423 que, aliás, limita essa prerrogativa apenas ao aderente nos contratos de adesão. A norma manda interpretar-se qualquer contrato de consumo de forma mais favorável ao Consumidor*" (nota 2, art 47. CDC, *in* Código Civil Anotado e Legislação extravagante, Nelson Nery Júnior e Rosa Mana de Andrade Nery. 2ª ed., São Paulo RT, 2003).

"*As cláusulas contratuais, sobretudo aquelas decorrentes de contrato*

Acesso ao Sumário

de adesão, não podem ser interpretadas literalmente, fazendo-se mister uma exegese sistemática e teleológica com os artigos pertinentes do CC e legislação aplicável à espécie, assim como os princípios gerais do direito orientadores da matéria. Deve ser considerada como leonina a cláusula que confronta com o princípio de equilíbrio a ser mantido entre as partes contratantes, tendo em vista a imposição ao segurado de um ônus tão excessivo que passa a corresponder a total frustração do próprio objeto do pacto" (JC 72/739).

Ademais, não procede a alegação de que somente estariam cobertos os medicamentos ministrados em âmbito ambulatorial ou hospitalar, com a exclusão daqueles de uso domiciliar.

Não se há falar em violação ao princípio da "*pacta sunt servanda*", posto que a apontada exclusão deve ser interpretada como não sendo aplicável àquelas situações em que a droga indicada seja, em si, um tratamento coberto, no caso, o quimioterápico.

Além do mais, a ingestão do medicamento, via oral, em âmbito domiciliar é feita sob orientação médica que, necessariamente, receitará e acompanhará os resultados do tratamento, sendo que tal procedimento apresenta um custo menor para a seguradora, que não dispenderá gastos com a internação, pelo que não se há falar no apontado desequilíbrio no ajuste firmado.

Portanto, legítima a cobertura do fornecimento do medicamento Everolimo (Afinitor) à autora da demanda, seja porque a exclusão contratual a ela não se aplica, seja por representar procedimento menos oneroso para a ré.

Confira-se jurisprudência nessa direção:

Ação de obrigação de fazer. Pessoa portadora de câncer (CID E50). Pretensão ao fornecimento de "Afinitor/Everolimus". Necessidade comprovada nos autos. Estatuto do Idoso. Presente o interesse de agir. Pedido fundado no artigo 196 da Constituição Federal. Hipossuficiência econômica. Multa diária. Redução. Recurso de apelação e reexame necessário parcialmente providos. (ApCív nº 1038241-25.2015.8.26.0576 - Comarca de São José do Rio Preto - 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo - Rel. Des. Marcelo Semer - j. 20.06.16 - v.u.)

Plano de saúde. Recusa no fornecimento de medicamento sob a alegação de aplicação em regime de utilização domiciliar, sem cobertura contratual. Inadmissibilidade. Prova satisfatória de que o medicamento corresponde ao próprio tratamento oncológico, de cobertura prevista no contrato. Irrelevância do local do tratamento, se feito em regime de internação hospitalar ou na residência da paciente. Inteligência da Súmula 95 do TJSP. Sentença mantida. Recurso improvido. (ApCív nº 0001624-65.2013.8.26.0443 - Comarca de Piedade - 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo - Rel. Des. José

Joaquim dos Santos - j. 07.06.2016)

Obrigação de Fazer C.C. indenização - Custeio de tratamento do autor por intermédio do fornecimento do medicamento AFINITOR (everolimo) indicado para tratamento de câncer do tipo neuroendócrino de intestino delgado - Sentença que condenou a ré no tratamento do autor, com fornecimento do medicamento e no pagamento de danos morais - Apelo de ambas as partes - Ré pela improcedência da ação e autor pela majoração dos danos morais - Relatório médico que informa a necessidade premente do tratamento - Negativa sob fundamento de o medicamento não constar no rol de procedimentos da ANS e ser de uso domiciliar - Os procedimentos de saúde cobertos pelos planos não podem sofrer limitações quando o paciente ainda está em tratamento para proteção do direito à vida (artigo 5º da Constituição Federal) - Limitações contratuais que são abusivas, ante a previsão do artigo 51, IV e § 1º, II, do CDC e não podem alcançar o tratamento necessário para o restabelecimento da saúde do contratante - O não fornecimento do medicamento implica na negativa indireta de cobertura ao tratamento da moléstia, o que é inadmissível - Precedentes desta Corte - Súmulas 95 e 102 do e. TJSP - Inteligência do art. 35-F da Lei 9.656/98 - Descabem danos morais ao caso - O descumprimento de cláusulas contratuais não gera, por si só, dano moral - Sucumbência que passa a ser recíproca - Sentença parcialmente reformada, para se excluir os danos morais, com sucumbência recíproca - Recurso da ré parcialmente provido e do autor improvido. (ApCív nº 1004161-68.2015.8.26.0565 - Comarca de São Caetano do Sul - 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo - Rel. Des. Silvério da Silva - j. 31.05.2016 - v.u.)

SEGURO SAÚDE - Negativa de cobertura do medicamento Afinitor para tratamento oncológico de portador carcinoma de células renais com metástase cerebral, sob o fundamento de exclusão contratual, por ser medicamento administrado em âmbito domiciliar - Não excluindo a operadora do seguro saúde a doença, não podem ser excluídos os procedimentos, exames e medicamentos necessários ao tratamento - É abusiva a pretensão de excluir a cobertura do medicamento simplesmente pelo fato de ser aplicado em âmbito domiciliar. A evolução dos fármacos no tratamento do carcinoma, possibilitando a quimioterapia em ambiente domiciliar, impõe a devida interpretação da disposição contratual, até porque a ausência de internação hospitalar ou regime ambulatorial, além de resultar em tratamento mais humanizado ao paciente, é menos onerosa à fornecedora do serviço, contrariando o dispositivo contratual invocado as disposições da Lei n. 8.078/90 - Recurso desprovido. (ApCív nº 0003803-54.2011.8.26.0309 - Comarca de Jundiaí - 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo - Rel. Des. Alcides Leopoldo e Silva Júnior - j. 15.09.2015 - v.u.)

No que tange ao pedido de indenização por danos morais, assinalo que para que se possibilite tal concessão, é necessário que ocorram os pressupostos

Acesso ao Sumário

da responsabilidade civil, ou seja, o dano moral indenizável exige a conjugação de três fatores: dano, ilicitude e nexo causal.

No dizer de Humberto Theodoro Júnior ("Dano Moral", 4ª edição, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2001, p. 31): "*Mais do que qualquer outro tipo de indenização, a reparação do dano moral há de ser imposta a partir do fundamento mesmo da responsabilidade civil, que não visa a criar fonte injustificada de lucros e vantagens sem causa*".

Aliás, a indenização nessas hipóteses, consoante a doutrina e a jurisprudência, se justifica, de um lado, pela ideia de punição ao infrator e, de outro, como compensação pelo dano suportado pelo comportamento daquele.

E um dos requisitos, quando menos, não se encontra presente, qual seja a ilicitude do comportamento, já que a recusa, sob o aspecto do contrato, seria lícita.

Desse modo, em que pese a desagradável situação suportada pela autora da demanda, configura mero dissabor que não excede à normalidade, não restando configurada a responsabilidade da ré no pagamento da indenização, pois não comprovada a ilicitude de sua conduta porque limitada à defesa de seus interesses.

Finalmente, quanto à sucumbência, nenhuma reforma está a merecer a *r.* sentença. Isto porque, em análise dos itens "a" a "e" do pedido inicial (cf. fls. 19/20), constata-se que a autora foi vencedora com relação à obrigação de fazer (fornecimento do medicamento - item "c") e vencida quanto ao pedido de indenização por dano moral (item "e"). Assim, correta a fixação recíproca dos ônus sucumbenciais.

Portanto, pelo exposto, meu voto é pelo **desprovimento de ambos os recursos de apelação**.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1072300-46.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SPE OLÍMPIA Q27 EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A, são apelados MARCELO LUIZ PEIXOTO SOBRAL e ANA CRISTINA CARLOMAGNO MOLINARI SOBRAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14022)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS MARIO GALBETTI (Presidente), MARY GRÜN e RÔMOLO RUSSO.

São Paulo, 23 de agosto de 2016.

LUIS MARIO GALBETTI, Relator

Ementa: Compromisso de venda e compra de bem imóvel - Rescisão contratual - Retenção de 20% do valor pago pelos gastos de administração - Adequação - O valor das arras deve ser incluído no cálculo do valor a ser devolvido ao adquirente - CDC 53 - Inteligência - Precedentes do Superior Tribunal de Justiça - Recurso improvido.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados em ação de rescisão contratual cumulada com declaratória e indenizatória.

Alega a apelante que: a) os embargos declaratórios que opôs foram rejeitados sem a devida fundamentação; b) foram dados efeitos infringentes aos embargos de declaração dos apelados sem o prévio contraditório; c) houve cerceamento de defesa; d) os apelados deram causa à rescisão contratual; e) o contrato celebrado pelas partes previu a perda das arras caso a desistência fosse posterior aos sete dias que disponibilizara aos compromissários compradores; f) subsidiariamente, deve-se admitir a retenção de 50% da quantia paga; g) os juros só podem incidir a partir do trânsito em julgado; h) descabe sua condenação na sucumbência e nos honorários advocatícios.

O recurso foi recebido e contrarrazoado, afirmando os apelados que o preparo recursal deve ser complementado, que deve ser negado seguimento ao recurso ou, no mérito, reconhecido seu improvimento, condenada a apelante por litigância de má-fé.

2. O dispositivo da sentença:

Pelo exposto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE A AÇÃO, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil, confirmando a liminar deferida pela Superior Instância, para: i) declarar rescindida a promessa de compra e venda e condenar a ré a restituir os valores recebidos dos autores, autorizada a retenção de apenas 20% da quantia paga a titulo de arras e parcelas propriamente ditas, devidamente atualizada desde cada desembolso, para recomposição de custos administrativos com o negócio. Tendo sucumbido em maior parte, a ré deverá arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em

Acesso ao Sumário

10% sobre o valor atualizado da condenação. P.R.I.C.

Os embargos de declaração opostos pelos autores foram acolhidos em parte pela juíza de primeira instância:

> "Fls. 224/226: conheço dos aclaratórios, pois tempestivos, e os acolho, parcialmente, para, sanando omissão, fazer constar no dispositivo da sentença que a devolução deverá ser feita de uma só vez e que sobre o valor a ser restituído, além da correção monetária pela Tabela Prática do C. TJSP, haverá incidência de juros legais de mora de 1% ao mês, a contar da citação. Fls. 229/235: conheço dos embargos, pois tempestivos, e os rejeito, pois infringentes".

Ainda que se pudesse falar em nulidade da decisão que rejeitou os embargos de declaração opostos pela ré - por falta de fundamentação - e que acolheu os embargos de declaração opostos pelos autores - por inexistência de contraditório prévio -, por ocasião do presente recurso teve a parte a oportunidade de reiterar todas as matérias que entendia relevantes ao julgamento da questão controvertida, superados eventuais vícios.

Inexistiu cerceamento de defesa, pois havia elementos suficientes de convicção à prolação da sentença, desnecessária a produção de prova oral.

O recolhimento do preparo foi adequado, observado o percentual de 4% constante do artigo 4º, da Lei 15.855/15, recolhido pela apelante o dobro do valor calculado pelo cartório - que considerara o percentual da antiga redação do artigo 4º, II da Lei 11.608/03.

O recurso deve ser conhecido, pois impugnados especificamente os fundamentos da sentença, não se limitando à matéria sumulada por este Tribunal.

Ainda que a rescisão contratual tenha decorrido de ato dos autores, é devida a devolução de parte dos valores pagos. A respeito, a Súmula 1 deste Tribunal:

> Súmula 1: O Compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem.

Na hipótese, é razoável a retenção equivalente a 20% do valor pago a título de ressarcimento pelas despesas administrativas relativas ao empreendimento. Nesse sentido:

> Tendo em vista que o valor de retenção determinado pelo Tribunal a quo (10% das parcelas pagas) não se distancia do fixado em diversas ocasiões por esta Corte Superior (que entende possível o valor retido flutuar entre 10% a 25%), o recurso especial não prospera. (AgRg no REsp 1110810/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 3.9.2013)

O valor das arras deve ser incluído no cálculo do valor a ser devolvido

aos adquirentes em razão do disposto no CDC 53, não sendo hipótese de sua retenção. A respeito, o Superior Tribunal de Justiça:

> É devida a inclusão do valor das arras no cálculo do percentual a ser devolvido pelo promitente vendedor na hipótese em que há resilição do compromisso de compra e venda por impossibilidade de o promitente comprador pagar as prestações pactuadas, pois, ainda que o artigo 418 do CC de 2002 garanta a retenção das arras àquele que não deu causa à resilição do contrato, o artigo 53 do CDC proíbe a retenção de todo o montante dado a título de sinal, a fim de evitar o enriquecimento sem causa de um dos contratantes. (AgRg no REsp 1222139/MA, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 15/03/2011)

Os juros legais decorrem da lei e devem ser aplicados a partir da citação.

Sucumbente em maior parte a ré, que resistiu à pretensão dos autores na contestação no que tange aos valores a serem restituídos, adequada sua condenação na sucumbência e nos honorários advocatícios.

Por fim, deixo de condenar a ré por litigância de má-fé, pois adotou postura compatível com a defesa de um direito.

3. Ante o exposto e tudo mais que dos autos consta, prejudicadas as demais alegações, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000419-33.2014.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante/apelado GOLD INDIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA., são apelados/apelantes JULIANO DE SOUZA PINTO (JUSTIÇA GRATUITA) e LETÍCIA MARQUES DE SOUSA PINTO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.258)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVÉRIO DA SILVA (Presidente) e PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO.

São Paulo, 26 de agosto de 2016.

SALLES ROSSI, Relator

Ementa: COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - Ação declaratória de inexistência de

Acesso ao Sumário

débito c.c. indenização por danos morais - Despesas de condomínio, IPTU e taxas sobre o imóvel - IPTU - Pedido já acolhido nos autos do processo nº 0004607-57.2012.8.26.0577 - Existência, em relação a ele, de coisa julgada - Pedido, ademais, já excluído da lide anteriormente - CDC - Incidência - Circunstância, porém, que não afasta a aplicação do princípio do *pacta sunt servanda* quando não houver afronta a direito consumerista - Relativização de tal princípio, possibilitando a modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais - Despesas de condomínio - Termo inicial da obrigação - Efetiva entrega das chaves - Ilegitimidade passiva - Inocorrência - Dano moral - Inocorrência - Não verificação de ofensa à honra dos autores ou de submissão a situação humilhante e vexatória passível de indenização - Necessidade de particularidades excepcionais que possam denegrir a honra e a dignidade do adquirente não verificadas na espécie - Ação parcialmente procedente - Sucumbência recíproca - Rateio, entre as partes, das custas processuais, em proporções iguais, nos termos do artigo 86, *caput*, do Novo Código de Processo Civil - Honorários a cargo das partes - Recursos improvidos.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a respeitável sentença de fls. 194/198, proferida em autos de ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização por danos morais, que, apreciando pelo mérito os pedidos contidos na inicial, acabou por decretar a parcial procedência dos mesmos, declarando a inexistência de débito, em face dos autores, no tocante às despesas de condomínios até a efetiva entrega do imóvel, e reconhecendo a ocorrência de sucumbência recíproca.

Opostos embargos de declaração pelos autores, foram os mesmos acolhidos para o fim de declarar que a inexistência de débito alcançava também impostos e demais taxas (fls. 203/204).

Inconformada, apela a requerida, alegando, preliminarmente, inaplicabilidade, à espécie, do Código de Defesa do Consumidor e impossibilidade de inversão do ônus da prova.

Diz que o contrato não é de adesão, pois as partes negociaram livremente

Acesso ao Sumário

as condições contratuais, não sendo, portanto, abusivas as suas cláusulas, especialmente aquela que trata do prazo de tolerância.

Aduz que as chaves não foram entregues, uma vez que os autores não efetuaram o pagamento das parcelas referentes à Correção Monetária Repasse na Planta, tendo confessado o inadimplemento.

Sustenta que não há ilegalidade ou irregularidade na cobrança de taxa de condomínio, IPTU ou outras taxas a partir da expedição do "Habite-se", haja vista que tal cobrança restou prevista na cláusula 8.1.1, do Compromisso de Compra e Venda, devendo-se respeitar o princípio *pacta sunt servanda.*

Afirma ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, uma vez que a cobrança das despesas de condomínio está a cargo da Associação dos Amigos do Residencial Campo Belo, não tendo a ré efetuado qualquer cobrança nesse sentido.

Pugnou, ao final, pelo provimento do apelo.

O recurso foi recebido pelo r. despacho de fls. 226 e respondido às fls. 228/233.

Recorrem adesivamente os autores, alegando que as cobranças indevidas geraram desgaste emocional, sendo cabível a indenização por dano moral.

Dizem que, tendo em vista o trabalho apresentado e o zelo, bem como o fato de a ré ter dado causa à demanda, deve esta ser condenada a pagar os honorários de sucumbência.

Pugnou, ao final, pelo provimento do recurso.

O recurso foi recebido pelo r. despacho de fls. 238 e respondido às fls. 240/252.

É o relatório.

Trata-se de ação declaratória cumulada com danos morais. Na petição inicial, os autores pleitearam a declaração de inexistência de débito em seus nomes e a atribuição da responsabilidade à ré pelo pagamento dos débitos de condomínio, IPTU e outros tributos relativos ao imóvel, até a efetiva entrega das chaves (fls. 11).

Inicialmente, o processo fora extinto sem julgamento do mérito, por reconhecer a ocorrência de coisa julgada (fls. 37/40), haja vista a existência de anterior ação (processo nº 0004607-57.2012.8.26.0577, da 6ª Vara Cível de São José dos Campos), entre as mesmas partes.

Interposto recurso de apelação pelos autores (fls. 42/45), o mesmo foi parcialmente provido, afastando-se a existência de litispendência ou coisa julgada e determinando-se o prosseguimento da ação no juízo de origem, com exclusão da apreciação apenas do pedido relativo ao IPTU (fls. 74/81).

Baixados os autos à Vara de origem, os autores emendaram a inicial,

Acesso ao Sumário

excluindo o IPTU do pedido inicial (fls. 88).

A respeitável sentença de fls. 194/198 julgou a ação parcialmente procedente, nos seguintes termos (fls. 198):

"Ante o exposto e pelo mais que dos autos consta, JULGA-SE PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido formulado para DECLARAR a inexistência de débito em face dos autores no tocante às despesas de condomínio até a efetiva entrega do imóvel adquirido. Sucumbência recíproca. Em consequência, JULGA-SE EXTINTO o processo, com resolução de mérito, com base no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil".

Os autores opuseram, então, embargos de declaração (fls. 201/202), que foram acolhidos para o fim de declarar a parte dispositiva da sentença, que passou a ter a seguinte redação (fls. 203/204):

"Ante o exposto e pelo mais que dos autos consta, JULGA-SE PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido formulado para DECLARAR a inexistência de débito em face dos autores no tocante às despesas de condomínio, impostos e demais taxas até a efetiva entrega do imóvel adquirido. Sucumbência recíproca. Em consequência, JULGA-SE EXTINTO o processo, com resolução de mérito, com base no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil".

Com efeito, o acórdão prolatado nos autos do processo nº 0004607-57.2012.8.26.0577 entre as mesmas partes, que tramitou perante a 6ª Vara Cível de São José dos Campos e que deu ensejo a inicial extinção deste processo, assim dispôs a respeito do assunto (fls. 46/65):

"*A ação é, pois, parcialmente procedente, mas os autores decaíram da maior parte do pedido, uma vez que só lhes foram deferidos os pedidos de repetição dos valores pagos a título de IPTU e de pagamento de multa compensatória pelo atraso da obra, ambos até a efetiva entrega das chaves. Se assim é, a teor do artigo 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil, devem eles arcar com as custas e despesas processuais e com os honorários advocatícios, que ficam arbitrados em R$ 1.500,00, com a ressalva do artigo 12, da Lei nº 1.060/50*"

Em consulta ao processo, no *site* do Tribunal de Justiça, verifica-se que as partes interpuseram recurso especial, aos quais fora negado seguimento, tendo a ré interposto, então, agravo de instrumento de despacho denegatório de recurso especial.

Conforme se verifica no *site* do Superior Tribunal de Justiça, tal recurso não foi conhecido, tendo a decisão transitado em julgado em 15/06/2016.

Portanto, como já ressaltado no aresto de fls. 74/81, o pedido relativo ao IPTU já foi acolhido nos autos do processo nº 0004607-57.2012.8.26.0577, existindo, portanto, em relação ao mesmo, coisa julgada (artigo 485, parágrafo 3º, do Novo Código de Processo Civil), de modo que, deve ser excluído destes autos - como, aliás, já o fora (fls. 89/90) - para evitar-se *bis in idem* na execução.

Ultrapassada essa questão, passa-se à análise do recurso propriamente dito.

A preliminar de inaplicabilidade à espécie do Código de Defesa do Consumidor não merece guarida.

Com efeito, dispõem os artigos 2º, 3º e seu parágrafo 1º, da legislação consumerista:

"*Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.*

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial".

Da leitura dos dispositivos supra transcritos, depreende-se que, tendo a requerida vendido aos autores um apartamento, verifica-se, na situação descrita, a presença de todos os requisitos da relação de consumo, quais sejam: o fornecedor (vendedor), o produto (imóvel) e o consumidor final (comprador), aplicando-se à referida relação, em decorrência da subsunção do fato à norma, o Código de Defesa do Consumidor.

Note-se que o contrato de compra e venda não desnatura a relação de consumo, eis que, destinando-se o imóvel à venda (assim como qualquer outro bem durável ou não durável) ao consumo final, caracterizada está a referida relação de consumo.

Se assim é, aplica-se à espécie o Código de Defesa do Consumidor e todos os princípios a ele inerentes, inclusive a inversão do ônus da prova.

De outra banda, o fato de incidir na espécie o Código de Defesa do Consumidor não afasta, por si só, a aplicação do princípio do *pacta sunt servanda* que prevalecerá sempre que não se verificar afronta a direito consumerista.

Com efeito, a Lei nº 8.078/90, com o fito de dar efetivo cumprimento ao mandamento constitucional de proteção ao consumidor, relativizou (e não afastou) a incidência do princípio *pacta sunt servanda* e privilegiou o da conservação do contrato, permitindo, em seu artigo 6º, inciso VI, a revisão da avença e a modificação de cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais, de modo a afastar as ilegalidades e restabelecer o equilíbrio entre as partes (princípio da equivalência contratual), mantendo, sempre que possível, a relação jurídica.

Nesses termos, a cláusula 5.3, do Instrumento Particular de Aditamento aos Termos do Instrumento Particular de Proposta de Aquisição de Imóvel Residencial Através de Financiamento da Caixa Econômica Federal, cumulado

Acesso ao Sumário

com Instrumento Particular de Confissão de Dívida (fls. 24), não pode prevalecer na forma como está redigida.

É que o promitente comprador só pode responder pelas despesas de condomínio a partir do dia em que ele recebe as chaves do imóvel e não a partir da expedição do "Habite-se".

Isso porque, entre a data de expedição do "Habite-se" e a efetiva entrega das chaves, pode decorrer um longo período, não fazendo sentido que, durante esse tempo, o adquirente pague as despesas do condomínio, se ele não pode usufruir do imóvel.

Dessa forma, qualquer cláusula que antecipe o termo inicial da obrigação do comprador de pagar as despesas de condomínio é manifestamente abusiva, não podendo prevalecer.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. DESPESAS CONDOMINIAIS. NECESSIDADE DE POSSE EFETIVA. PRECEDENTES.*

1.) Consoante decidido pela Segunda Seção, no julgamento do EREsp nº 489.647-RJ, de minha relatoria, em 25/11/2009, 'a efetiva posse do imóvel, com a entrega das chaves, define o momento a partir do qual surge para o condômino a obrigação de efetuar o pagamento das despesas condominiais'.

2.) Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no AREsp. nº 535.078/SP - 4ª Turma - rel. min. Luís Felipe Salomão - j. 02/09/2014 - Dje 05/09/2014).

"*PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE COTAS CONDOMINIAIS. POSSE EFETIVA. NECESSIDADE.*

- A efetiva posse do imóvel, com a entrega das chaves, define o momento a partir do qual surge para o condômino a obrigação de efetuar o pagamento das despesas condominiais.

- Agravo nos embargos de declaração no recurso especial não provido" (AgRg nos EDcl no REsp. nº 851.542/RS 3ª Turma rel. Min. Nancy Andrighi j. 06/09/2011 Dje 13/09/2011).

Acesso ao Sumário

Nem se alegue que a requerida é parte ilegítima para a lide, uma vez que a cobrança foi perpetrada pela Associação dos Amigos do Residencial Campo Belo, eis que, estando a construtora na posse efetiva do imóvel, a ela deve ser atribuída a responsabilidade pelo pagamento dos encargos incidentes sobre o mesmo, sendo exatamente esse um dos objetos da ação.

Quanto às questões da legalidade do prazo de tolerância, do cabimento de correção monetária do preço e do chamado repasse na planta, elas já foram analisadas quando do julgamento da apelação interposta nos autos da ação

revisional nº 0004607-57.2012.8.26.0577, nada mais cabendo decidir a respeito, até porque não constituem objeto da presente ação.

Quanto aos danos morais, sem razão os autores.

Sérgio Cavalieri (*in* Programa de responsabilidade civil, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Ed., p. 78) reputa dano moral:

"*a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo*".

Embora inequívoca a relação de consumo havida entre as partes, bem como patente o descabimento das cobranças perpetradas, ainda assim, não se pode concluir pela ocorrência de dano moral e que o mesmo seja presumido.

A cobrança de valores que não compete ao adquirente pagar não gera, por si só, a ocorrência de dano moral indenizável. Deve ocorrer situação excepcional que coloque o ofendido em situação vexatória e de constrangimento.

No caso dos autos, do relato contido na inicial, não se constata lesão à honra ou violação da dignidade humana. Ademais, não há prova de que o nome dos autores tenha sofrido qualquer abalo (com negativações, protestos, etc), não havendo que se falar em uma situação inusitada, que lhe ofendesse a dignidade ou a moral.

Assim, as cobranças indevidas podem ser descritas como mero aborrecimento a que o homem médio está sujeito no dia a dia, não sendo suficiente para gerar o dever de indenizar.

Logo, não que se falar em dano moral indenizável.

A ação é, pois, parcialmente procedente, tendo havido sucumbência recíproca.

Cândido Rangel Dinamarco, *in* Instituições de Direito Processual Civil - Vol. II, 5ª ed., Malheiros, 2.005, p. 650, ensina que:

"*(...) A condenação pelo custo processual é, pois, consequência necessária da necessidade do processo (Chiovenda).*

Mas a doutrina está consciente de que a sucumbência não é em si mesma um princípio, senão apenas um indicador do verdadeiro princípio, que é a causalidade (Chiovenda, Piero Pajardi, Yussef Cahali). Responde pelo custo do processo aquele que haja dado causa a ele, seja ao propor demanda inadmissível ou sem ter razão, seja obrigando quem tem razão a vir a juízo para obter ou manter aquilo a que já tinha direito. Não se trata de atribuir ilicitude ao exercício da ação ou da defesa, que constituem superiores garantias

Acesso ao Sumário

constitucionais, mas somente de encarar objetivamente essas condutas como causadoras de despesas, pelas quais o causador deve responder (Liebman). (...)".

Com efeito, dispõe o art. 86, do Novo Código de Processo Civil (correspondente ao artigo 21, do Código revogado):

"*Art. 861. Se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas*".

O renomado processualista leciona ainda (in Instituições de Direito Processual Civil Vol. II, 3ª ed., Malheiros, 2.003, p. 649/650):

"*A sucumbência recíproca é a mais notória dessas hipóteses porque, se cada litigante for parcialmente vencedor e parcialmente vencido, isso significa que na parte em que foi vencido ele sucumbiu. Isso pode acontecer sempre que o processo tenha um objeto composto, como no caso de cúmulo de pedidos, ou que ele seja decomponível (pedido de dinheiro, coisas fungíveis); ao julgar a demanda procedente em parte, o juiz estará impondo parcial sucumbência a cada um dos litigantes. O acolhimento de um dos pedidos cumulados e rejeição do outro significa que em relação a cada um deles uma das partes tinha razão e a outra sucumbiu)*".

Bem por isso, nos termos do artigo 86, *caput*, do Novo Código de Processo Civil, devem ser distribuídas entre as partes, igualmente, as custas e despesas processuais, arcando cada parte com os honorários de seus respectivos patronos.

Isto posto, pelo meu voto, nego provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004365-76.2014.8.26.0400, da Comarca de Olímpia, em que é apelante/apelado VALDECIR ANTONIO BARSSALHO, são apelados/apelantes ASSOCIAÇÃO COMERCIAL E INDUSTRIAL DE OLÍMPIA e ASSOCIAÇÃO COMERCIAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DO AUTOR E NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS DAS RÉS, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.149)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ELCIO TRUJILLO (Presidente), CESAR CIAMPOLINI e CARLOS ALBERTO GARBI.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 5 de setembro de 2016.
ELCIO TRUJILLO, Relator

Ementa: ILEGITIMIDADE PASSIVA DAS RÉS - Não configuração - Independentemente da origem do registro de protesto de título em nome do autor, era dever das rés a suspensão da respectiva publicidade - Preliminar afastada.

RESPONSABILIDADE CIVIL - Manutenção de apontamento do nome do autor nos cadastros das rés, não obstante ordem judicial para suspensão da respectiva publicidade - Negligência de ambas as rés configurada - Impossibilidade técnica da Associação Comercial e Industrial de Olímpia não verificada - Inequívoca a ciência da Associação Comercial de São Paulo acerca da determinação judicial - Conduta omissiva das rés que gerou inequívoco dano moral ao autor - Evidente o abalo de crédito sofrido por quem figura em rol de inadimplentes - Indenização devida - Valor da condenação de cada ré que comporta majoração para dez mil reais - Honorários advocatícios que não comportam majoração - DOS RECURSOS, PARCIALMENTE PROVIDO O DO AUTOR E NÃO PROVIDO OS DAS RÉS.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de fls. 161/162vº, de relatório adotado, que julgou a ação procedente para condenar as rés ao pagamento de indenização por danos morais ao autor, no valor de R$ 4.000,00 (quatro mil reais) cada uma, bem como na obrigação de excluir definitivamente qualquer apontamento sobre o protesto.

Inconformado, apelou o autor buscando, em resumo, a majoração do valor da indenização por danos morais para cinco vezes o valor do apontamento mantido indevidamente, e a majoração dos honorários advocatícios para 20% sobre o valor da condenação (fls. 173/183).

A Associação Comercial e Industrial de Olímpia também apelou, sustentando, em resumo, que não possui legitimidade para figurar no polo passivo; que não é responsável pela inclusão do nome do autor no seu banco de dados; que apenas reproduziu apontamento feito por SCPC parceiro; que a ordem de exclusão deveria ter sido cumprida pela Associação Comercial de São

Acesso ao Sumário

Paulo; e que não possuía meio técnicos para excluir o registro (fls. 199/206).

Por sua vez, a Associação Comercial de São Paulo apelou sustentando, em resumo, que também não possui legitimidade para figurar no polo passivo; que o registro é originário do Segundo Cartório de Protestos de Olímpia; que não foi informada sobre o cancelamento do protesto em nome do autor; que não houve danos morais; e que a indenização deve ser reduzida (fls. 228/242).

Recebidos (fls. 186vº, 212 e 257).

Impugnados (fls. 195/198, 216/221, 253/256 e 261/266).

É o relatório.

Consta dos autos que o nome do autor foi inscrito no SCPC em virtude de protesto de título feito indevidamente, sendo que as rés não cumpriram a ordem judicial de suspensão da publicidade do apontamento negativo.

Em primeiro, cumpre afastar a preliminar alegada por ambas as rés visando serem excluídas do polo passivo.

Ainda que o registro impugnado pelo autor tenha se originado de um Cartório de Protestos de Títulos, certo é que a determinação judicial proferida nos autos do processo nº 0000560-52.2013.8.26.0400 (fls. 21) foi dirigida ao Serviço de Proteção ao Crédito, não para exclusão do protesto em si, mas para suspensão da publicidade da inserção do nome do autor em seu banco de dados.

E é inegável que as rés são responsáveis pelos apontamentos divulgados em seus respectivos bancos de dados.

Inclusive, deve ser rechaçada a alegação da Associação Comercial e Industrial de Olímpia de que não possuía meios técnicos para cumprir a decisão. Ainda que ela tenha se limitado a replicar uma inscrição constante da base de dados da Associação Comercial de São Paulo, é evidente que possui autonomia para deixar de compartilhar tal informação.

Mesmo que assim não fosse, certo é que as associações comerciais com contrato de parceria possuem responsabilidade solidária.

Trata-se de entendimento já manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> "*Os órgãos mantenedores de cadastros possuem legitimidade passiva para as ações que buscam a reparação dos danos morais e materiais decorrentes da inscrição, sem prévia notificação, do nome de devedor em seus cadastros restritivos, inclusive quando os dados utilizados para a negativação são oriundos do CCF do Banco Central ou de outros cadastros mantidos por entidades diversas*" (STJ, REsp 1061134/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/12/2008, DJe 01/04/2009).

> "*DANOS MORAIS - cadastramento do consumidor sem seu aviso*

Acesso ao Sumário

prévio por parte da associação comercial - irrelevância do fato de ter uma associação comercial feito cadastramento e outra a divulgação - solidariedade - risco da atividade - ressalvada a possibilidade de - ação regressiva. DANO MORAL - negativação indevida - culpa da empresa credora - erro de cadastro - indenização reduzida para valor mais moderado - recurso provido em parte. RECURSOS - não provido o da Associação Comercial e provido em parte o da Avon" (TJSP, Apelação 9152150-66.2007.8.26.0000 Avaré, rel. Des. José Luiz Germano, 24ª Câmara de Direito Privado, julgado em 23/11/2007, v.u.).

De rigor, portanto, reconhecer a legitimidade de ambas as rés para figurarem no polo passivo da presente demanda.

No mérito, restou demonstrado que desde janeiro de 2013 deveria ter sido suspensa a publicidade da inserção do nome do autor no banco de dados do Serviço de Proteção ao Crédito, sendo que até o ajuizamento da ação, em maio de 2014, nenhuma das rés havia cumprido a ordem judicial.

A ciência da Associação Comercial e Industrial de Olímpia acerca da obrigação de fazer imposta é incontroversa, tendo essa ré se limitado a apresentar justificativas para o descumprimento verificado.

Ocorre que seus argumentos não podem ser acolhidos, cumprindo ressaltar que regras particulares que regem a parceria estabelecida entre as rés jamais poderiam se sobrepor a uma ordem judicial.

Ou seja, é irrelevante a orientação interna no sentido de que: "*o parceiro que receber determinação judicial endereçada em seu nome e verificar que a origem do registro é de outro parceiro deverá encaminhar o oficio ao parceiro de origem do registro para que este cumpra a determinação*" (fls. 115).

Uma vez dirigida a determinação judicial contra si, a Associação Comercial e Industrial de Olímpia deveria ter assegurado a sua observância, e não permanecido na cômoda situação de transferir a responsabilidade para a entidade com a qual mantém parceria.

Já a ciência da Associação Comercial de São Paulo acerca da obrigação de suspender a inscrição do nome do autor do Serviço de Proteção ao crédito foi devidamente demonstrada nos autos.

O relatório de transmissão de fax de fls. 27 representa prova idônea, sendo inegável que no dia 30 de janeiro de 2013 o escritório de advocacia que patrocina a Associação Comercial e Industrial de Olímpia encaminhou à Associação Comercial de São Paulo o documento de fls. 28.

Assim, não há motivos plausíveis para que qualquer das rés não tenha observado uma determinação judicial.

E a inobservância à obrigação imposta gerou inegáveis danos morais ao autor, por ser presumível o abalo de crédito decorrente da manutenção do seu

Acesso ao Sumário

nome em cadastro de inadimplentes, ainda mais quando se trata de empresário individual que depende de fornecedores.

E não há que se questionar o prazo que demorou o autor para requerer a exclusão do apontamento, seja porque a prescrição já se presta a isso; seja porque não é esse o critério para apuração da extensão do dano.

Cabível, portanto, a condenação das rés ao pagamento da respectiva indenização ao autor.

Neste sentido, para a apuração do valor devido, necessário estabelecer perfeita correspondência com a gravidade objetiva do fato e de seu efeito lesivo, bem como com as condições sociais e econômicas das partes, em tal medida que, por um lado, não signifique enriquecimento do autor e, por outro, produza nas rés impacto bastante para dissuadi-las de nova prática ilícita.

Diante de todos os fatores apresentados, o valor de R$ 4.000,00 (quatro mil reais) para cada ré realmente se apresenta insuficiente para o cumprimento das finalidades compensatória e pedagógica da verba.

Por outro lado, a quantia pleiteada pelo autor se apresenta desproporcional, e passível de gerar enriquecimento sem causa.

Assim, a indenização arbitrada pelo douto magistrado *a quo* deve ser majorada para R$ 10.000,00 (dez mi reais) para cada ré.

Desta forma, a sentença deve ser reformada em parte, para que a condenação de cada ré ao pagamento de indenização por danos morais ao autor seja majorada para R$ 10.000,00 (dez mi reais).

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso do autor e **NEGO PROVIMENTO** aos recursos das rés.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000525-75.2016.8.26.0269, da Comarca de Itapetininga, em que é apelante/apelada M.C.F., é apelado/apelante J.T.M.L.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33627)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEXANDRE LAZZARINI (Presidente) e COSTA NETTO.

São Paulo, 30 de agosto de 2016.

MAURO CONTI MACHADO, Relator

Ementa: Exoneração de obrigação alimentar ao ex-cônjuge varoa. Embora se reconheça que, mesmo após a extinção do vínculo matrimonial, seja possível a manutenção da obrigação alimentar outrora fixada, deve-se compreender que tal dever remanescente ostenta natureza meramente assistencial. Para tanto, imprescinde a comprovação da necessidade daquele que pretende alimentos. A despeito da alegação de boa saúde da requerida, é possível vislumbrar, com a certeza necessária, efetivo fator incapacitante para o exercício de atividade laborativa. Cabimento da continuidade da obrigação alimentar. Valor arbitrado. Redução. Binômio necessidade e possibilidade devidamente observados na fixação da pensão mensal. Considerando-se que os alimentos devem ser mantidos na proporção da necessidade da alimentanda e possibilidade da pessoa obrigada, impõe-se a manutenção da r. sentença examinada. Recursos a que se negam provimento.

VOTO

J.T.M.L. propôs ação de exoneração de alimentos em desfavor de M.C.F., pois, é plenamente capaz de se manter com recursos próprios, ademais, quando da partilha recebeu bens que lhe garantem renda, ao contrário do autor que teve suas possibilidades alteradas, diante da constituição de nova família, nascimento de outro filho, além disso, sua empresa foi severamente atingida pela economia.

Em defesa, a contestante alega que já possui 66 anos e está afastada do mercado de trabalho, também, devido ao seu estado de saúde, ademais, quanto ao recebimento de bens na partilha, certo é que lhe restou prédio comercial e terreno, sendo aquele cedido em comodato ao alimentante até 2019, portanto, nada de rendimentos recebe, e este vendido para pagamento de despesas, em complementação a ajuda financeira desembolsada apenas em parte pelo autor.

A r. sentença de fls. 98/101 julgou procedente em parte o pedido inicial apenas para reduzir a pensão devida à requerida para 02 (dois) salários mínimos mensais, mantidas a data de vencimento e a forma de pagamento antes estabelecidas, arcando cada parte com metade das custas e despesas processuais e suportando os honorários de seu respectivo patrono.

Apela a ré aduzindo cerceamento de defesa, no mérito, que não houve mudanças nas necessidades do alimentante, pois, apesar de ter constituído nova família, com nascimento de filho, a atual esposa é advogada, pertencente

Acesso ao Sumário

a família tradicional da cidade, o que não pode denotar redução de suas possibilidades, além disso a apresentação de meros balanços contábeis jamais seria suficiente para justificar a falaciosa alegação de que houve significativa redução da capacidade econômica do autor.

Recorre adesivamente o autor pretendendo a exoneração.

Recebidos, respondidos e processados, subiram os autos.

É a suma do necessário.

A alegação de cerceamento de defesa levantada pela ré não pode ser acolhida.

A prova que pretendia realizar para demonstrar suas alegações não seria útil para o processo porque toda a matéria sobre a qual repousa a controvérsia encerra questão de ordem documental, ficando inviável reconhecer-se cerceamento de defesa pela não realização de uma prova que não teria o condão de alterar o resultado da lide (RT 795/289).

O julgamento antecipado do processo deu-se corretamente à época para excluir a necessidade de outras provas além daquelas já constante dos autos, que, se fossem ordenadas, apenas encareceriam e retardariam a rápida solução da divergência em descompasso com a sua instrumentalidade e à economia dos atos processuais.

Prova desnecessária e inútil não se realiza no processo, que é instrumento de razão destinado à solução da controvérsia havida entre as partes, cuja solução deve ser obtida dentro de sua razoável duração, tal qual passou a enfatizar a Emenda Constitucional de número 45, de 2.004, ao introduzir a redação do art. 5º, inciso LXXVIII, e com isso reconhecer, aí, a existência de um direito subjetivo da parte relativamente ao Estado, que tem a obrigação de expedir a tutela jurisdicional adequadamente, com utilidade e proveito.

O juiz como destinatário da prova processo tem a faculdade de examinar a sua necessidade, utilidade, e o dever de indeferi-la, no exercício dos seus poderes instrutórios (artigo 131, do Código de Processo Civil), sempre que se revelar o inverso, tal qual se verificou na ocasião, pois nenhuma influência exerceria no desate do litígio, que é simples.

Acesso ao Sumário

No mérito, com efeito, não se discute que entre os cônjuges subsiste a obrigação de solidariedade, tal qual disciplinado pelo artigo 1.566, III, do Código Civil.

Em decorrência deste dever de mútua assistência, podem os cônjuges, uns aos outros, solicitar alimentos de que necessitem (artigo 1694, do Código Civil), cujo direito é irrenunciável, a teor do disposto no artigo 1707, do Código Civil.

Embora se admita que, mesmo após a extinção do vínculo conjugal pelo divórcio, possa a obrigação alimentar outrora fixada subsistir, deve-se

compreender que este dever remanescente "reveste-se de caráter assistencial, não apresentando características indenizatórias, tampouco fundando-se em qualquer traço de dependência econômica havida na constância do casamento (...). Dessa forma, em paralelo ao raciocínio de que a decretação do divórcio cortaria toda e qualquer possibilidade de se postular alimentos, admite-se a possibilidade de prestação do encargo sob as diretrizes consignadas nos arts. 1.694 e ss. do CC/02, o que implica na decomposição do conceito de necessidade, à luz do disposto no art. 1.695 do CC/02, do qual é possível colher os seguintes requisitos caracterizadores: a) ausência de bens suficientes para a manutenção daquele que pretende alimentos; b) a incapacidade do pretenso alimentando de prover, pelo seu trabalho, à própria mantença". (STJ, REsp nº 933355/SP, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 25.03.2008).

A despeito da ausência de problemas de saúde alegados pelo ora recorrente-autor (fl. 69/81), é possível vislumbrar, com a certeza necessária, efetivo fator incapacitante para o exercício de atividade laborativa, de sorte que pertine a continuidade da obrigação alimentar, entretanto, não nos moldes outrora fixados.

Embora a constituição de outra família, por si só, não exime o alimentante das obrigações alimentares, o nascimento de outro filho, sim, pode reduzir os arbitrados outrora.

No caso em tela, conquanto não se discuta que a pensão alimentícia arbitrada, aparentemente, seja insuficiente para suprir todas as necessidades da ex-cônjuge, cumpre ressaltar que tal montante se coaduna com a capacidade financeira demonstrada pelo alimentante, que tem um filho e constituiu nova família.

Posto isto, negam-se provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001276-71.2014.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante IMOBILIÁRIA E CONSTRUTORA CONTINENTAL LTDA., são apelados SANDRO MAGRI e CRISTIANE VILERA DA SILVA MOREIRA MAGRI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15426)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALVARO

Acesso ao Sumário

PASSOS (Presidente sem voto), NEVES AMORIM e JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS.

São Paulo, 2 de setembro de 2016.

GIFFONI FERREIRA, Relator

Ementa: COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - RESCISÃO CONTRATUAL - INADIMPLEMENTO DOS COMPRADORES - LOCATIVOS DEVIDOS PELA UTILIZAÇÃO DO BEM - INVIÁVEL CUMULAÇÃO COM OUTRA MEDIDA - IMPOSSIBILIDADE DE 'BIS IN IDEM' - CONSTRUÇÃO REALIZADA NO IMÓVEL HÁ QUE SER INDENIZADA - VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA - SENTENÇA CONFIRMADA - APELO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de Apelação Cível, exprobando a R. sentença de fls. 273/276, que deu pela procedência parcial da ação para: declarar rescindido o contrato entre as partes; condenar a Autora à obrigação de restituir à parte ré o equivalente a 80% dos valores por ela pagos e comprovados nos autos, mediante recibos, assim como indenizar as benfeitorias e construções erigidas no lote; condenar a Ré a indenizar os prejuízos causados à Autora pelo valor equivalente à soma de mensalidades apurados entre o início da posse e a efetiva desocupação do imóvel, calculada na base de 1% ao mês sobre o valor venal do imóvel (se o bem não tiver valor venal, a remuneração será calculada na base de 0,5% sobre o valor do contrato atualizado), observada a compensação com a restituição das parcelas pagas e a prescrição quinquenal até a data do ajuizamento da demanda.

Inconformada, insurge-se a Autora requerendo a reforma da R. sentença, a fim de julgar procedente o pedido de indenização por fruição do bem por todo o período contratado, afastando-se a condenação da Apelante ao pagamento de indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias, uma vez que os Apelados não se desincumbiram do ônus da prova de constituição de seu direito indenizatório.

Apelo com processamento regular. Respondido.

Esse o breve relato.

Com efeito, a R. sentença merece prevalecer, pois que dera exata definição à perlenga.

Deveras, esta Corte já pacificou entendimento no sentido de que, nos casos em que o adquirente usou o imóvel por longo período, sem o devido pagamento

Acesso ao Sumário

das parcelas, mostra-se justo compensar o fato, admitindo-se a retenção pelo alienante de um valor a título de taxa de ocupação pelo desfrute do imóvel, equivalente a 0,5% do valor do lote apurado em perícia, a título de aluguel pelo período de inadimplemento.

E, em verdade, uma vez ocorrente essa prefixação, não pode haver cumulação com outra medida, sob pena de DUPLA PENALIZAÇÃO - o que não reverencia o Direito, e, sem isso ocorrera "BIS IN IDEM", o que não consulta ao Direito, e ante isso não se pode perder de vista o Princípio do Art. 884, do Código Civil.

A prescrição para cobrar a dívida contratual é de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 206, § 5º, I, do CC. Observa-se, por oportuno, que não prospera a arguição de que não se cuida de ação de cobrança, mas de rescisão contratual, fundada no inadimplemento, eis que a prescrição engloba não somente a pretensão relativa ao recebimento dos valores em si mesmos, mas também de qualquer outra consequência derivada do inadimplemento.

Outrossim, bem andou a sédula sentença ao mandar à devolução do valor da edificação realizada; por certo que as grandezas vertidas no apelo haverão que ser sopesadas no Laudo Pericial a ser realizado, em liquidação de sentença, para aferição do valor da obra e quejandos; aqui basta o dizer-se que não fôra justo que o Apelante recebera o bem acrescido da construção, que por mais modesta que haja sido, ostenta valor e a dignidade do Poder Judiciário, o mínimo de respeito ao próximo exige, e para não poder errar a verdade há que sempre ser repelido o enriquecimento sem causa - pelo que há que haver a confirmação da H. decisão.

Ante o exposto, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso, invocando-se ainda o Art. 252 do Regimento Interno desta Relação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008933-14.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante NOTREDAME SAÚDE S.A., é apelado HEBER PARDO DOS ANJOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24813)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MOREIRA VIEGAS (Presidente) e FÁBIO PODESTÁ.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 12 de setembro de 2016.
JAMES SIANO, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA. Saúde. Pretensão em razão de majoração por faixa etária em 81,16% quando o autor completou 59 anos de idade. Sentença de procedência em parte, para declarar a nulidade do reajuste e determinar a correção anual pelo índice da ANS.

Apela a ré sustentando ter sido o contrato de saúde estabelecido com associação de servidores públicos; inaplicabilidade do CDC; possibilidade de incidir reajuste por faixa etária; reajustes não têm relação com o índice autorizado pela ANS; inaplicabilidade do Estatuto do Idoso e da Súmula 91 do TJ/SP; RN 63/2003 editada pela ANS autoriza a variação do preço da mensalidade por faixa etária; subsidiariamente, que seja aplicado o índice de 60% de reajuste aos 59 anos de idade do apelado ou outro que entender o Tribunal; nada foi discutido a respeito de reajuste anual nesta demanda, por isso seria descabido o reajuste pelo índice da ANS. Cabimento em parte.

Possível apreciar o reclamo. Superveniente decisão monocrática proferida no REsp 1.568.244. Limitação da determinação de suspensão da tramitação de processos referentes ao aumento por faixa etária em planos de saúde apenas para aqueles inseridos na modalidade individual ou familiar.

A discussão na lide envolve reajuste por faixa etária em plano de saúde coletivo por adesão.

Aplicabilidade do CDC nos contratos coletivos por adesão. Adequação. Beneficiários são destinatários finais do serviço prestado pelas operadoras de plano de saúde.

Ausente demonstração do cálculo atuarial que autorizasse o reajuste no patamar elevadíssimo de cerca de 81% do preço. Falta de razoabilidade impõe o reconhecimento de sua impertinência. Inteligência do art. 51, IV, do CDC.

Adequado admitir a pedido subsidiário para fixar

o reajuste por faixa etária aos 59 anos de idade em 41,47%. Segundo percentual mais elevado da tabela de preços e já aplicado ao contrato sem sofrer resistência por parte do segurado.

Afastamento da determinação de reajuste anual pelo índice da ANS. Temática não fez parte da pretensão nem diz respeito ao reajuste por faixa etária.

Recurso provido em parte para limitar o reajuste aos 59 anos de idade em 41,47%% da mensalidade, restando afastada a aplicação do índice da ANS. Sucumbência recíproca.

VOTO

Trata-se de apelação interposta em face da sentença de f. 132/134, que julgou procedente em parte ação declaratória proposta por Heber Pardo dos Anjos contra Notredame Saúde S/A, para declarar nulo o reajuste em plano de saúde por faixa etária a partir dos 59 anos de idade do autor e determinar que o reajuste seja anual, pela ANS.

Apela a ré (f. 136/146), sustentando: (i) contrato de saúde estabelecido com associação de servidores públicos; (ii) inaplicabilidade do CDC em contrato coletivo por adesão; (iii) possibilidade de aplicar reajuste por faixa etária; (iv) reajustes não têm relação com o índice autorizado pela ANS; (v) inaplicabilidade do Estatuto do Idoso e da Súmula 91 do TJ/SP; (vi) RN 63/2003 editada pela ANS autoriza a variação do preço da mensalidade por faixa etária; (vii) cláusulas claras e aceitas pela parte contrária quando da adesão; (viii) necessidade de manter o equilíbrio econômico-financeiro; (ix) subsidiariamente, que seja aplicado o índice de 60% de reajuste aos 59 anos de idade do apelado ou outro que entender o Tribunal; (x) reajuste anual se dá por disposição contratual segundo a sinistralidade; (xi) nada foi discutido a esse respeito nesta demanda, por isso seria descabido o reajuste pelo índice da ANS.

Recurso recebido e respondido (f. 150/153).

Tentativa de conciliação nesta instância infrutífera (f. 170).

É o relatório.

O recurso procede em parte.

De antemão, possível apreciar o reclamo, haja vista a decisão monocrática proferida no REsp 1.568.244, pelo Relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Por esse pronunciamento foi limitada a determinação de suspensão da tramitação de processos referentes ao aumento por faixa etária em planos de saúde apenas para aqueles inseridos na modalidade individual ou familiar.

Acesso ao Sumário

Na presente hipótese trata-se de discussão de reajuste por faixa etária em plano de saúde coletivo por adesão, o que permite a regular tramitação do feito.

Inarredável a existência de relação consumerista e consequente aplicação do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que os usuários dos planos coletivos por adesão são destinatários finais do serviço de saúde fornecido pela apelante, podendo tanto a estipulante como os próprios beneficiários impugnar eventuais abusos em seu desfavor.

Aplicáveis os seguintes precedentes do STJ:

"PROCESSO CIVIL. LEGITIMIDADE AD CAUSAM. BENEFICIÁRIO DE PLANO DE SAÚDE. O beneficiário de plano de saúde, seja por contratação direta, seja por meio de estipulação por terceiros, tem legitimidade para exigir a prestação dos serviços contratados; se o ajuste contiver cláusula abusiva, poderá também contrastá-la, como resultado da premissa de que os contratos não podem contrariar a lei, no caso o Código de Defesa do Consumidor. Embargos de declaração rejeitados". (Edcl no AgRg no Ag 431464/GO, Terceira Turma, Rel. Min. ARI PARGENDLER, j. 04.10.05.)

AGRAVO REGIMENTAL. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE DE MENSALIDADE EM RAZÃO DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. OMISSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA. BENEFICIÁRIO. LEGITIMIDADE ATIVA. CLÁUSULA CONSIDERADA ABUSIVA.

1.- Consoante dispõe o artigo 535 do CPC, destinam-se os Embargos de Declaração a expungir do julgado eventuais omissão, obscuridade ou contradição, não se caracterizando via própria ao rejulgamento da causa.

2.- Ainda que o plano de saúde seja contratado por intermédio de terceiro, que é o estipulante, o beneficiário é o destinatário final do serviço, sendo portanto, parte legítima para figurar no pólo ativo de ação que busque discutir a validade das cláusulas do contrato.

3.- Desse modo, considerando que na estipulação em favor de terceiro, tanto o estipulante quanto o beneficiário podem exigir do devedor o cumprimento da obrigação (CC, art. 436, parágrafo único), não há que se falar, no caso, na necessidade de suspensão do presente feito até o julgamento final da ação proposta pela estipulante em nome de todos os contratados.

4.- A jurisprudência deste Tribunal consagrou o entendimento de ser abusiva a cláusula contratual que prevê o reajuste da mensalidade de plano de saúde com base exclusivamente em mudança de faixa etária, mormente se for consumidor que atingir a idade de 60 anos, o que o

Acesso ao Sumário

qualifica como idoso, sendo vedada, portanto, a sua discriminação.

5.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp 1336758/RS, Terceira Turma, Rel. Min. SIDNEI BENETI, j. 20.11.12).

O autor-recorrido ao completar 59 anos de idade sofreu um reajuste por faixa etária de 81,16%, indo a parcela do seguro saúde de R$ 898,70 para R$ 1.628,07 (f. 16).

A ré-apelante não demonstra a observância da RN 63/2003 da ANS, que regulamentou o art. 15 da Lei nº 9.656/98[1]. Tampouco demonstrou o cálculo atuarial que autorizasse um reajuste por faixa etária no patamar elevadíssimo de 81,16% do preço em uma só vez.

A falta de razoabilidade do reajuste, que ressente de justificação, permite reconhecer sua impertinência.

Por isso, as regras contratuais nesse aspecto, notadamente cláusula 20.2 (f. 101/102), não estão de acordo com a melhor interpretação das normas do Código de Defesa do Consumidor.

Incidente o disposto no art. 51, IV, do CDC que considera *"nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade"*.

Tal questão já foi enfrentada pelo STJ, que assim se pronunciou:

"DIREITO CIVIL. CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CLÁUSULA DE REAJUSTE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. INCREMENTO DO RISCO SUBJETIVO. SEGURADO IDOSO. DISCRIMINAÇÃO. ABUSO A SER AFERIDO CASO A CASO. CONDIÇÕES QUE DEVEM SER OBSERVADAS PARA VALIDADE DO REAJUSTE.

1. Nos contratos de seguro de saúde, de trato sucessivo, os valores cobrados a título de prêmio ou mensalidade guardam relação de proporcionalidade com o grau de probabilidade de ocorrência do evento risco coberto. Maior o risco, maior o valor do prêmio.

2. É de natural constatação que quanto mais avançada a idade da pessoa, independentemente de estar ou não ela enquadrada legalmente

1 **Art. 15**. A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Parágrafo único. É vedada a variação a que alude o **caput** para consumidores com mais de sessenta anos de idade, que participarem dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, há mais de dez anos. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001).

Acesso ao Sumário

como idosa, maior é a probabilidade de contrair problema que afete sua saúde. Há uma relação direta entre incremento de faixa etária e aumento de risco de a pessoa vir a necessitar de serviços de assistência médica.

3. Atento a tal circunstância, veio o legislador a editar a Lei Federal nº 9.656/98, rompendo o silêncio que até então mantinha acerca do tema, preservando a possibilidade de reajuste da mensalidade de plano ou seguro de saúde em razão da mudança de faixa etária do segurado, estabelecendo, contudo, algumas restrições e limites a tais reajustes.

4. Não se deve ignorar que o Estatuto do Idoso, em seu art. 15, § 3º, veda 'a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade'. Entretanto, a incidência de tal preceito não autoriza uma interpretação literal que determine, abstratamente, que se repute abusivo todo e qualquer reajuste baseado em mudança de faixa etária do idoso. Somente o reajuste desarrazoado, injustificado, que, em concreto, vise de forma perceptível a dificultar ou impedir a permanência do segurado idoso no plano de saúde implica na vedada discriminação, violadora da garantia da isonomia.

5. Nesse contexto, deve-se admitir a validade de reajustes em razão da mudança de faixa etária, ***desde que atendidas certas condições, quais sejam: a) previsão no instrumento negocial; b) respeito aos limites e demais requisitos estabelecidos na Lei Federal nº 9.656/98; e c) observância ao princípio da boa-fé objetiva, que veda índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o segurado****.*

6. ***Sempre que o consumidor segurado perceber abuso no aumento de mensalidade de seu seguro de saúde, em razão de mudança de faixa etária, poderá questionar a validade de tal medida, cabendo ao Judiciário o exame da exorbitância, caso a caso****.*

7. Recurso especial provido. (REsp 866840/SP RECURSO ESPECIAL 2006/0129056-3, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 07/06/2011)

Portanto, os aumentos são possíveis e legais, inclusive aos 59 anos de idade, desde que demonstrada a proporcionalidade e a equidade.

A simples implementação da idade não pode servir de base para a majoração pretendida.

Adequado, no entanto, admitir o pedido subsidiário para fixar o reajuste por faixa etária aos 59 anos de idade em 41,47%, que representa o segundo percentual mais elevado da tabela de preços (f. 102) e já foi aplicado ao contrato sem sofrer resistência por parte do segurado.

Necessário também afastar a determinação de reajuste anual pelo índice da ANS, porque não fez parte da pretensão nem diz respeito ao reajuste por faixa etária.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, **dá-se provimento em parte** ao recurso para limitar o reajuste aos 59 anos de idade em 41,47% da mensalidade, restando afastada a aplicação do índice da ANS. Ficam repartidos os ônus da sucumbência em 50%, inclusive a verba honorária arbitrada pela sentença (R$ 1.500,00), cabendo o patrono de cada parte receber metade dessa quantia a ser paga pelo "*ex adverso*".

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1034672-86.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BRADESCO SAÚDE S/A, é apelada LUDWIKA KRZYWDZINSKA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38988)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (Presidente), EGIDIO GIACOIA e VIVIANI NICOLAU.

São Paulo, 13 de setembro de 2016.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator

Ementa: SEGURO SAÚDE. Tratamento de fisioterapia. Contrato submetido aos ditames do CDC (Súmula 469, STJ). Nulidade da cláusula que exclua o tratamento pleiteado (art. 51, IV, CDC). Cobertura devida. Irrelevância da cláusula contratual que baliza a negativa efetuada, pois contrárias aos ditames da legislação consumerista e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Aplicação da Súmula 96 (Havendo expressa indicação médica de exames associados a enfermidade coberta pelo contrato, não prevalece a negativa de cobertura do procedimento). Sentença mantida. Art. 252 do RITJSP. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação ordinária com pedido de antecipação de tutela, julgada procedente pela r. sentença de fls. da lavra do i. Magistrado Fernando Henrique de Oliveira Biolcati, de relatório adotado.

Acesso ao Sumário

Apela a requerida, alegando que as limitações contratuais existentes na apólice da apelada são da própria natureza dos contratos de seguro, não havendo, pois, qualquer irregularidade em suas disposições, tal como tenta fazer crer a r. sentença recorrida. Todas as exclusões previstas na apólice contratada estão lá dispostas de forma bastante clara, o que permite o perfeito entendimento do consumidor quanto ao seu conteúdo e afasta a alegada afronta ao Código de Defesa do Consumidor.

Contrarrazões (fls. 469/487).

É o relatório.

Cuida-se de ação de ordinária com pedido de antecipação de tutela proposta por Ludwika Krzywdzinska em face de Bradesco Saúde S/A, objetivando, liminarmente que a ré suporte as despesas hospitalares em aberto junto ao mencionado hospital credenciado; proceda de imediato o integral reembolso das despesas de fisioterapia, medicamentos, exames e materiais que abusivamente a Ré se negou em custear, conforme notas fiscais em anexo, uma vez que a autora necessita destes valores para sua subsistência; oficie ao Serasa, para que o mesmo se abstenha/suste a negativação do nome da autora e de sua filha e finalmente que seja julgada procedente a ação, reconhecendo a ilegalidade da cláusula contratual que embase a recusa do fornecimento do procedimento médico necessários, inclusive referente a fisioterapia da requerente, e ainda seja determinado o cumprimento do contrato no tocante a cobertura dos tratamentos prescritos pelos médicos que a assistem e que se façam necessários.

A r. sentença de fls. 442/446, julgou procedentes os pedidos, com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, para: a) Declarar a abusividade da cláusula limitativa de cobertura de procedimentos de fisioterapia; b) condenar a ré ao pagamento dos valores pagos pela autora, consoante exposto na documentação anexada à inicial (fls. 73/90), atualizados monetariamente de acordo com a tabela prática do Tribunal de Justiça de São Paulo desde a data do desembolso, acrescido dos juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, relativos à fisioterapia, exames, materiais e medicamentos, por ser contratual a relação, consoante o artigo 405, do Código Civil; c) condenar a ré ao pagamento diretamente ao Hospital Sírio - Libanês dos valores em aberto relativos aos procedimentos médicos realizados pela autora, fisioterapia, exames, materiais e medicamentos, confirmando a antecipação dos efeitos da tutela.

O recurso não merece acolhimento.

De proêmio, insta salientar que a apreciação da controvérsia recursal observará as disposições contidas no Código de Processo Civil de 1973, embora já em vigor o diploma aprovado em 2015.

A relação estabelecida entre as partes se enquadra nos ditames da

Acesso ao Sumário

legislação consumerista e foi posta em contrato de adesão. Nesse sentido, destaca-se o verbete da Súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual: "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde".

O contrato celebrado entre os litigantes tem por objeto a cobertura de custos e despesas correspondentes à assistência médica prestada pela empresa de seguro saúde.

Sua conduta, no entanto, ao negar o custeio do tratamento pleiteado, importa flagrante violação aos preceitos que deveria ao máximo resguardar: o direito fundamental à saúde, à vida e o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Portanto, tal recusa deve ser considerada abusiva.

Eventual restrição contratual deve ser tida por não escrita, uma vez que claramente abusiva e afrontosa aos direitos básicos do consumidor, nos termos do artigo 51, IV e § 1º, II, do CDC.

Sendo assim, a recusa do tratamento por parte da seguradora colocava em risco o próprio objeto do contrato, ou seja, a preservação da saúde, tornando nula a cláusula que previa sua exclusão, nos termos do artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Ao comentar o dispositivo, Arruda Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins asseveram:

"No inciso IV, procura-se atribuir equilíbrio a contrato que envolva relação de consumo, destituído desse equilíbrio, pois se dispõe serem nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam obrigações iníquas, abusivas, ou que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, assim como aquelas que sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade.

É um verdadeiro mandamento aberto, exprimindo conceito vago, a ser preenchido pelo Juiz diante de cada caso, de acordo com as circunstâncias que lhe forem peculiares, quando, então, deverá ser avaliado, in concreto, se trata ou não de cláusula leonina" (Código do Consumidor Comentado, 2ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, pág. 252).

Por seu turno, Waldirio Bulgarelli ensina, ao abordar as obrigações iníquas, abusivas ou que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, que:

"As iníquas são facilmente identificáveis, pois rompem de maneira excessiva o equilíbrio contratual, afetam a comutatividade e o chamado 'sinalagma': por seu turno as abusivas se avizinham das iníquas, e se expressam geralmente também pelo caráter de potestatividade com que são colocadas, e para tanto, o legislador valorou as mais salientes para exemplificativamente introduzi-las no Código. Aliás, como o fez com a terceira menção, a de desvantagem exagerada, que procurou explicar, através de presunção legal, no

Acesso ao Sumário

§ 1º do artigo 51, estatuindo que se deve assim considerar, 'entre outros casos' (grifamos para acentuar o seu tom explicativo) a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e o seu conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso".

Do exame dos autos, infere-se que o ajuste se apresenta como um típico contrato padrão, cujas cláusulas, pré-estipuladas pela recorrente, não relegaram qualquer oportunidade de discussão. Assim, aplica-se, à espécie, a regra da hermenêutica segundo a qual devem ser interpretadas a favor do contratante (ora beneficiário dos serviços), que aderiu às cláusulas constantes do contrato-padrão, impresso em papel timbrado da contratada (prestadora dos serviços), por ela estabelecidas.

Vai daí que a restrição estabelecida pela recorrente configura situação de abuso do direito de contratar, tornando letra morta o princípio da autonomia da vontade em face da inegável situação de prevalência da parte contratada ante as deficiências das instituições de saúde pública (TJ/SP, AC n. 232.777-2, Rel. Des. Gildo dos Santos; e Apelações nºs 357.967-4/6-00 e 416.076.4/9-00, de São Paulo, 3ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Beretta da Silveira).

Muito menos vale argumentar que houve livre contratação entre as partes, desde que, para o reconhecimento da existência de cláusulas abusivas, conforme a disciplina do Código do Consumidor, pouco importaria cogitar do acordo de vontades. Nulas "de pleno direito" (artigo 51) devem ser assim pronunciadas, até de ofício pelo Julgador. É que "o direito cominou-lhes o grau mais elevado de invalidade, porque a tutela legal do consumidor opera apesar dele. O interesse lesado não pertence individualmente ao consumidor contratante, mas a toda a comunidade potencialmente prejudicada" (Paulo Luiz Neto Lôbo, Contratos no Código do Consumidor - Pressupostos Gerais, *in* RT, vol. 705/48).

Acesso ao Sumário

Ofendendo a ordem pública e o interesse social, a nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas nos contratos de consumo pode ser alegada a qualquer tempo ou grau de jurisdição, cabendo ao Juiz o dever de pronunciá-las de ofício (cf. Nelson Nery Júnior, *in* Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, Editora Forense Universitária, 4ª ed., páginas 341/343).

Como ensina a prestigiada doutrinadora Cláudia Lima Marques: "a vontade das partes não é mais a única fonte de interpretação que possuem os juízes para interpretar um instrumento contratual. A evolução doutrinária do direito dos contratos já pleiteava uma interpretação teleológica do contrato, um

respeito maior pelos interesses sociais envolvidos, pelas expectativas legítimas das partes, especialmente das partes que só tiveram a liberdade de aderir ou não aos termos pré-elaborados" (Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 4ª ed., pág. 227).

Calha sobrelevar, nessa vereda, que esta Corte já fincou este posicionamento de modo definitivo, consoante se pode constatar pela leitura da Súmula 96 ("Havendo expressa indicação médica de exames associados a enfermidade coberta pelo contrato, não prevalece a negativa de cobertura do procedimento"), de maneira a inibir o provimento do apelo.

Ademais, como bem observou o Juiz de Primeiro Grau: "*Observo que a patologia sofrida pela autora estava efetivamente coberta pelo seguro avençado com a ré, consoante o instrumento negocial acostado às fls. 19/20 dos autos. Neste mesmo documento, consta em sua cláusula 7ª, parágrafo 7º, a limitação de procedimentos de fisioterapia, que, todavia, não pode prevalecer. Isso porque, se há expressa cobertura quanto ao tratamento de problemas de saúde da autora, como nos presentes autos, qualquer limitação atinente à realização de procedimentos necessários à efetivação de referido tratamento, quando expressamente indicados durante a internação, como aqueles de fisioterapia, significa, na realidade exclusão deste, configurando-se como abusiva, consoante o artigo 51, 'caput', incisos I e IV, do Código de Defesa do Consumidor*".

Portanto, o contrato pactuado entre as partes é irrelevante quando contraria preceitos básicos do Direito consumerista e o princípio da dignidade da pessoa humana, em suas mais diversas acepções.

Assim, nenhum reparo a r. sentença recorrida, cujos fundamentos ora são ratificados, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno desta Corte, de acordo com o qual: "*Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*".

Registre-se, que a ratificação dos fundamentos da decisão de Primeira Instância pelo Tribunal não importa vício ou nulidade do acórdão (cf. STJ, 2ª Turma, REsp. 662.272-RS, Rel. Min. **João Otávio Noronha**, j. 04/09/2007 e REsp. 599.092-AL, Rel. Min. **Eliana Calmon**, j. 26/10/2004) e vem sendo amplamente utilizada nesta Corte (cf. Apelação nº 994.08.134609-9, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. **Álvaro Passos**; Apelação n° 994.06.023739-8, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. **Elliot Akel**; Apelação n° 994.02.069946-8, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. **Paulo Eduardo Razuk**; Apelação n° 990.10.031478-5, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. **Beretta da Silveira**).

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007001-49.2014.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que apelam e são apelados SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE e MARIO ANTONIO SILVA FERREIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DO AUTOR E NEGARAM PROVIMENTO AO DA RÉ. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24146)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVÉRIO DA SILVA (Presidente sem voto), SALLES ROSSI e PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO.

São Paulo, 29 de agosto de 2016.

GRAVA BRAZIL, Relator

Ementa: Seguro saúde - Ação de indenização por danos materiais e morais - Procedência em parte - Inconformismo das partes - Acolhimento do inconformismo do autor, não acolhimento do da ré - Ilegalidade de recusa de cobertura de tratamento de eletroconvulsoterapia prescrito pelos médicos assistentes sob o fundamento de não estar previsto no rol da ANS - Inteligência do CDC - Súmula n. 102, deste E. Tribunal de Justiça - Tratamento realizado com prestadores pertencentes à rede referenciada, impondo o ressarcimento integral dos custos incorridos pelo autor - Existência de danos morais indenizáveis - Arbitramento do *quantum* indenizatório à luz das circunstâncias do caso e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade - Sucumbência integral da ré - Sentença reformada em parte, para julgar procedente a demanda - Provido o recurso do autor, desprovido o da ré.

Acesso ao Sumário

VOTO

I - Trata-se de sentença que, em ação de indenização por danos materiais e morais, julgou a demanda procedente em parte, para condenar a ré "no pagamento da importância de R$ 15.992,88 (quinze mil novecentos e noventa

e dois reais e oitenta e oito centavos)". Confira-se fls. 178/183.

Inconformadas, apelam as partes.

Sustenta a ré (fls. 189/196), em resumo: (i) a validade da negativa de cobertura ao tratamento pretendido pelo autor, amparada no contrato, eis que não previsto no rol da ANS; (ii) subsidiariamente, o reembolso deve ser realizado nos limites do contrato, sob pena de afronta ao art. 1°, I, c/c art. 12, da Lei n. 9.656/98, e aos princípios do *pacta sunt servanda* e do equilíbrio econômico-financeiro do contrato; e (iii) a redução dos honorários advocatícios.

Aduz o autor (fls. 198/202), em resumo, a existência de danos morais indenizáveis. Prequestiona o art. 927, do CC.

O preparo foi recolhido (fls. 197 e 203/205), sendo os recursos recebidos (fls. 206/207). Contrarrazoado apenas o da ré (fls. 209/213 e 231).

É o relatório, adotado, quanto ao mais, o da sentença apelada.

II - Discute-se, no caso, a obrigação da ré de ressarcir ao autor as despesas incorridas com tratamento de eletroconvulsoterapia para quadro de transtorno afetivo bipolar, prescrito pela médica assistente (fls. 19), ante a recusa alegadamente indevida da ré em efetuar a cobertura, bem como a indenização de alegados danos morais daí decorrentes.

Assim justificou a médica assistente a prescrição do tratamento em questão: "Declaro para os devidos fins que o Sr. Mario Antonio Silva Ferreira está em tratamento psiquiátrico sob meus cuidados há cerca de um ano. Meu primeiro atendimento a ele ocorreu em ambiente hospitalar onde foi detectada uma intoxicação grave pelo lítio, medicação essa que já vinha fazendo uso há mais de 20 anos. Seu histórico psiquiátrico é de um tratamento contínuo para transtorno bipolar que se manifestou desde o início de sua idade adulta, e com referências a presença desse quadro em seus familiares. Durante esse período após sua alta hospitalar apresentou um quadro depressivo persistente que não teve uma evolução positiva. Primeiramente se tentou a estabilização com Olanzapina e Depakote, não havendo melhora de seu pragmatismo e nem da sua sensação de não dormir e de não ter vontade de comer. Utilizamos também vários antidepressivos Mirtazapina, Escitalopram, Desvenlafaxina em doses eficazes e por períodos adequados sem respostas positivas. Passou a apresentar um quadro mais grave de depressão, permanecendo a maior parte do dia acamado, sem se alimentar e muito queixoso, dizendo que nada mais podia ser feito por ele, que não adiantava comer, tomar medicação e nem que os familiares o levassem aos médicos. Nessa ocasião mudamos o antipsicótico para Risperidona 6mg dia e os efeitos colaterais foram muito intensos. Também não foi possível o uso da Clozapina. O seu quadro físico se agravou pois perdeu muito peso sendo necessário o uso de sonda nasogástrica. Durante esse período dizia que estava morto, que não tinha nada dentro dele, que por isso não precisava mais se alimentar e que tomar medicação não adiantava pois não ia dormir. Esses quadros às vezes vinham dentro de episódios

Acesso ao Sumário

de agitação psicomotora e se tornaram de difícil manejo. Diante da falha terapêutica medicamentosa e o agravamento do quadro psicótico e físico se tornou necessária uma intervenção através da eletroconsulsoterapia, pois é esse o procedimento considerado como indicação de tratamento com eficácia para esses quadros." (fls. 20/21).

Os documentos de fls. 23 e 25 corroboram a gravidade do quadro psíquico e físico do autor em consequência da doença e a necessidade do tipo de tratamento prescrito.

A ré não contesta que a enfermidade que acomete o autor é coberta pelo contrato, restringindo-se a recusa de cobertura ao tipo de tratamento prescrito (eletroconvulsoterapia), sob o argumento de não estar contido no rol da ANS, havendo, portanto, exclusão contratual.

É cediço o entendimento de que impedir que os consumidores de planos de saúde tenham acesso a métodos de tratamento mais eficientes apenas porque ainda não previstos em lista não atualizada com a mesma frequência dos avanços da medicina é impor-lhes desvantagem exagerada e restringir indevidamente o objeto e a finalidade do contrato, o que caracteriza a abusividade e consequente ilegalidade de qualquer cláusula contratual em contrário, nos termos do art. 51, IV e § 1º, I a III, do CDC[1].

Com efeito, os demorados trâmites administrativos para a inclusão de procedimentos mais modernos no rol da ANS não podem servir como justificativa para negar a cobertura de tratamento prescrito por médico habilitado, que é o profissional apto a indicar o tratamento mais adequado ao quadro e às peculiaridades do paciente para enfermidade acobertada pelo contrato.

A matéria em debate já está sedimentada, sendo objeto da Súmula 102, deste E. Tribunal de Justiça: "Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS".

É, portanto, a ré obrigada a efetuar a cobertura do tratamento de eletroconvulsoterapia prescrito ao autor.

Posta a obrigatoriedade da cobertura, alega o autor que o tratamento foi prescrito por médico conveniado e feito em hospital conveniado (fls. 176), o que não impugna especificamente a ré, inclusive, em seu apelo, tornando este fato, portanto, incontroverso. Acresce-se, ainda, estar comprovado nos autos que o tratamento foi realizado em instituição pertencente à rede referenciada de seu seguro saúde (fls. 81 e 177).

Assim sendo, não há que se falar em opção ou escolha do autor em realizar o tratamento *sub judice* em caráter particular, fora da rede referenciada,

Acesso ao Sumário

1 Súmula n. 469, do C. STJ: "***Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.***"

mediante sistema de reembolso nos termos do contrato. Tendo a ré ilegalmente negado cobertura para o tratamento realizado com prestadores pertencentes à rede referenciada (caso em que seu custeio pela operadora seria integral), deve ressarcir integralmente os custos incorridos pelo autor com o tratamento em face da recusa ilegal, como bem decidido na sentença.

Não há, nisso, qualquer violação ou negativa de vigência ao art. 1°, I, c/c art. 12, da Lei n. 9.656/98. Tampouco os princípios do *pacta sunt servanda* e do equilíbrio econômico-financeiro do contrato justificam a violação de normas de ordem pública postas no CDC, nos termos acima apontados.

III - Ante o grave estado de saúde, físico e mental, em que se encontrava o autor, que já perdurava há anos com acentuado agravamento, tudo atestado pelos médicos assistentes, é indiscutível que a recusa ilegal da ré em efetuar a cobertura do tratamento de eletroconvulsoterapia que lhe foi prescrito prolongou-lhe e lhe impôs ainda mais dor e sofrimento, superando o mero aborrecimento e estresse cotidianos. Patente, portanto, a existência de danos morais indenizáveis no caso.

A jurisprudência do C. STJ é mansa e pacífica quanto à existência de danos morais indenizáveis decorrentes da recusa de cobertura de tratamento médico por operadora de plano de saúde. Confira-se:

> "AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ART. 544, DO CPC) - DEMANDA POSTULANDO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (COBERTURA FINANCEIRA DE TRATAMENTO MÉDICO) E PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO DA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. 1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que a recusa indevida/injustificada, pela operadora de plano de saúde, em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico, a que esteja legal ou contratualmente obrigada, enseja reparação a título de dano moral, por agravar a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do beneficiário. Caracterização de dano moral *in re ipsa*. Precedentes. 2. Pretensão voltada à redução do valor fixado a título de dano moral. Inviabilidade. *Quantum* indenizatório arbitrado em R$ 15.000,00 (quinze mil reais), o que não se distancia dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte. Incidência da Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental desprovido."[2]

Não sendo os danos morais, por natureza, quantificáveis, dado serem imateriais, seu arbitramento deve se dar à luz das circunstâncias do caso concreto, em particular a extensão da dor e do sofrimento experimentados, as condições das partes e sua função duplamente reparadora e educativa, bem como dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não havendo que

Acesso ao Sumário

2 AgRg no AREsp 413186/SP, STJ, 4ª T., Rel. Min. Marco Buzzi, j. em 09.12.2014, DJe 15.12.2014.

se falar em enriquecimento sem causa no que tange ao valor arbitrado à luz desses elementos.

No caso, à luz daqueles elementos, mostra-se razoável e proporcional o arbitramento da indenização por danos morais no montante de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

IV - Ante a sucumbência integral da ré à luz dos pedidos formulados, deverá arcar com a integralidade das custas e despesas processuais, bem como com honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação, *ex vi* do art. 20, § 3°, do CPC, tendo em vista, em que pese o zelo e o trabalho realizado pelo patrono do autor, a pouca complexidade da demanda e a não realização de audiência de instrução nem de prova pericial.

No mais, à luz dos fundamentos acima expostos, verifica-se não haver violação ou negativa de vigência a qualquer dos dispositivos suscitados pelas partes, nem a súmula de tribunal superior.

Concluindo, pelos fundamentos acima expostos, reforma-se em parte a sentença para, julgando procedente a demanda: (i) condenar a ré a pagar ao autor indenização a título de danos morais no montante de R$ 10.000,00 (dez mil reais), acrescido de correção monetária de acordo com a Tabela Prática deste E. Tribunal de Justiça a partir deste acórdão (Súmula n. 362, do C. STJ) e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês desde a citação (art. 405, do CC); e (ii) condenar a ré ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação.

V - Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso do autor e nega-se provimento ao da ré. É o voto.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007163-24.2005.8.26.0368, da Comarca de Monte Alto, em que é apelante/apelado GARBIN EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/C LTDA., são apelados/apelantes VALDECIR GARBIN, JOSÉ LUIZ PINHEIRO DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA) e MARIA HELENA GUEDES DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), Apelados JOÃO VALENTE DA COSTA, OSWALDO NAMBA, DORIVAL MADEU e MUNICIPALIDADE DE MONTE ALTO.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por votação unânime deram provimento ao recurso dos autores e negaram provimento ao dos réus.", de conformidade

com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.203)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ELCIO TRUJILLO (Presidente) e CESAR CIAMPOLINI.

São Paulo, 30 de agosto de 2016.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Ementa: COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - LEGITIMIDADE DE PARTE - Ação movida contra empresa vendedora do imóvel e seu sócio representante Valdecir Garbin, além de outras pessoas - Preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* arguida pela Garbin Empreendimentos e Valdecir não reconhecida na r. sentença - Insurgência - Sócio que possui legitimidade de parte, embora não figure pessoalmente no contrato firmado entre as partes - Participação do sócio no sucedido - Sócio que possuía poderes expressos para alienar o lote objeto da demanda. Sentença mantida.

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS - Venda de um mesmo imóvel (quadra 8, lote 9 "B" da rua Noel Rosa, em Monte Alto) aos autores e a terceiros - Fato que veio a tona quando da tentativa de desmembramento do lote após a quitação das parcelas avençadas pelos compradores - Oferta feita pela vendedora de substituição do lote por outro no mesmo loteamento (quadra 7, lote 9 B da rua Carlos Gomes) - Contrato de compra e venda firmado com data retroativa ao do primeiro negócio - Desmembramento do lote - Alienação do lote 9, quadra 7, contudo, na integralidade em nome de terceiro, conforme averbação na matrícula do imóvel - Erosão no local do loteamento - Termo de acordo firmado entre Valdecir e o Município, referendado pelo Ministério Público - Lotes que foram cedidos ao Município para a realização de obras de contenção - Parte do lote que pertenceria aos autores que não consta no acordo, mas que restou comprometido, tendo sido, ademais, extinto o seu cadastro - Restituição das parcelas pagas pelos autores pelo negócio não concretizado devida -

Acesso ao Sumário

Sentença mantida.

DANO MORAL - Danos caracterizados - Reparação devida - Responsabilidade dos réus comprovada. Sentença que acolhe o pedido, mantida.

INDENIZAÇÃO - Valor - Alegação de que a quantia fixada não gera efeito punitivo e tampouco inibe que se pratique novamente a conduta ilícita - A indenização por dano moral deve reparar o sofrimento da vítima e, ao mesmo tempo, desestimular a prática do fato, pelo ofensor, devendo o Juiz estabelecê-lo com critérios de proporcionalidade e razoabilidade, sem deixar de atender a esses objetivos, todavia evitando o enriquecimento sem causa do ofendido, ou provocando injusto desfalque do patrimônio do ofensor - Fixação da indenização em R$ 10.000,00 que deve ser majorada para R$ 20.000,00, de modo a atender aos critérios acima, corrigíveis a partir deste julgamento - Sentença reformada nesse ponto.

Apelação dos autores provida, não provida a dos réus.

VOTO

A r. sentença de fls. 436/451 julgou parcialmente procedente ação de indenização por perdas e danos cumulada com pedido de lucros cessantes e reparação por danos morais, condenando os réus Garbin Empreendimentos e Valdecir Garbin a pagarem aos requerentes R$ 10.000,00, a título de reparação por danos morais, e o reembolso das parcelas pagas pelo imóvel. Condenados, ainda, os réus ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação.

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados (fls. 456).

Apelam as partes.

Os réus GARBIN EMPREENDIMENTOS e VALDECIR GARBIN (fls. 457/469) sustentam: **a)** a preliminar de ilegitimidade de parte do corréu Valdecir devera ter sido acolhida pelo Juízo *a quo*, haja vista que não manteve qualquer contrato com os recorridos. "A pessoa do Recorrente Valdecir não pode e, ao mesmo tempo não deve ser confundida com a pessoa jurídica da empresa Garbin Empreendimentos" porquanto pessoas distintas. O contrato de venda e compra foi celebrado pela empresa Garbin com os apelados, contrato em que Valdecir figura como sócio; **b)** inexiste demonstração clara e objetiva de que o sócio Valdecir tenha praticado quaisquer das hipóteses previstas no artigo 50 do Código Civil; **c)** não foram os causadores dos danos alegados. A r. sentença reconheceu que os

Acesso ao Sumário

danos ocorridos no imóvel dos autores decorreram da erosão e obras realizadas no local pela Municipalidade. O imóvel da Rua Carlos Gomes não foi oferecido pelos réus para a realização das obras de contenção. Não cometeram qualquer ilícito, sendo as provas consistentes no sentido de que o Município, se o caso, é quem deve suportar os prejuízos sofridos pelos autores; **d)** ao contrário do mencionado na r. sentença, o lote 9B não foi vendido ao Sr. Lourival Sandrin, na totalidade. A perícia feita nos autos comprova que o Sr. Lourival utiliza apenas a parte do lote 9 que adquiriu da Garbin Empreendimentos, encontrando-se a outra parte sem qualquer tipo de muro, barreira divisória, etc., o que demonstra não ter sido alienado a terceiro o imóvel adquirido pelos autores. Embora tenha sido o imóvel registrado integralmente no nome do Sr. Lourival, quando da lavratura da escritura, o Sr. Valdecir Garbin recebeu procuração permitindo a outorga de escritura de parte do lote 9; **e)** "a Municipalidade não tomou as cautelas necessárias, vindo a avançar o terreno pertencente aos Recorridos, os quais diga-se de passagem, não foram objeto do Termo de Acordo". As canaletas para a contenção de águas pluviais sobre o imóvel dos recorridos foram construídas unilateralmente pelo Município, sem qualquer comunicado ou anuência; **f)** incabível a sua condenação pelos danos morais, na medida em que não foram os culpados pelas obras. Citam jurisprudência em abono à sua tese recursal. Pedem o acolhimento da preliminar de ilegitimidade de parte e a decretação de improcedência da ação, com a inversão dos ônus sucumbenciais.

Os autores, adesivamente (fls. 477/482), pleiteiam a majoração do valor da indenização por danos morais para 300 (trezentos) salários mínimos. Afirmam que o valor fixado na r. sentença não gera efeito punitivo e tampouco inibe que se pratique novamente a conduta ilícita. Os requeridos deram lotes irregulares por duas vezes e até o momento não foram ressarcidos e tiveram que suportar prejuízo material pela não devolução ao menos das parcelas pagas do financiamento.

Contrarrazões às fls. 471/476 e 484/490.

É o relatório.

1. Segundo o relatado na petição inicial, os autores, em novembro de 1992, firmaram com a empresa Garbin Empreendimentos Imobiliários S/C Ltda. contrato de compromisso de compra e venda de um terreno localizado na Rua Noel Rosa, quadra 8, lote 9 "B", do Município de Monte Alto, obrigando-se aos pagamentos estipulados no ajuste. O contrato data de 21 de outubro de 1991. Juntaram cópia dos recibos de pagamento das prestações avençadas, nos quais consta a indicação do lote e da quadra, por eles adquirido (fls. 46/52).

Após o cumprimento integral do avençado, tentaram regularizar a situação do imóvel perante a Prefeitura local, ocasião em que descobriram ter sido o terreno vendido a outras pessoas (Edson Ambrósio de Castro e Renato Maurício

Acesso ao Sumário

Ulian), conforme lhes informou Engenheiro da Prefeitura no documento de fls. 35/36 e fls. 90. Segundo esse documento, de 1990 a 1993 o imóvel constava no cadastro municipal como de propriedade da Imobiliária Jardim Paulista; em 1994, o lote 9 da quadra 8 foi dividido: o lado esquerdo a imobiliária passou para o compromissário Renato César Ulian, e o direito, para José Luiz Pinheiro da Silva; em 1997, o lado esquerdo foi transmitido a Edson Ambrósio de Castro e, em 1998, a Guerino Cláudio Fenerich; por fim, as duas partes do terreno passaram a constar (e assim até hoje) a Edson Ambrósio de Castro.

Isso, quanto ao cadastro municipal.

Os proprietários originários eram João Valente da Costa, Dorival Madeu e Oswaldo Namba, sendo que a empresa Imobiliária Cidade Sonho contratou a Garbin para intermediar a venda.

Desde 1993, data em que ocorreu o desmembramento do imóvel, até 1997 foram os autores quem pagaram todos os tributos (fls. 46/87 e fls. 90). A fim de sanar a irregularidade, no início de 1995, a empresa GARBIN e seu sócio Valdecir Garbin ofereceram outro imóvel, este situado à Rua Carlos Gomes, na quadra 7, lote 9 "B". A substituição se deu com data retroativa à do primeiro negócio (fls. 89 e 199/vº), sendo o compromisso datado de 25 de setembro de 1992.

A par disso, conforme consta no cartório de Registro de Imóveis, o lote 9 da quadra 7 da Rua Carlos Gomes foi adquirido pelo Sr. Lourival Sandrin, em junho de 1993 (fls. 43). A Garbin Empreendimentos foi quem também negociou a alienação do imóvel, mediante compromisso de venda e compra datado de outubro de 1991 (fls. 33/vº).

Em dezembro de 1993, os requeridos, na qualidade de loteadores, fizeram um acordo com a Municipalidade com o objetivo de resolver o problema de erosão no loteamento. Cederam alguns lotes ao Município para realização de obras de contenção, o que acarretou a perda total do lote em questão. Após o ano de 1996, o cadastro (nº 10295) foi extinto (fls. 35/36 e 44/45).

Acesso ao Sumário

Novamente os autores se depararam com a mesma situação de já não dispor de imóvel algum. Dessa vez receberam um imóvel em substituição ao anterior que, além de na época já pertencer a outra pessoa, acabou desaparecendo por causa das obras realizadas.

Daí o ajuizamento da demanda.

2. A digna Juíza julgou improcedentes os pedidos com relação aos requeridos Dorival Madeu, Oswaldo Namba, João Valente da Costa e Prefeitura Municipal de Monte Alto, carreando aos autores os ônus sucumbenciais.

No tocante aos corréus Garbin Empreendimentos Imobiliários S/C Ltda. e Valdecir Garbin, a r. sentença afastou a preliminar por eles arguidas, tendo sido reconhecida a legitimidade de parte também do sócio representante da empresa.

Isto porque, de acordo com o Juízo, o termo de ajuste sobre a localização dos lotes e as obras de contenção foi firmado entre Dorival, Valdecir, que possuía poderes expressos para alienar o lote da rua Carlos Gomes, e o Município (fls. 440/441).

A Garbin Empreendimentos e seu representante Valdecir Garbin são mesmo partes legítimas para responder à demanda.

Conquanto não figure pessoalmente como vendedor no compromisso de compra e venda entabulado com os autores, o recorrente Valdecir é igualmente responsável pelo sucedido, uma vez que participante dos negócios que envolveram o lote objeto do pedido. Aliás, como ele próprio afirma, possuía poderes expressos para alienar o lote em questão.

Quanto ao mérito, ficou consignado na r. sentença que:

> "Incontroverso, nesse ponto, que a referida substituição doimóvel da Rua Noel Rosa pelo lote da Rua Carlos Gomes ocorreu consensualmente, conforme declarado pelo requerido Valdecir Garbin (fls. 338), bem como pelos requerentes (fls. 06, parte final).
>
> **A questão, pois, cinge-se em torno da venda aos requerentes, pela requerida Garbin Empreendimentos Imobiliários, do lote 09-B, da quadra 07, da Rua Carlos Gomes, no bairro Jardim Paulista, situado nesta cidade e comarca de Monte Alto.**
>
> (...).
>
> Os danos ao imóvel, por conta da erosão e das obras no local, foram comprovados pelo relatório do Município de fls. 35 e laudo pericial de fls. 269/288.
>
> Alega a requerida Garbin Empreendimentos culpa exclusiva da Prefeitura Municipal no tocante às obras que realizou no local, salientando não haver oferecido o lote da Rua Carlos Gomes (fls. 44/45) às referidas obras, motivo pelo qual, não pode ser responsabilizada pela perda do imóvel em decorrência delas.
>
> Nesse ponto, razão assiste à requerida Garbin Empreendimentos Imobiliários, pois, conforme se verifica, não foi por ela oferecido o imóvel da Rua Carlos Gomes às obras de contenção no local, porquanto não descrito no acordo de fls. 44/45, sendo certo que eventual obra pública havida no local não esteve sob seu comando, ou de seu sócio Valdecir Garbin".

De fato, os corréus-apelantes não podiam ser responsabilizados pelas obras realizadas no local e que atingiram o lote adquirido pelos autores. As obras foram feitas pelo Município e não há prova de que o lote em questão tenha sido por eles cedido, pelo menos não consta no mencionado acordo.

Todavia, respondem os requeridos pelos prejuízos causados em razão da venda do lote a pessoas distintas. A venda do primeiro lote aos autores e a

Acesso ao Sumário

terceiros, assim como a do segundo terreno constitui ato ilícito.

Como ressaltado na r. sentença:

> "A requerida Garbin Empreendimentos Imobiliários vendeu partes desmembradas do lote 9 da quadra 07, da Rua Carlos Gomes, bairro Jardim Paulista, a Lourival Sandrin (lote 9 A, quadra 07), em 21 de outubro de 1991 (fls. 33) e, aos requerentes (lote 9 B, quadra 07), em 25 de setembro de 1992 (fls. 89).
>
> Entretanto, conforme consta da certidão do registro imobiliário (fls. 43), em 21 de junho de 1993, houve o registro aquisitivo por Lourival Sandrin **de todo o lote 9 da quadra** 7 da Rua Carlos Gomes e não somente da sua parte desmembrada informada a fls. 89.
>
> Portanto, a partir daquela data, o Sr. Lourival Sandrin passou a dispor da posse e domínio plenos do imóvel, a despeito da outra negociação realizada com o autor (fls. 89).
>
> Com efeito, o registro imobiliário de fls. 43 dá conta de que não seria possível aos requerentes procederem ao registro aquisitivo da parte que lhes foi vendida por Garbin Empreendimentos Imobiliários do lote em questão, uma vez que, de fato, coube a Lourival Sandrin sua integralidade, salientando-se que o registro aquisitivo se deu por escritura, transmitida por Valdecir Garbin (fls. 340).
>
> Por corolário, tendo em vista que a negociação de venda do imóvel se deu, tanto aos requerentes quanto ao terceiro Lourival Sandrin, pela requerida Garbin Empreendimentos Imobiliários, cabível que esta indenize os requerentes pelos danos sofridos, porquanto intangível o domínio pleno do imóvel pelo qual pagaram".

Os danos a que alude a r. sentença, por certo são os decorrentes do negócio que não pode ser concretizado, malgrado pagas todas as parcelas avençadas no compromisso de venda e compra. Esse é o fundamento utilizado para a condenação dos recorrentes ao pagamento da indenização por danos materiais.

Primeiramente, os requeridos venderam um mesmo lote aos autores e a terceiros. O fato foi confirmado por Valdecir no seu depoimento (fls. 339). Depois, ofertaram, em substituição ao primeiro, outro imóvel que também foi vendido a outra pessoa, o Sr. Lourival. No contrato de fls. 33 entabulado com Lourival consta lote 9 A da quadra 7. Com o seu desmembramento ficariam os autores com parte dele (lote 9 B da quadra 7). O corréu afirmou que deu a escritura para Lourival porque os autores ainda tinham prestações a pagar, mas que também daria a eles quando do término do pagamento. Só que eles não o procuraram para receber a escritura (fls. 340). A assertiva é risível. Se a Garbin e seu sócio tinham compromisso com os autores, deveriam cumpri-lo, ou tomar as providências cabíveis para desfazê-lo, nunca desconsidera-lo já tendo recebido todo o preço, como comprovado nos autos (fls. 46).

Além disso, verifica-se que os requeridos sabiam que a parte do lote

Acesso ao Sumário

cadastrado sob o nº 10295 encontrava-se comprometido pela erosão do loteamento, tanto que o terreno deixou de existir como tal, a motivar a extinção de seu cadastro.

O fato, inclusive, está relatado no ofício subscrito pelo engenheiro da Prefeitura às fls. 35/36.

Nem se diga que não houve qualquer ato ilícito porque o lote não foi vendido ao Sr. Lourival Sandrin na integralidade, mas somente parte dele. Na matrícula do imóvel consta o contrário. A alienação foi averbada em nome de Lourival e incluiu o lote por inteiro. O documento, que goza de fé pública, desmente por si a afirmação.

Correta, portanto, a r. sentença.

3. Acertado igualmente o reconhecimento do dano moral sofrido pelos demandantes. Os negócios entabulados pelas partes, e que não foram concretizados, em razão da atitude dos requerentes que por duas vezes venderam imóvel para diferentes pessoas, gera o dever de indenizar. Isso sem falar que o segundo lote desapareceu por força de obras que o Município foi levado a realizar devido a processo de erosão no local, malgrado não fosse do Município a titularidade dos lotes, nem o responsável por sua conservação.

Aqui, como afirmado pela digna Julgadora, "*não há dúvida de que a frustração experimentada pelos requerentes decorrentes de ambas as negociações terem restado infrutíferas, não lhes sendo dada solução eficaz pelo vendedor, mesmo após decorridos mais de dez anos, certo é que tal frustração supera em muito um simples aborrecimento do cotidiano, devendo, pois, serem indenizados*" (fls. 447/448).

E porque os apelantes deram causa ao dano, têm o dever de indenizar (artigo 927 do Código Civil).

Assim, evidente o dano e o nexo de causalidade com a ação praticada pelos réus, de rigor a manutenção da condenação.

4. Quanto ao pedido de majoração do valor da indenização, com razão os autores.

A r. sentença a fixou em R$ 10.000,00. O montante é insuficiente para de algum modo compensar a frustração padecida pelos autores. Afinal, não puderam eles haver para si o lote inicialmente adquirido, dado ter sido alienado a terceiro. Levados a aceitar outro em substituição, este também perderam, seja porque alienado a terceiro, seja porque por desaparecido o objeto do ajuste (a metade desse lote, que lhes foi compromissada à venda), envolvidos os fatos pelas circunstâncias relatadas nos autos, e bem apontadas pela r. sentença.

A condenação deve guardar respeito aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, levados em consideração a repercussão dos fatos, a posição e a condição das partes.

Acesso ao Sumário

Conferido ao Poder Judiciário dizer qual a indenização cabível, atendidas as peculiaridades e circunstâncias envolventes do caso, a indenização deve recompor quanto possível o dano e constituir estímulo a que os apelantes não repitam a conduta ilícita.

Atende-se também desse modo ao ditado por v. acórdão relatado pelo então Desembargador desta Corte, hoje Ministro CEZAR PELUSO: "estimativa prudencial que leve em conta a necessidade de, com a quantia, satisfazer a dor da vítima e dissuadir, de igual e novo atentado, o autor da ofensa" (RT 706/76).

Enfim, a indenização arbitrada fica elevada a R$ 20.000,00 (vinte mil reais), corrigidos a contar deste julgamento.

5. Ante o exposto, dou provimento ao recurso dos autores, negando-o ao dos réus.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1017011-90.2015.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante/apelada AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S.A., é apelado/apelante CARLINHOS JOSÉ DOS SANTOS e Apelado FUNDAÇÃO JOSÉ LUIZ EGYDIO SETUBAL (HOSPITAL INFANTIL SABARÁ).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16/30725)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS MARIO GALBETTI (Presidente) e MIGUEL BRANDI.

São Paulo, 20 de setembro de 2016.

LUIZ ANTONIO COSTA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Plano de saúde - Consumidor - Internação em regime de urgência - Recusa da operadora do plano de saúde ao custeio das despesas médico-hospitalares, sob alegação de prazo de carência contratual - Impossibilidade - Hipótese que caracteriza urgência - Aplicação da Lei nº 9.656/98 e da Resolução nº 13/1998 do CONSU - Determinação de pagamento das despesas médico-hospitalares referente a internação da menor

pelo plano de saúde diretamente ao Hospital - Dano moral não configurado - Sucumbência recíproca - Recursos parcialmente providos.

VOTO

Recursos de Apelação interpostos contra sentença que julgou parcialmente procedente Ação de Obrigação de Fazer para "*a) declarar a insubsistência da negativa de cobertura, condenando a corré Amil Assistência Médica Internacional S/A a arcar, em favor da corré Fundação José Luiz Egydio Setúbal com a totalidade do valor decorrente do atendimento prestado à menor Alice Serafini dos Santos na referida instituição em Maio de 2015 (incluindo despesas hospitalares, com materiais e outras), para esta finalidade assinalando, em se tratando, no que tange ao autor, de obrigação de fazer, o prazo de trinta dias (até que se ultime o prazo para pagamento subsistirá inalterada a tutela de urgência deferida, ou seja, a publicidade do protesto continuará suspensa, autorizado o restabelecimento dela se, findo o prazo, não houver a quitação da dívida pelo plano de saúde), bem como ao pagamento de indenização a título moral, a qual fixo em R$ 5.856,16, valor que deverá ser monetariamente atualizado, pelos índices da Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo, desde a presente sentença e acrescido de juros moratórios, estes à razão de 1% ao mês (artigo 406 do CC e artigo 161, § 1º, do CTN) e contados a partir da citação.*".

O Autor afirma na inicial que contratou plano de saúde da corré Amil em abril de 2015, porém em maio de 2015 a sua filha necessitou de atendimento de urgência, logo após o nascimento, o que gerou uma fatura de R$ 5.856,16 que foi encaminhada para protesto, razão pela qual ajuizou a presente demanda a fim de ver declarada a inexigibilidade do débito.

Citadas, a corré Fundação José Luiz Egydio Setúbal (Hospital) apresentou contestação, tendo a corré Amil deixado transcorrer o prazo sem apresentação de defesa.

Houve réplica e manifestação da corré Amil.

Foi proferida sentença acolhendo parcialmente os pedidos formulados pelo Autor.

Apela a corré Amil sustentando, em síntese, a existência de prazo de carência contratual. Diz que não é obrigada a cobrir o atendimento nem por Lei, nem por contrato. Aduz a inexistência de ilegalidade na recusa ao custeio da internação, sendo que agiu amparada no artigo 12 da Lei nº 9656/98. Diz que a cláusula contratual é clara acerca dos prazos de carência e há impossibilidade de reembolso, sendo certo que o Autor realizou tratamento com médico não credenciado. Acrescenta que se entendido pelo reembolso, este deve se dar nos limites do contrato. Diz ainda que inexistiram os danos morais e que se

Acesso ao Sumário

mantidos devem ser reduzidos em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Apela o Autor aduzindo omissão quanto à revelia de ambos os réus. Afirma a inadmissibilidade da rejeição ao pedido de declaração de inexigibilidade de débito, descabendo a possibilidade de restauração do protesto caso não haja quitação da dívida. Aduz que o Hospital sabia que o Autor era beneficiário do plano de saúde Amil e que a situação era de urgência, sendo claro o dano moral, devendo as Rés serem condenadas ao pagamento da indenização, de forma solidária. Por fim, diz que os honorários de sucumbência não devem ser repartidos, devendo ser carreados as Rés.

Recursos tempestivos e suficientemente preparados.

Contrarrazões apresentadas pelo Autor e pela corré Fundação.

É o Relatório.

Consigno a princípio que embora revel as Rés mantêm o interesse no feito e podem manifestar-se, inclusive requerer provas, de forma que a matéria de direito trazida pode ser analisada.

Com efeito, a presunção de veracidade dos fatos é um dos efeitos da revelia. Entretanto, tal presunção é relativa, admitindo improcedência do pedido se as provas juntadas ao processo levarem à conclusão diversa das alegações da peça inicial.

Destarte, viável o exame dos argumentos trazidos na peça recursal.

No mérito, a situação de urgência/emergência deve ser compreendida como aquela que implica risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para os pacientes.

Os artigos 35-C, inciso I, e 12, inciso V, alínea "c", da Lei nº 9.656/1998 dispensam a carência e tornam obrigatória a cobertura nos casos em que houver emergência.

No caso, infere-se do documento acostado às fls. 22 a gravidade do estado de saúde do bebê que, apesar de medicado chegou ao pronto socorro com piora do estado de saúde e diagnóstico de bronquiolite aguda (fls. 80/82), com evidente risco de vida, tanto que o médico prescreveu a imediata internação, necessitando, inclusive manter- se em isolamento.

O tipo de internação de urgência pode se verificar ainda do documento de fls. 81, consistente na guia de solicitação de internação.

Anoto, ainda, que o Autor é beneficiário de plano ambulatorial e hospitalar (fls. 86), de forma que há de se aplicar à espécie o artigo 3º, da Resolução nº 13/19998 do CONSU, que estabelece que "*os contratos de plano hospitalar devem oferecer cobertura aos atendimentos de urgência e de emergência que evoluírem para internação, desde a admissão do paciente até a sua alta ou que*

Acesso ao Sumário

sejam necessários à preservação da vida, órgãos e funções."

A cobertura de internação somente estaria limitada ao período de doze horas se o seguro do Autor fosse meramente ambulatorial.

Tem-se, no entanto, que a pronta e imediata internação da filha do Autor era medida necessária, uma vez que apresentava quadro de saúde grave, segundo informam os prontuários médicos, sendo evidente que se tratou de atendimento não eletivo, que não se submete a período de carência previsto no artigo 12, inciso V, alínea "b" da Lei n° 9.656/1998, que, para situações normais é considerado válido e como forma de equilíbrio da relação contratual, mas sim à alínea "c" do dispositivo legal, prevista para situações de emergência.

Ademais, o direito pleiteado diz respeito à saúde, o que significa direito a um tratamento adequado. Os autos trazem a comprovação da gravidade da situação do bebê, o que, por sua vez, comprova a necessidade da internação em caráter de urgência.

Observe-se ainda que a impossibilidade de predizer o evento, aproxima-o da *ratio* por trás da emergência e, nestes casos, a negativa de cobertura pode frustrar o próprio sentido do negócio jurídico firmado.

Nesse sentido vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. PRAZO DE CARÊNCIA. SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA. APENDICITE AGUDA. CARÊNCIA CONTRATUAL. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA RESTRITIVA. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES.

1. A cláusula que estabelece o prazo de carência deve ser afastada em situações de urgência, como o tratamento de doença grave, pois o valor da vida humana se sobrepõe a qualquer outro interesse. Precedentes específicos da Terceira e da Quarta Turma do STJ.

2. A jurisprudência desta Corte "vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura de seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada". (REsp 918.392/RN, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI).

3. Atendendo aos critérios equitativos estabelecidos pelo método bifásico adotado por esta Egrégia Terceira Turma e em consonância com inúmeros precedentes desta Corte, arbitra-se o quantum indenizatório pelo abalo moral decorrente da recusa de tratamento médico de emergência, no valor de R$ 10.000, 00 (dez mil reais).

4. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (REsp 1243632/RS, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, j. em 11/09/2012).

Acesso ao Sumário

"DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. PERÍODO DE CARÊNCIA. SITUAÇÕES EMERGENCIAIS GRAVES. NEGATIVA DE COBERTURA INDEVIDA. I – Na linha dos precedentes desta Corte, o período de carência contratualmente estipulado pelos planos de saúde, não prevalece, excepcionalmente, diante de situações emergenciais graves nas quais a recusa de cobertura possa frustrar o próprio sentido e razão de ser do negócio jurídico firmado. II - No caso dos autos o seguro de saúde foi contratado em 27/10/03 para começar a viger em 1º/12/03, sendo que, no dia 28/01/04, menos de dois meses depois do início da sua vigência e antes do decurso do prazo de 120 dias contratualmente fixado para internações, o segurado veio a necessitar de atendimento hospitalar emergencial, porquanto, com histórico de infarto, devidamente informado à seguradora por ocasião da assinatura do contrato de adesão, experimentou mal súbito que culminou na sua internação na UTI. III - Diante desse quadro não poderia a seguradora ter recusado cobertura, mesmo no período de carência. IV - Recurso Especial provido." (REsp 1055199/SP - Relator: Ministro SIDNEI BENETI - Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA - D.J. 03/05/2011).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - INEXISTÊNCIA - PLANO DE SAÚDE - CARÊNCIA - TRATAMENTO DE URGÊNCIA - COBERTURA DEVIDA - ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE - AGRAVO IMPROVIDO." (AgRg 1322204/PA - Relator: Ministro MASSAMI UYEDA - Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA D.J. 05/10/2010)

Assim também outro entendimento do mesmo STJ que, em caso semelhante, decidido anteriormente à inclusão do art. 35-C na Lei nº 9.656/1998, entendeu que a carência visa afastar tão somente procedimentos previsíveis, não aquelas necessidades sobre as quais o usuário nada pode fazer, como *in casu*:

Penso que o limite mínimo de tempo estipulado no contrato de adesão (...) tem por objetivo impedir que o novo associado, sem aguardar um período mínimo de tempo, desde logo passe a usar e dispor dos serviços oferecidos pela empresa estipulante, com um comportamento preordenado para lançar despesas com procedimentos de saúde já previstos e possivelmente programados, sem que tenha contribuído com um mínimo para gozar do benefício contratado, nem manifestado sua efetiva e continuada adesão ao contrato.

Quando o caso é de urgência, como esse de que se trata, e absolutamente contrário à vontade do segurado, que foi vítima de acidente de trânsito, tenho que o prazo de carência não prevalece. (REsp nº222.339/PB, Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, j. em 28.06.2001 pela 3ª Turma em v.u.

Acesso ao Sumário

sublinhei).

Por fim, o Código de Defesa do Consumidor considera nula de pleno direito, cláusula contratual que importe em restrição de direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual (artigo 51, § 1º, inciso II, CDC), anotando-se que a saúde e a preservação da vida é o escopo do contrato.

Assim, entendo que era caso de urgência, sendo indevida a negativa de cobertura, devendo a corré Amil arcar com a totalidade das despesas de internação diretamente ao Hospital corréu, merecendo a sentença reforma neste ponto.

No mais, inexiste nos autos qualquer comprovação de ter o Autor contratado médico particular e não se utilizado do médico pediatra que atende junto ao Hospital requerido, razão pela qual deve arcar integralmente com as despesas, não sendo crível a exclusão dos honorários médicos.

Por fim, não vislumbro a ocorrência dos danos morais, nem com relação ao procedimento, nem com relação ao título encaminhado a protesto.

Cumpre salientar que o Autor levou a filha ao pronto socorro do Hospital corréu e que lá ela foi devidamente atendida, recebendo todo o tratamento e amparo necessário a melhora do seu quadro clínico, tanto é que recebeu alta poucos dias após.

Em nenhum momento foi negada a internação ou atendimento médico. O fato de ter o plano de saúde negado o custeio ao tratamento após realizado não é suficiente para gerar o dissabor indenizável.

O Autor tinha contratado o plano de saúde em abril de 2015 e, em maio de 2015, ou seja, um mês após a contratação buscou atendimento no pronto socorro do Hospital requerido se utilizando do convênio médico. Por se encontrar evidentemente em período de carência contratual a corré Amil negou o pagamento das despesas médica hospitalares, agindo nos termos pactuados, porém tendo em vista a necessidade de internação em caráter de urgência da menor e o consequente afastamento da cláusula de carência foi a corré Amil obrigada ao custeio das despesas oriundas da internação, o que não importa na configuração dos danos morais.

Ainda, no tocante ao título que foi levado a protesto não há que se falar em dano moral, eis que o Hospital prestou adequadamente o serviço e não recebeu a contraprestação, sendo evidente a relação jurídica estabelecida entre as partes, tendo a corré agido em exercício regular de direito.

Destarte, a sentença merece reforma para se declarar a inexigibilidade do débito com relação ao Autor, excluindo-se definitivamente o protesto do título, devendo a corré Amil arcar diretamente com as despesas junto ao Hospital corréu, bem como para se afastar os danos morais fixados.

Acesso ao Sumário

No mais, entendo pela manutenção da verba honorária fixada em sentença, ante a sucumbência recíproca.

Isto posto, pelo meu voto, **dou parcial provimento aos recursos**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0058464-76.2008.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante ROSANGELA APARECIDA ESTAVARE (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado HOSPITAL SÃO FRANCISCO S/E LTDA.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.701)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ALEXANDRE LAZZARINI (Presidente) e COSTA NETTO.

São Paulo, 27 de setembro de 2016.

GALDINO TOLEDO JÚNIOR, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Ação proposta em face de hospital, fundada em aventado erro médico - Cerceamento de defesa - Não ocorrência - Análise sobre a necessidade ou não de realização de nova prova que cabe ao Juiz, destinatário desta - Paciente que por conta de acidente de trabalho sofreu lesão corto-contusa no 4º quirodáctilo da mão direita - Aventada negligência e imperícia procedimental no atendimento emergencial diante a necessidade de intervenção cirúrgica posterior em outra unidade hospitalar - Pleito cuja procedência depende de prova de culpa dos profissionais médicos envolvidos (art. 14, § 4º, do CDC) - Conjunto probatório que não apontou essa existência - Perícia realizada por profissional do IMESC, testificando a adequação dos procedimentos dispensados à paciente por ocasião do pronto atendimento de urgência, tanto que previsível a intervenção cirúrgica posterior em hospital especializado - Circunstância que não implica

Acesso ao Sumário

imperícia, imprudência e negligência do réu - Apelo desprovido.

VOTO

1. Ao relatório constante de fls. 247/251 acrescento que a sentença julgou improcedente ação indenizatória por danos morais e materiais, fundado em aventado erro médico, proposta por Rosangela Aparecida Estavare.

Recorre esta sustentando preliminar de nulidade do julgado em razão do julgamento antecipado da lide, fato a caracterizar cerceamento de defesa, pois era imprescindível para o deslinde do feito a realização de prova oral pela ouvida de testemunha que esteve presente no atendimento ambulatorial. No mais, desqualifica o resultado da prova técnica sob o argumento de que esta somente foi realizada em 28.7.2014, enquanto que o processo foi distribuído em 19.11.2008, sem contar que nem todos os quesitos formulados foram respondidos pelo experto, daí a necessidade de se anular a sentença, por violação do artigo 489, §1º, IV, CPC c/c 93, IX da CF/88. De qualquer forma, defende que há elementos probatórios para caracterizar má prestação de serviço do hospital réu, pois, apesar de pago, se tivesse recebido tratamento correto para o seu dedo anular direito lesionado por conta de acidente ocorrido em 2.7.2008, dispensaria a procura de outros procedimentos, cirurgias ou intervenções corretivas em outro hospital em 11.2.2009. Logo, havendo elementos de prova da negligência e imprudência dos profissionais envolvidos no atendimento de emergência, justifica o pleito de reparação moral (fls. 255/262).

Recurso regularmente processado, com oferecimento de contrarrazões às fls. 266/273.

2. Por falta de reiteração, nos termos do § 1º do artigo 523 do Código de Processo Civil vigente à época, reputa-se renunciado o agravo retido de fls. 131/138, interposto pelo hospital réu, até porque a sentença afastou sua responsabilidade no evento.

Por sua vez, rejeita-se, de pronto, a alegação de nulidade do julgado por aventado cerceamento de defesa pela autora, em face do julgamento antecipado do feito, uma vez que para seu deslinde era mesmo desnecessária a produção de outras provas, além daquelas já constantes dos autos.

Sendo assim, estando perfeitamente delineados todos os fatos indispensáveis para o conhecimento da demanda, o julgamento antecipado do feito não viola os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois entendeu o Magistrado dispor de elementos suficientes à formação do seu livre convencimento.

Ademais, não justificou a apelante a pertinência da prova testemunhal reclamada (fl. 99), posto inexistir dúvidas quanto ao atendimento/tratamento

Acesso ao Sumário

realizado na apelante no dia do acidente pelo corpo clínico do setor de emergência do hospital demandado.

No mais, dispõe o artigo 14, parágrafo 4º, do Código de Defesa do Consumidor que "a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa". Em outras palavras, a responsabilidade do médico por aventado evento danoso é dependente da demonstração de culpa e do nexo causal entre sua ação e o prejuízo reclamado.

Ademais, não se pode perder de vista, que a relação entre médico e paciente é contratual e encerra obrigação de meio, e não de resultado, comprometendo-se o profissional somente a proporcionar o melhor tratamento ao paciente e fazer uso dos meios adequados e técnicas aceitas.

Nesse sentido leciona Rui Stocco em "Tratado de Responsabilidade Civil", p. 556, 7ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, "Ora, na obrigação de meio o que se exige do devedor é pura e simplesmente o emprego de determinados meios sem ter em vista o resultado. É a própria atividade do devedor que está sendo objeto do contrato. Esse tipo de obrigação é o que aparece em todos os contratos de prestação de serviços, como o de advogados, médicos, publicitários, etc. Dessa forma, a atividade médica tem de ser desempenhada da melhor maneira possível com a diligência necessária e normal dessa profissão para o melhor resultado, mesmo que este não seja conseguido. O médico deve esforçar-se, usar de todos os meios necessários para alcançar a cura do doente, apesar de nem sempre alcançá-la".

Consoante leciona Sergio Cavalieri Filho cabe ao Judiciário "... o exame da conduta profissional, para verificar, à vista das provas, se houve ou não falha humana consequente de erro profissional crasso" (Programa de Responsabilidade Civil - pg. 372 - 5ª ed.).

No caso em tela, ante os elementos de convicção contidos nos autos, inviável outro desfecho para a lide, senão aquele adotado pelo julgador a quo, pois, não demonstrada à culpa do hospital réu, pela atuação de seus prepostos que deram adequado atendimento ao quadro inicial apresentado pela autora (lesão corto-contusa no 4º quirodáctilo da mão direita), assim como o seu encaminhamento a outro hospital especializado.

Acesso ao Sumário

Isto porque, a despeito da não continuidade do tratamento médico pelo hospital réu, por falta de cobertura de seu plano de saúde, a posterior intervenção cirúrgica para reversão do tendão rompido do dedo da mão em outra unidade hospitalar, não interferiu na conclusão do laudo pericial realizada pelo IMESC (fls. 225/232), fundamental para elucidação e constatação de existência de erro médico, tanto que concluiu pela sua inexistência.

Isto porque, segundo a discussão e conclusão do experto, nele também respondendo aos quesitos formulados somente pelo réu (fls. 137/138), conforme facultado pela decisão de fl. 113/115, constatou, com base na anamnese,

exame físico e análise dos documentos médicos legais a "pericianda recebeu atendimento no Hospital São Francisco (fls.19) onde foi realizada sutura do ferimento e a paciente foi encaminhada para grupo de cirurgia de mão. Esta perícia considera que o tratamento de urgência foi adequado, pois quando um médico clínico identifica uma lesão de tendão extensor da mão e não tem treinamento para realizar atenorrafia (sutura do tendão) pode, sempre juízo ao paciente, realizar limpeza, curativo ou sutura do ferimento e encaminhar o paciente para serviço especializado para realização de cirurgia em segundo tempo. A pericianda passou a realizar acompanhamento na Santa Casa de Ribeirão Preto e foi submetida a tratamento cirúrgico no dia 11/02/2009, conforme documentos médico apresentados durante a perícia relacionados no item 4. O exame clínico atual indica que a pericianda apresenta recuperação total da lesão sofrida e que as funções de sua mão direita estão integralmente restituídas. Não foi observada perda ou redução de sua capacidade laborativa. Não foi observado dano estético".

Para então concluir: "Diante do exposto conclui-se que a requerente apresentou ferimento com lesão de tendão extensor do dedo anular da mão direita, causada por acidente de trabalho ocorrido no dia 02/07/2008. Esta perícia considera que o atendimento prestado pelo Hospital São Francisco foi adequado, posteriormente a pericianda foi submetida a tratamento cirúrgico na Santa Casa de Ribeirão Preto, sua recuperação foi absolutamente favorável e não há evidências de sequelas funcionais" (fl. 230 - destaquei).

Logo, ao contrário do que pretendeu fazer crer a paciente, não há motivo plausível para desconsiderar o parecer técnico elaborado às fls. 226/232, uma vez que, apesar do tempo transcorrido para a sua realização, a análise se fundou não só pela anamnese física, mas também pela farta documentação médica colacionada, tanto que foi apta a referendar a conclusão nela contida, daí porque, não passam os argumentos ofertados de mero inconformismo com a conclusão do experto que lhe foi desfavorável.

Aliás, se realmente houvesse interesse no aprofundamento na investigação médica, caberia à autora propor quesitos e até mesmo indicar assistente técnico, mas nada disso se preocupou, apesar de instada a fazê-lo (fl. 113/115).

Nesse cenário, não resta outra conclusão senão considerar que o tratamento foi condizente com a boa prática médica, tanto que não existe prova negativa de atendimento pelo hospital, pelo contrário, ao ser procurado, recebeu a autora pronto atendimento, tratamento e medicação, sendo que as complicações na evolução da lesão, consoante já descrito acima, poderiam demandar atendimento especializado para realização de cirurgia em segundo tempo, tanto que a autora assim o fez na Santa Casa de Ribeirão Preto em 11.02.2009.

Por fim, nem se argumente que a autora havia pago a quantia de R$ 196,00 para que o hospital demandado oferecesse irrestrito atendimento/tratamento para correição da lesão, uma vez que este se restringiu a cobrir a consulta pelo

Acesso ao Sumário

plantonista ortopedista e realização de exame de raios-X.

Não destoou também desse sentir o pontuado pelo magistrado sentenciante: "A perícia judicial apurou que o atendimento de emergência prestado foi adequado. Não podia pretender a autora que o pagamento realizado pelo atendimento consulta+raio X, ao valor de R$196,00, fosse para cobrir os custos da cirurgia de sutura de tendão".

E continua: "E o atendimento foi prestado pelo 'plantonista de ortopedia' (fls.16). Como destacado pelo perito judicial, na hipótese do profissional clínico não ter treinamento para realizar a sutura de tendão, não acarreta prejuízo ao paciente que seja feita limpeza, curativo ou sutura do ferimento e encaminhamento para serviço especializado de cirurgias e oportunidade mais adequada".

Para então concluir: "A autora não provou que os serviços pagos não foram prestados, tampouco logrou demonstrar o 'atendimento ineficaz, errado, negligente, prestado pelo réu'. Ao contrário, a perícia evidenciou com clareza que o atendimento prestado pelo réu foi adequado" (fl. 249).

Nesse reportado cenário, a autora - a quem cabia o ônus de demonstrar os fatos constitutivos do seu direito (artigo 330, I, do Código de Processo Civil vigente) - não alcançou êxito em comprovar qualquer imprudência, negligência ou imperícia por parte do corpo clínico do hospital requerido que prestou o primeiro atendimento.

Logo, pelos fundamentos acima, era mesmo de rigor a decretação da improcedência do pleito reparatório, posto que ausentes os pressupostos legais para o seu acolhimento.

Para os fins do artigo 85, § 11º, do novo Código de Processo Civil, arbitro honorários advocatícios em favor dos patronos dos apelados em R$ 2.000,00, observada a gratuidade deferida à requerente (fl. 26).

3. Ante o exposto, meu voto nega provimento ao apelo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0049270-10.2011.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado CONDOMÍNIO RESIDENCIAL LE GRAND, é apelado/apelante CAM EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/C LTDA.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a preliminar, deram parcial provimento ao recurso do autor e negaram provimento ao da ré, V.U. Sustentou oralmente a Doutora Andréia Gonçalves de Lima.", de conformidade com o

voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20383)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores A.C.MATHIAS COLTRO (Presidente sem voto), JAMES SIANO e FÁBIO PODESTÁ.

São Paulo, 14 de setembro de 2016.

J.L. MÔNACO DA SILVA, Relator

Ementa: CERCEAMENTO DE DEFESA - Inocorrência - Elementos suficientes para o convencimento do juiz - Preliminar rejeitada.

VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - Ausência - Partes intimadas para se manifestarem sobre todos os atos processuais - Possibilidade de indeferimento de quesitos impertinentes - Inteligência do inc. I do art. 426 do Código de Processo Civil - Preliminar rejeitada.

OBRIGAÇÃO DE FAZER - Vícios construtivos no imóvel edificado pela ré - Parcial procedência do pedido - Inconformismo de ambas as partes - Acolhimento parcial do recurso do autor - Laudo pericial que constatou a existência de vinte vagas com metragem inferior à estabelecida na lei - Imperícia da ré - Dever de indenizar configurado - *Quantum* a ser apurado em fase de liquidação por arbitramento - Aplicação do disposto no art. 252 do RITJSP - Sentença parcialmente reformada - Recurso do autor provido em parte e recurso da ré desprovido.

Preliminares rejeitadas, recurso do autor provido em parte e recurso da ré desprovido.

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de fazer ajuizada por Condomínio Residencial Le Grand em face de Cam Empreendimentos Imobiliários S/C Ltda., tendo a r. sentença de fls. 1345/1347, de relatório adotado, julgado parcialmente procedente o pedido.

Inconformado, apela o autor suscitando, preliminarmente, a ocorrência de cerceamento de defesa, pois não houve apreciação quanto à falta de três vagas de garagem.

Acesso ao Sumário

No mérito alega, em síntese, a existência de legitimidade para requerer indenização pelas vagas de garagem comuns e acessórias que foram entregues em desacordo com o pactuado, uma vez que estão situadas na área comum.

Sustenta que a legislação processual autoriza a prática de atos de defesa dos interesses comuns dos condôminos.

Menciona a existência de autorização expressa na assembleia geral extraordinária para representação dos interesses pelo condomínio.

Salienta o cabimento da indenização no valor atualizado do metro quadrado subtraído mais 15% (quinze por cento) do valor atualizado da unidade, haja vista as divergências constatadas no laudo pericial entre a metragem adequada e a verdadeira. Informa o descumprimento do Código de Obras do Município de São Paulo e a consequente responsabilidade da ré em reparar os danos decorrentes de sua imperícia. Pugna pela majoração dos honorários para o teto máximo de 20% (vinte por cento). Por fim, requer o provimento do recurso para reformar a r. sentença (v. fls. 1.378/1.427).

A requerida também apela sustentando, em suma, a ocorrência de cerceamento de defesa e ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que a r. sentença não apreciou o pedido de manifestação do perito quanto aos pontos controversos entre a perícia judicial e a apresentada (v. fls. 1.432/1.444).

Recursos recebidos, processados e respondidos (v. fls. 1.455/1.463 e 1.468/1.483).

É o relatório.

O recurso do autor merece parcial provimento, ao passo que o recurso da ré não comporta acolhimento.

A preliminar de cerceamento de defesa em razão do julgamento da lide sem a apreciação dos quesitos suplementares deve ser afastada, pois os elementos necessários para o convencimento do juiz encontram-se presentes.

É oportuno lembrar que "*A prova tem como objeto os fatos deduzidos pelas partes, tem como finalidade a formação da convicção em torno desses fatos e como destinatário o juiz, visto que ele é que deve ser convencido da verdade dos fatos já que ele é que vai dar solução ao litígio*" (Jurid XP, 21ª Ed, Comentário ao art. 332 do Código de Processo Civil). E é por isso que o Colendo Superior Tribunal de Justiça reiteradamente tem assentado que "*O Juiz é o destinatário da prova e a ele cabe selecionar aquelas necessárias à formação de seu convencimento*" (REsp nº 431058/MA, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 23.10.06).

Também inexistiu a alegada violação aos princípios da ampla defesa e contraditório, já que as partes foram intimadas para manifestação acerca de todos os atos processuais, os quais foram devidamente apreciados pelo Magistrado.

Acesso ao Sumário

Frise-se, de resto, que o MM. Juiz *a quo* encerrou a instrução e sentenciou o feito, entendendo já haver elementos probatórios suficientes para formar a sua convicção. Lembre-se que a autoridade judiciária pode indeferir quesitos impertinentes, nos termos do inciso I do art. 426 do Código de Processo Civil.

No mérito, a presente demanda objetiva a solução dos vícios de construção encontrados no condomínio-autor, que foi edificado pela construtora-ré (infiltração pela fachada lateral e frontal, trincas/rachaduras, falha na vedação das esquadrias, dentre outras), além da realização de obras para a ampliação e modificação das vagas de garagem, a fim de adequá-las à metragem prevista em lei, ou, na impossibilidade de fazê-lo, o pagamento de indenização a título de danos materiais em razão da desvalorização das unidades condominiais.

O juiz singular julgou a ação parcialmente procedente para:

"*a) tornar definitiva a tutela antecipada, considerada cumprida a obrigação de dar cabo às infiltrações por conta do serviço realizado pela requerida; b) condenar a requerida ao reparo dos danos suportados nas unidades autônomas, reparando manchas de umidade, trincas e fissuras, conforme o item 4.2 (fls. 860) do laudo; c) condenar a requerida ao reparo dos problemas apontados nas áreas comuns do condomínio, nos termos do item 1.1 a 1.13 do laudo pericial (fls. 856/858). A obrigação de fazer deverá ser cumprida no prazo de 60 dias, a contar da citação na fase de execução, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00, sem prejuízo da adoção de outras medidas de execução específica da obrigação de fazer. Condeno a parte requerida, sucumbente em maior proporção, ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em R$ 5.000,00, considerando os critérios do art. 20, §§3º e 4º do Código de Processo Civil, especialmente a complexidade e quantidade das questões envolvidas e o trabalho desenvolvido pelos advogados na análise do tema*".

Como se verifica, os pleitos indenizatórios não foram deferidos sob o fundamento de ausência de legitimidade do condomínio para tanto. Contudo, respeitado o entendimento do MM. Juiz sentenciante, assiste razão ao condomínio. O art. 1.331 do Código Civil dispõe que "*pode haver, em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos*". Pois bem, Gustavo Tepedino acrescenta que "*a vaga na garagem somente se configura como unidade autônoma quando possui matrícula própria*" (Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República/Gustavo Tepedino et al. 1ª ed. vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 678).

Pela leitura da Convenção de Condomínio, constata-se que são 92 unidades divididas desta forma: a) 88 apartamentos tipos; b) 4 apartamentos coberturas (v. fls. 38/39). Existem 281 vagas de garagem, assim discriminadas:

Acesso ao Sumário

1) 88 unidades autônomas com direito a 3 vagas cada uma; 2) 4 coberturas com direito a 4 vagas. Tais garagens totalizam 280 vagas, já que uma é destinada ao zelador.

Levando em consideração que essas vagas são indeterminadas, pode-se concluir que se trata de vaga acessória, ou seja, vaga que não constitui unidade autônoma com matrícula própria (v. fls. 35/53). Sendo assim, diante da coletividade da garagem, esta área constitui local de uso comum do condomínio, o que resulta na legitimidade do condomínio para requerer indenização pelos prejuízos experimentados.

Solucionada a questão da legitimidade, cabe examinar o pleito em relação às garagens. Com efeito, o laudo pericial concluiu que 20 (vinte) vagas de garagem possuem metragem inferior à admitida por lei e como não há espaço para ampliação dessas vagas (v. fls. 838/855 e 866/869), o pleito indenizatório merece acolhimento.

Neste rumo, o *quantum* indenizatório relativo às 20 (vinte) vagas deverá ser calculado em fase de liquidação por arbitramento, tendo como base a metragem suprimida multiplicada pelo valor do metro quadrado. Tais valores serão revertidos ao condomínio, já que a garagem é considerada área comum.

Por outro lado, é descabida a indenização de 15% (quinze por cento) do valor atualizado para cada um dos condôminos em razão da depreciação do valor do imóvel, uma vez que os valores acima estabelecidos serão revertidos em favor de todos. Também não merece acolhida a indenização pela supressão de 3 (três) vagas, pois não há comprovação dessa assertiva no laudo pericial (v. fls. 861).

No mais, é caso de aplicar o disposto no art. 252 do RITJSP e ratificar os fundamentos da r. sentença apelada, proferida nos seguintes termos:

"*Vistos.*

1. CONDOMINIO RESIDENCIAL LE GRAND, qualificado nos autos, ingressou com ação contra CAM EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SC LTDA, alegando, em síntese que: a) em janeiro de 2009 a ré entregou a obra composta por 2 torres, constituídas de 13 pavimentos cada, dois subsolos e áreas comuns, num total de 92 apartamentos; b) desde a entrega da obra vinha diligenciando junto a ré no sentido de obter solução quanto aos vícios e defeitos decorrentes da construção, contudo todas as tentativas restaram infrutíferas; c) contratou arquiteto para realizar inspeção nas instalações prediais e fornecer avaliação quanto as condições da sua construção, manutenção, funcionamento dos equipamentos e instalações; d) conforme consta no laudo, foram encontradas inúmeras irregularidades cuja responsabilidade de reparo cabe a ré.

(...)

É o relatório.

Acesso ao Sumário

DECIDO.

5. Desnecessária a produção de prova oral, considerando o caráter técnico da questão sub judice, trazendo a perícia os elementos necessários para enfrentamento das críticas que lhe foram dirigidas, sendo suficiente a prova produzida para deslinde da causa. Assim, declaro encerrada a instrução.

6. A ação é PARCIALMENTE PROCEDENTE. No que concerne ao tema da tutela antecipada, item '1' do pedido (fls. 27), ficou demonstrado que realmente havia infiltrações por conta das esquadrias e caixilhos, tendo a requerida realizado o reparo necessário.

A prova pericial atestou que o procedimento de reparo realizado pela ré foi eficiente, estando cumprida a tutela antecipada.

Também procede o item '3' do pedido, tendo a prova pericial constatado que há nexo entre as infiltrações e os danos surgidos nas unidades autônomas (fls. 860).

Igualmente constatou a perícia que existem, nas unidades autônomas, trincas que são oriundas da movimentação dos componentes estruturais do edifício (fls. 860).

Ainda que não haja risco ao prédio, cabe à requerida proceder ao reparo, considerando que se trata de dano causado nas áreas privativas que tem origem em questão estrutural do prédio.

(...)

Por fim, no que concerne ao item '5' do pedido (fls. 29), a perícia constatou algumas imprecisões na construção (fls. 856/858), a par daquelas outras já reparadas pela ré, que devem ser corrigidas.

Improcedem as impugnações apresentadas ao laudo, pois o perito trouxe a legislação aplicável e indicou precisamente os pontos de divergência, inclusive com a respectiva ilustração fotográfica, de modo que a prova técnica subsiste frente às críticas apresentadas.

7. Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido para:

a) tornar definitiva a tutela antecipada, considerada cumprida a obrigação de dar cabo às infiltrações por conta do serviço realizado pela requerida;

b) condenar a requerida ao reparo dos danos suportados nas unidades autônomas, reparando manchas de umidade, trincas e fissuras, conforme o item 4.2 (fls. 860) do laudo;

c) condenar a requerida ao reparo dos problemas apontados nas áreas comuns do condomínio, nos termos do item 1.1 a 1.13 do laudo pericial (fls. 856/858).

A obrigação de fazer deverá ser cumprida no prazo de 60 dias, a contar

Acesso ao Sumário

da citação na fase de execução, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00, sem prejuízo da adoção de outras medidas de execução específica da obrigação de fazer.

Condeno a parte requerida, sucumbente em maior proporção, ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em R$ 5.000,00, considerando os critérios do art. 20, §§3º e 4º do Código de Processo Civil, especialmente a complexidade e quantidade das questões envolvidas e o trabalho desenvolvido pelos advogados na análise do tema."

Cabe observar, por último, que a sucumbência deve ser fixada no porcentual de 10% (dez por cento) sobre a condenação, nos termos do art. 20, § 3º, diploma processual de 1973.

Em suma, impõe-se o parcial provimento do recurso do autor para reformar a r. sentença, nos termos deste v. acórdão.

Ante o exposto, pelo meu voto, rejeito as preliminares, dou parcial provimento ao recurso do autor e nego provimento ao recurso da ré.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0052405-28.2012.8.26.0346, da Comarca de Martinópolis, em que é apelante APOLINARIO GENTIL LEITE VIEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados MANIA DE VIAGEM - VIAGENS E TURISMO LTDA. - ME e CVC BRASIL OPERADORA E AGENCIA DE VIAGENS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.128)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA (Presidente) e HERALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 3 de agosto de 2016.

NELSON JORGE JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS - Prestação de serviços - Pacote de turismo - Cancelamento do pacote a menos de sete dias da viagem em razão de doença contraída pelo autor - Ressarcimento integral do valor do pacote

contratado - Impossibilidade - Multa contratual - Aplicabilidade:

- Havendo previsão no contrato de prestação de serviços relacionados a turismo (pacote de turismo), de incidência de multa a ser descontada no caso de cancelamento pelo consumidor, em prazo inferior a sete dias da data da viagem, o desconto pode ser legitimamente efetuado, não podendo ser acolhida a pretensão de ressarcimento integral.

RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de recurso de apelação interposto da r. sentença a fls. 175/177, que julgou improcedente a ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada por Apolinário Gentil Leite Vieira contra CVC Brasil Operadora e Agencia de Viagens S.A. e Mania de Viagem - Viagens e Turismo Ltda. ME, condenando o autor ao pagamento das custas e despesas processuais e de honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, observada a gratuidade a ele concedida.

Inconformado, recorre o autor, aduzindo, em seu apelo a fls. 182/183, ser de rigor a condenação das corrés ao pagamento de indenização por danos morais em seu favor. Defende a restituição do valor pago pela contratação de pacote turístico em sua totalidade, uma vez que o cancelamento da viagem ocorreu em virtude de ter contraído doença, que o impossibilitou de realizar o embarque.

O recurso é tempestivo e dispensado de preparo, à vista de o apelante ser beneficiário da gratuidade processual (fls. 21), tendo sido recebido em ambos os efeitos (fls. 185).

Em resposta (fls. 188/192) a corré Mania de Viagem - Viagens e Turismo Ltda. ME pugna pela manutenção do *decisum*, por seus próprios fundamentos. Ademais, pleiteia a condenação do autor as penas da litigância de má-fé, posto objetivar o locupletamento ilícito.

É o relatório.

I. Cuida-se de ação de indenização por danos materiais e morais, ajuizada contra CVC Brasil Operadora e Agência de Viagens S.A. e Mania de Viagem - Viagens e Turismo Ltda. ME, na qual Apolinário Gentil Leite Vieira pretende o ressarcimento integral dos valores pagos pela contratação de pacote turístico, adquirido em 25/08/2011, com destino a Porto Seguro/BA.

Sustentou que, em razão de virose contraída em 27/08/2011 (fls. 19), não

Acesso ao Sumário

pôde realizar o embarque para a cidade de Porto Seguro/BA em 28/08/2011. Diante do ocorrido, pleiteou administrativamente o ressarcimento do valor pago, tendo as corrés lhe negado o pagamento do valor em sua totalidade, ante a aplicação de multa contratual por cancelamento. Alega a prática de ato ilícito pelas corrés que, ao recusarem o reembolso, causaram-lhe danos morais e materiais.

Aduz a responsabilidade objetiva e solidária das corrés por falha substancial na prestação de serviços, nos termos do artigo 18, do Código de Defesa do Consumidor e do artigo 927, do Código Civil. Requer a indenização por danos materiais no valor pago pelo pacote turístico contratado (R$ 1.443,89), bem como, por danos morais no montante de R$ 24.880,00 (vinte e quatro mil, oitocentos e oitenta reais).

Após a contestação apresentada por ambas as corrés, o MM. Juiz de Primeiro Grau concluiu pela improcedência dos pedidos deduzidos.

O recurso não pode ser provido.

Conforme se depreende dos autos, o cancelamento da viagem ocorreu às vésperas do embarque, e, nos termos da **cláusula 6.1.4** do contrato de prestação de serviços de turismo celebrado entre as partes (fls. 16), o cancelamento efetuado em prazo inferior a 07 (sete) dias da data do início da viagem implicaria a aplicação de multa de 20% (vinte por cento) do valor pago, além de comissão do agente de viagem e das despesas administrativas cobradas por fornecedores de serviços. A cláusula se encontra redigida de forma clara e plenamente compreensível, de modo que não pode ser considerado que sua aplicação causou surpresa ao consumidor.

Além disto, verifica-se que, desde 24/10/2011, há um crédito no montante de **R$ 1.085,90** (mil e oitenta e cinco reais e noventa centavos) à disposição do autor, pela corré CVC Brasil Operadora e Agência de Viagens S.A., descontada a importância de **R$ 357,99** (trezentos e cinquenta e sete reais e noventa e nove centavos) referente a taxa de embarque, comissão de venda e demais despesas administrativas decorrentes de sua desistência (fls. 105/108).

Acesso ao Sumário

Ademais, ressalta-se que a retenção de valores imposta observa os percentuais estipulados pela **Deliberação Normativa n. 161/85 da EMBRATUR**, órgão administrativo regulador das atividades desenvolvidas pelas corrés, como se verifica do sítio eletrônico do referido órgão[1].

Na hipótese de cancelamento do contrato por iniciativa do usuário a menos de 21 (vinte e um) dias antes do início da viagem, a cláusula 8.1.2 - c.2 da referida deliberação estabelece, em favor das corrés, a perda de percentuais superiores a 20% (vinte por cento) do valor do pacote contratado, desde que correspondentes a gastos efetivamente comprovados.

1 (endereço eletrônico constante no texto original). Acesso em 18/07/2016 às 13h13.

Embora o contrato sob exame seja regido pela legislação consumerista, as cláusulas limitativas dos direitos do consumidor não encerram nenhuma abusividade, não se amoldando ao disposto no artigo 39, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor por não se estar exigindo vantagem excessiva. Ademais, não obstante o previsto no artigo 51, incisos I e II, do referido Código, verifica-se que a previsão contratual, além de ostensiva, se adequa à Deliberação Normativa n. 161/85 da EMBRATUR.

Nesse sentido, confiram-se os v. Arestos proferidos sobre a matéria, *verbis*:

> *PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - PACOTE DE TURISMO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - PROCEDÊNCIA PARCIAL - MANUTENÇÃO - **CANCELAMENTO DO PACOTE A MENOS DE 10 DIAS DA VIAGEM EM RAZÃO DE CASO FORTUITO QUE IMPEDIU O AUTOR DE USUFRUÍ-LO - RETENÇÃO ADMINISTRATIVA DE 20% QUE SE ENCONTRA PREVISTA NO CONTRATO**, DEVENDO A AGÊNCIA RESTITUIR O RESTANTE AO AUTOR. APELAÇÃO IMPROVIDA*[2].
>
> *AÇÃO DECLARATORIA C. C. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL. **Prestação de serviços. Pacote de viagem. Protocolo de pedido de cancelamento 17 dias antes da data da viagem**. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor com interpretação restritiva do contrato, o que impede o desconto de valores não especificados expressamente. A data do cancelamento ocorreu em 04/12/2009 e o inicio da viagem ocorreria em 20/12/2009, **de rigor a aplicação da multa contratual de vinte por cento (20%), conforme a cláusula 6.1.3 do contrato**, somente. DERAM PROVIMENTO EM PARTE AO RECURSO*[3].
>
> *Ação civil pública. Prestação de serviços. Pacote turístico. Contrato de adesão contendo cláusula penal determinando multas entre 20% e 95% do valor total da viagem em caso de cancelamento por parte do consumidor. Abusividade reconhecida. **Deliberação Normativa nº 161/85, da Embratur, que permite a retenção de valor superior a 20% apenas se corresponder a gastos efetivamente comprovados pela agência**. Necessidade de adequação dos contratos. Procedência da ação. Recurso provido*[4].
>
> *Ação CIVIL PÚBLICA - Contrato de prestação de serviços de turismo por via marítima - Previsão de multa pelo cancelamento do contrato de até*

2 Apelação n. 1004089-32.2014.8.26.0625; Relator Jayme Queiroz Lopes; 36ª Câmara de Direito Privado; Julgado em 29/10/2015.

3 Apelação n. 0150753-14.2010.8.26.0100; Relator Jurandir de Sousa Oliveira; 18ª Câmara de Direito Privado; Julgado em 04/09/2013.

4 Apelação n. 1013767-94.2014.8.26.0100; Relator Ruy Coppola; 32ª Câmara de Direito Privado; Julgado em 29/01/2015.

Acesso ao Sumário

*100% - Abusividade da cláusula contratual - **Aplicação da Deliberação Normativa nº 181/85 da EMBRATUR que prevê percentuais de multa adequados para o equilíbrio contratual e que mais se aproximam dos princípios informadores do Código de Defesa do Consumidor** - Recurso da autora parcialmente provido, prejudicado o recurso da ré*[1].

*PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Pacote Turístico. Desistência. Cláusula penal de 100% do valor do pacote. Restituição. 1. **A prestação de serviços de turismo está inquestionavelmente subsumida às normas do Código de Defesa do Consumidor**. 2. As agências de turismo respondem solidariamente pelos danos decorrentes da prestação de serviço de turismo, por pertencer à cadeia de fornecimento (CDC, art. 7º, parágrafo único). 3. **É valida a estipulação de cláusula penal desde que não implique abusividade ou vantagem excessivamente onerosa ao consumidor.** 4. Multa de 30% do valor contrato que não destoa das normas de regência. Recurso não provido*[2].

Assim, era possível a aplicação da cláusula contratual que previa expressamente a retenção sobre o valor do pacote turístico contratado, a fim de que as corrés se ressarcissem com relação às despesas administrativas decorrentes da desistência do consumidor, de sorte que era mesmo improcedente sua pretensão indenizatória.

Por fim, deve ser afastado o pleito deduzido no contra-arrazoado, para que o apelante seja condenado às penas da litigância de má-fé. Isso porque não houve comprovação, nos autos, de que o autor tenha agido de má-fé, extrapolando seu direito de levar sua pretensão ao Poder Judiciário, exercendo contraditório e ampla defesa, o que seria imprescindível para a condenação nesse sentido.

II. Ante o exposto, por meu voto, **nega-se provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1036656-08.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LUIS GILMAR SALIM BALBINO, é apelado SÃO PAULO TRANSPORTES S/A - SPTRANS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não

1 Apelação n. 9062858-70.2007.8.26.0000; Relator Renato Rangel Desinano; 11ª Câmara de Direito Privado; Julgado em 01/03/2012.

2 Apelação n. 0177929-02.2009.8.26.0100; Relator William Marinho; 18ª Câmara de Direito Privado; Julgado em 31/07/2013.

conheceram do recurso e determinaram a remessa dos autos para redistribuição. V.U." de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 22167)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA (Presidente), HERALDO DE OLIVEIRA e FRANCISCO GIAQUINTO.

São Paulo, 3 de agosto de 2016.

ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA, Relatora

Ementa: COMPETÊNCIA RECURSAL - Pretensão que se funda na ilegalidade do exercício do poder de polícia estatal pelos agentes da ré e na responsabilidade objetiva do Estado prevista no artigo 37, §6º, da Constituição Federal - Hipótese em que a matéria não é da competência desta 13ª Câmara de Direito Privado, cabendo a análise do recurso por uma dentre as Câmaras da Seção de Direito Público deste Egrégio Tribunal de Justiça - Art. 3º, I.7 e I.12, da Resolução nº 623/2013 - Precedentes - Recurso não conhecido, com redistribuição.

VOTO

Irresignado com o teor da respeitável sentença proferida às fls. 207-209, que julgou improcedente pedido de indenização por dano moral deduzido em demanda ajuizada em face de São Paulo Transportes S/A - SPTRANS, apela o autor, Luiz Gilmar Salim Balbin (fls. 214-235).

Sustenta que "*a simples acusação de crime é suficiente para causar abalo moral a um cidadão de bem, a própria acusação sem demonstração de culpa e fato concreto já caracteriza o dano moral, sem mencionar as consequências que teve na vida do Recorrente, pois o mesmo ainda perdeu o emprego e não houve comprovação nenhuma do crime ocorrido*" (fls. 222).

Afirma que a ré, por meio de seus agentes, lhe imputou a prática de crime de apropriação indébita, fato incontroverso nos autos.

Alega que a prática do crime não foi demonstrada, devendo ser presumida a sua inocência, e, consequentemente, a violação de sua dignidade pela falsa imputação de crime.

Reafirma que a operação realizada pelos agentes da ré foi presenciada por outras pessoas, como ficou demonstrado pela prova oral, e que se deu de forma espalhafatosa, demonstrando-se a violação da sua imagem e honra.

Acesso ao Sumário

Sustenta que a responsabilidade da ré é objetiva, nos termos do artigo 37, §6º, da Constituição Federal.

Defende que "*os elementos da responsabilidade civil encontram-se bem delimitados, sendo: A) Excesso do exercício regular de um direito por parte dos agentes da Ré; B) Presença de lesão - Presunção de prejuízo à intimidade e à honra - Resultado puro como consequência imediata da imprudência - Violação da honra objetiva da vítima com efetiva exposição pública a vexame; e C) Concorrência do nexo de causalidade entre o comportamento culposo e a dor sofrida*" (fls. 231).

Alega que, não dispondo a ré de prova de que o cobrador teria recebido dos passageiros e deixado de efetuar o giro da catraca, não poderia comunicar o fato ao empregador.

Acrescenta que, "quando cometido erro de maneira grosseira e absurda que causou danos como o ocorrido, cabe o dever de indenização àquele que provocou o dano, por exacerbar seu direito nos termos do artigo 5º, V e X da CF e artigo 186 e 927 do Código Civil" (fls. 234).

Contrarrazões às fls. 239-246.

Recurso bem processado.

É o relatório.

A hipótese é de não conhecimento do recurso.

No caso presente, o autor ajuizou a demanda objetivando a responsabilização da companhia ré por dano moral causado por seus agentes de fiscalização e que acabou por violar a sua dignidade, além de acarretar a sua dispensa pelo empregador.

Segundo afirma, um fiscal da ré lhe teria imputado determinada conduta criminosa, consistente no recebimento de valores dos passageiros sem a realização do giro da catraca.

Alega que, em seguida, outros agentes tornaram pública a acusação e, sem prova dos fatos, lacraram o ônibus e de tudo cientificaram o empregador, acarretando a sua dispensa.

Acesso ao Sumário

Funda sua pretensão, portanto, na ilegalidade do exercício do poder de polícia estatal pelos agentes da ré e na responsabilidade objetiva do Estado, prevista no artigo 37, §6º, da Constituição Federal.

Desse modo, vê-se que, conforme preceitua o artigo 3º, I.7 e I.12, da Resolução nº 623/2013 deste Egrégio Tribunal de Justiça, a matéria aqui discutida é da competência da Seção de Direito Público.

Em situação envolvendo caso análogo, já se manifestou anteriormente o Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal no conflito de competência n. 0204536-56.2012.8.26.0000, sob a relatoria do **Des. Ferraz de Arruda**, cujo

julgamento se deu em 05 de dezembro de 2012:

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA. **AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS DECORRENTE DO EXERCICÍO DO PODER DE POLÍCIA EXERCIDO PELA SPTRANS**. FISCALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE PÚBLICO. MATÉRIA REGIDA PELO DIREITO PÚBLICO. DÚVIDA IMPROCEDENTE. **COMPETÊNCIA DA ORA SUSCITANTE, 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO**.
>
> (...)
>
> Com efeito, a matéria deduzida refoge da competência estabelecida para a Seção de Direito Privado, consoante termos do v. acórdão a exarado pela C. 30 Câmara de Direito Privado, ora suscitada.
>
> E isto porque, no caso presente, **discute-se a responsabilidade civil do Estado, uma vez que a situação descrita como causadora do ato ilícito decorreu do exercício do Poder de Polícia atribuído aos agentes da ré SPTRANS, concessionária de serviço público - art. 37, §6°, CF**.
>
> É sabido que o Poder de Polícia é uma atividade da Administração que visa restringir as liberdades fundamentais dos indivíduos em prol do bem comum. Desse modo, **a atuação administrativa de polícia sujeita- se, precipuamente, ao Direito Público**.
>
> No caso em voga, é a SPTRANS investida por lei do exercício do Poder de Polícia que lhe impõe a coordenação, supervisão e fiscalização das operações das empresas contratadas, concessionárias ou permissionárias dos serviços relativos ao Sistema Municipal de Transporte Coletivo de Passageiros (art. 32, Lei Municipal n° 12.328/97 - fls. 59).
>
> É nítido exemplo de delegação do ato de polícia à pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviços públicos, com relação aos atos relativos ao consentimento e à fiscalização, pois estes são compatíveis com a personalidade privada das sociedades de economia mista (EDcl no REsp 817534/MG, Rei. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 16/06/2010).

E, no mesmo sentido, em casos também envolvendo a aqui ré, há outros precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

> COMPETÊNCIA RECURSAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PODER DE POLÍCIA. ATO ADMINISTRATIVO TOMADO PELA RÉ. AFASTAMENTO DE COOPERADO EM RAZÃO DE FRAUDE SUPOSTAMENTE COMETIDA NO SERVIÇO MUNICIPAL DE TRANSPORTE COLETIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO INSTAURADO PELA RÉ.
>
> 1. O autor alegou que foi prejudicado por ato administrativo praticado pela ré sociedade de economia mista, que tem como obrigação

Acesso ao Sumário

coordenar, fiscalizar e supervisionar as operações de concessionárias ou permissionárias dos serviços que integram o Sistema Municipal de Transporte Coletivo de Passageiros.

2. A matéria em exame discute a responsabilidade civil do Estado na reparação dos danos alegados pelo autor, que decorreram supostamente do exercício do poder de polícia conferido à ré pelo Município de São Paulo. Matéria recursal inserida no âmbito de competência das Câmaras de Direito Público.

Remessa dos autos a uma das Câmaras da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça. Recurso não conhecido (Ap. 0199429-90.2010.8.26.0100, 10ª Câmara de Direito Privado, **Rel. Des. Carlos Alberto Garbi**, j. 27.08.13).

Apreensão de veículos - Fiscalização do transporte público - Exercício do poder de polícia - Ação de reparação por danos materiais, em fase de cumprimento de sentença - Matéria de direito público - Incompetência desta Seção de Direito Privado - Provimentos nos. 63/2004 e 07/2007 - Competência da Seção de Direito Público do TJSP (Ap. 0582302-26.2000.8.26.0100, 30ª Câmara de Direito Privado, **Rel. Des. Marcos Ramos**, j. 28.03.12).

Diante de todo o exposto, **não se conhece do presente recurso**, que deverá ser redistribuído para uma dentre as Câmaras da Seção de Direito Público.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0058530-40.2008.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante VANDERLEI SILVA, é apelado BANCO ITAÚ S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 2802)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAURÍCIO PESSOA (Presidente) e CARLOS ABRÃO.

São Paulo, 9 de agosto de 2016.

LÍGIA ARAÚJO BISOGNI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: MEDIDA CAUTELAR - Exibição de documentos - Sentença que julgou improcedente a

ação, condenando o autor ao pagamento das custas processuais, bem como verba honorária - Insurgência do vencido - Sentença reformada - Ação julgada procedente - Instituição financeira que apresentou os documentos, em sede recursal, sem oferecimento de resistência - Verba honorária - Descabimento - Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça, inclusive desta Egrégia 14ª Câmara de Direito Privado - Recurso provido, em parte.

VOTO

Trata-se de medida cautelar de exibição de documentos, ajuizada por Wanderlei Silva em face de Banco Itaú S/A, cuja r. sentença de primeiro grau de págs. 76/79, de lavra do Magistrado PAULO ROBERTO ZAIDAN MALUF, **julgou improcedente** a ação, carreando ao autor o pagamento das custas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em R$ 600,00 (seiscentos reais).

Irresignado, apelou o autor sustentando, em síntese, que o documento apresentado pelo banco-réu, informando que a conta poupança não apresentava movimentação no período solicitado, deve ser desconsiderado, posto que produzido de forma unilateral, sem força probante. Salienta que o banco-apelado sequer produziu prova de que a conta não existia em determinado período. Dessa forma, requer a reforma da r. sentença proferida, a fim de que a ação seja julgada procedente, para determinar à instituição financeira a exibição dos extratos solicitados na exordial.

Recurso regularmente processado, com resposta (fls. 103/107), subiram os autos.

É o relatório.

Ingressou o autor com a presente ação, objetivando a obtenção de cópia dos extratos bancários da sua conta poupança, referente aos meses de janeiro e fevereiro de 1989, ou na hipótese de inexistência ou saldo zerado, documento informando a data da abertura e encerramento.

Na hipótese, em que pese a instituição financeira tenha, inicialmente, apresentado tão somente declaração de que a conta informada no ato do pedido do autor, ora apelante, não apresentava movimentação no período solicitado (fls. 59), posteriormente, ou seja, juntamente com as contrarrazões juntou os extratos solicitados nos autos, conforme se vê às fls. 111/1114.

Dessa forma, vê-se que a instituição financeira atendeu à pretensão do recorrente, juntou os extratos bancários referentes à conta poupança indicada na exordial, sem oferecimento de resistência, de modo que, acolhendo o pedido

Acesso ao Sumário

do autor, ao apelante, reformo a r. sentença proferida, julgar procedente a ação, sem condenação de quaisquer das partes, inclusive do banco-réu, ao pagamento de honorários advocatícios.

Aliás, em casos análogos, o Colendo Superior Tribunal de Justiça vem se pronunciando no sentido de não caber condenação da verba honorária do réu quando ausente resistência nos autos:

"AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. INEXISTÊNCIA DE RESISTÊNCIA DO RÉU. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO. 1. Nas ações cautelares de exibição de documento, o réu só será condenado ao pagamento de honorários advocatícios se houver pretensão resistida quanto ao fornecimento da documentação solicitada, em observância aos princípios da sucumbência e da causalidade. 2. Agravo regimental improvido." (STJ-3ªT., AgRg no AREsp 566814/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j.14.10.2014, DJE 20.10.2014).

Ainda, esta Egrégia Câmara também se manifestou recentemente no julgamento das apelações 1014395-86.2014.8.26.0196 e 1001249-41.2015.8.26.0196.

E, assim decidindo, não há o que se falar em ofensa a nenhum dos dispositivos de lei citados pelo apelante, servindo a assertiva até para propósitos de prequestionamento.

Pelo exposto, dou provimento, em parte, ao recurso, para julgar procedente a ação, sem condenação, entretanto, da ré ao pagamento da verba honorária.

Recolhimento de custas e despesas processuais que ficará a cargo do autor, cuja exigibilidade ficará suspensa nos termos da Lei nº 1.060/50.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0174417-06.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARIA LUCIA DE CAMARGO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO BMG S.A.

ACORDAM, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26685)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROBERTO DE SANTANA (Presidente), SÉRGIO SHIMURA e J. B. FRANCO

DE GODOI.

São Paulo, 10 de agosto de 2016.

PAULO ROBERTO DE SANTANA, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO MORAL - INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO FALECIDO MARIDO DA AUTORA EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 385 DO STJ AO CASO - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA PREEXISTÊNCIA DE APONTAMENTO RESTRITIVO EM NOME DO MARIDO DA AUTORA - DANO MORAL CARACTERIZADO - INDENIZAÇÃO DEVIDA - VALOR ARBITRADO EM R$10.000,00 - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO.

VOTO

Apelação interposta pela autora contra sentença que julgou procedente em parte ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização por danos morais e fixou a sucumbência recíproca.

Insiste a recorrente no pedido de reparação pelos danos morais experimentados com a inscrição indevida do nome de seu falecido marido, afastando-se a aplicação da Súmula 385, do STJ. Afirma que o apontamento é posterior aos impugnados neste processo e, ademais, também foi questionado nos autos de outra ação (fls. 120/125).

Recurso recebido nos termos da lei.

É o relatório.

Respeitado o entendimento do douto Magistrado, a Súmula 385 do Colendo STJ é inaplicável ao caso.

Isso porque nada há nos autos a demonstrar a existência de apontamentos anteriores àqueles discutidos neste caso.

Verifica-se que o MM. Juiz singular levou em consideração, para o julgamento do caso, o documento apresentado às fls. 37. Ocorre que, além das inscrições impugnadas neste processo, no referido documento consta apenas mais uma negativação, promovida pelo Banco Itaú, no valor de R$ 385,00, porém com data posterior.

Ademais, às fls. 120/125, logrou êxito a autora em comprovar a anulação do débito acima mencionado, por meio do processo nº 0173015-84.2012.8.26.0100,

Acesso ao Sumário

cuja decisão transitou em julgado em 30/03/15.

Nessas condições, ausente comprovação de anterior registro desabonador em nome do falecido marido da autora, não há que se falar em aplicação da Súmula 385 do STJ, devendo a ré ser responsabilizada pela inscrição indevida.

E nem se diga que do ato não resultou sequer dano moral ou que inexistente a prova desse dano.

O dano moral decorre do simples fato da violação do direito da vítima, que no caso restou caracterizado.

Consoante lição de CARLOS ALBERTO BITTAR:

"Na concepção moderna da teoria da reparação de danos morais, prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação. Com isso, verificado o evento danoso, surge ipso facto, a necessidade de reparação, uma vez presentes os pressupostos de direito". ("Reparação Civil por Danos Morais", p. 214, 3ª ed.)

Os direitos ao bom nome, à imagem e à dignidade estão assegurados constitucionalmente, não havendo a menor dúvida que o indevido registro de cadastro negativo constitui violação a esses atributos da pessoa humana.

Não se pode negar as consequências gravosas resultantes desses atos.

Os efeitos maléficos à imagem e os embaraços que lhe causam nas relações diárias com o comércio e outras instituições financeiras são indiscutíveis.

Daí porque a indenização por dano moral é devida no presente caso.

Com relação ao valor, sabe-se que este deve ser estabelecido em importância que, dentro de um critério de prudência e razoabilidade, não pode servir de fonte de enriquecimento da parte e tampouco ser inexpressiva (RT 742/320; RTJESP 137/187; JTJ-LEX 174/89).

A propósito do tema, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça:

"Embora a avaliação dos danos morais para fins indenizatórios seja das tarefas mais difíceis impostas ao magistrado, cumpre-lhe atentar, em cada caso, para as condições da vítima e do ofensor, o grau de dolo ou culpa presente na espécie, bem como os prejuízos morais sofridos pela vítima, tendo em conta a dupla finalidade da condenação, qual seja, a de punir o causador do dano, de forma a desestimulá-lo à prática futura de atos semelhantes, e a de compensar o sofrimento indevidamente imposto, evitando, sempre, que o ressarcimento se transforme numa fonte de enriquecimento injustificado ou que seja inexpressivo ao ponto de não retribuir o mal causado pela ofensa." (AI nº 163.571-MG, Rel. Min. EDUARDO RIBEIRO, j. 9.2.99, DJU de 23.12.99, p. 71).

Dessa forma, atendidos os requisitos acima especificados e as circunstâncias do caso concreto, a verba indenizatória deve ser fixada em R$10.000,00 (dez mil reais).

Acesso ao Sumário

Tal quantia deverá ser corrigida a partir deste Acórdão (Súmula 362 do STJ), conforme tabela prática deste Tribunal de Justiça e acrescida de juros de mora de 1% ao mês desde a citação.

Por esses fundamentos, reforma-se a sentença para acolher o pleito indenizatório.

Arcará o réu, nos termos da Súmula 326 do STJ, com o pagamento das custas e despesas processuais, além da verba honorária, ora fixada em 20% sobre o valor da condenação, montante esse que bem remunera o trabalho do patrono da autora e atende os requisitos previstos nas alíneas do § 3º do artigo 20 do CPC/1973 (art. 85, §2º, do CPC/2015).

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000332-30.2015.8.26.0549, da Comarca de Santa Rosa de Viterbo, em que é requerente JORGE FERNANDO SAMPAIO RODRIGUEZ, é requerido TELECOMUNICAÇÕES DE SAO PAULO S/A.

ACORDAM, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17462)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROBERTO DE SANTANA (Presidente sem voto), J. B. FRANCO DE GODOI e JOSÉ MARCOS MARRONE.

São Paulo, 10 de agosto de 2016.

SÉRGIO SHIMURA, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Preposto da ré que ofendeu a honra subjetiva do autor - Dano moral configurado - Valor da indenização, fixado em R$ 2.000,00, que deve ser majorado para R$ 5.000,00, diante das peculiaridades do caso em discussão - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

VOTO

Trata-se de ação proposta por JORGE FERNANDO SAMPAIO

RODRIGUEZ contra TELECOMUNICAÇÕES DE SÃO PAULO S/A, objetivando a indenização pelos danos morais, em razão de o preposto da ré ter proferido palavras de baixo calão, ofendendo a sua honra subjetiva.

Sobreveio sentença de parcial procedência, cujo relatório se adota, para condenar a ré a pagar a quantia de R$ 2.000,00 pelos danos morais, tendo em vista que a conduta do preposto da ré ofendeu a honra subjetiva do autor. Pela sucumbência, a ré foi condenada ao pagamento da verba honorária arbitrada em R$ 600,00 (fls. 45/47).

Inconformado, o autor vem recorrer, postulando, em resumo, a majoração do valor da indenização pelos danos morais para, ao menos, 10 salários mínimos (fls. 139/144).

Recurso devidamente processado e respondido (fls. 153/159). **É o relatório.**

Depreende-se dos autos que, em 29/10/2015, o autor entrou em contato com a ré, via telefone, visando solucionar os problemas ocorridos na linha telefônica de sua residência (protocolo nº 20153313046687).

O autor não logrou êxito, o que motivou o seu contato "via chat" com preposto da ré. Na ocasião foi informado de que o problema seria solucionado até o dia 31/10/2015; não concordando com a resposta, questionou o preposto que lhe respondeu com palavras de baixo calão, ao escrever as palavras "va tomar no cu".

Desse modo, afirma que foi ofendido pelo preposto da ré, fato que lhe teria causado constrangimento e aflição. Dessarte, ajuizou a presente demanda visando receber indenização pelos danos morais causados (fls. 01/07 e 18).

Em contestação, a ré limita-se a alegar que não houve qualquer irregularidade nas ligações da linha telefônica do autor; que não cometeu qualquer ato ilícito a ensejar a reparação pelos danos morais (fls. 29/34).

Na espécie, é oportuno registrar que não se discute o direito do autor à indenização, que tem origem na conduta ofensiva de preposto da ré, situação já devidamente demonstrada, conforme protocolo de atendimento (fls. 18).

Acesso ao Sumário

A questão versa unicamente a respeito do *quantum* arbitrado na r. sentença a título de indenização por danos morais.

Nessa linha, o recurso comporta acolhimento parcial.

A utilização de linguajar injurioso, por preposto da ré ao tratar com seu cliente, ultrapassa muito a esfera dos meros dissabores inerentes à vida em sociedade (fls. 18).

Como bem observado pelo douto Magistrado, Dr. Alexandre Cesar Ribeiro, "verifica-se que a conduta perpetrada pela requerida realmente ofendeu a honra subjetiva do autor. O comportamento da empregada da empresa ré

demonstra falha no serviço, de forma que os evidentes aborrecimentos vividos pelo autor são capazes de gerar dano passível de ser indenizado, devendo responder por ter destratado o autor na forma de xingamento" (fls. 46).

A indenização por danos morais passou a constituir garantia constitucional (art. 5º, V e X, CF), ostentando dúplice finalidade, devendo ser considerado tanto o aspecto compensatório à vítima quanto o punitivo ao causador do dano, desestimulando-o à prática de atos semelhantes.

E para apurar o *quantum* indenizatório, há que se levar em conta fatores como a gravidade da lesão e a repercussão do fato. Além disso, o valor não pode ser tão elevado a ponto de causar o enriquecimento da vítima.

Feitas essas considerações, a indenização por danos morais, fixada em R$ 2.000,00, merece ser majorada para R$ 5.000,00, considerando as peculiaridades do caso em apreço, a ser corrigido desde a publicação do Acórdão (Súmula 362-STJ), com juros de mora de 1% ao mês a contar da citação.

Do exposto, pelo meu voto, **dou provimento em parte** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002005-61.2015.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante ELIANA APARECIDA LEITE (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado SAULO GABRIEL DOS SANTOS ROSA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.625)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente sem voto), CESAR CIAMPOLINI E HAMID BDINE.

São Paulo, 18 de agosto de 2016.

FRANCISCO LOUREIRO, Relator

Ementa: INDENIZATÓRIA. Contrato de trespasse. Retenção, pelo cessionário, de pagamento de prestação do preço, mediante a sustação de cheque. Pretensão da cedente a perceber indenização por danos materiais e morais em função desse fato. Inadmissibilidade. Acolhimento da exceção de contrato parcialmente descumprido. Inadimplemento de prestação acessória

Acesso ao Sumário

da cedente, consistente em comprovar a alteração de seu domicílio empresarial, para que o adquirente pudesse formalizar suas atividades no mesmo local. Lícita retenção de pagamento. Recurso improvido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 172/175, que julgou improcedente a ação indenizatória movida por ELIANA APARECIDA LEITE em face de SAULO GABRIEL DOS SANTOS ROSA.

Fê-lo a r. sentença, basicamente, sob o fundamento de que não há prova de prejuízos resultantes da sustação de cheque de R$ 5.000,00 sacado pelo réu à autora, para pagamento de contrato de trespasse havido entre as partes.

A sustação da cártula pelo réu é lícita, diante do descumprimento de dispositivo contratual pela autora. Ademais, os danos materiais não foram sequer especificados, e dos fatos abstratamente considerados não se presume dano moral.

A apelante alega, em síntese: i) o réu não poderia sustar o cheque; ii) cumpriu a cláusula contratual de alteração de endereço da empresa; iii) assim, o réu não estava autorizado a reter sua prestação, nem a promover em juízo a sustação do protesto do título; iv) dos fatos resultaram danos materiais e morais indenizáveis.

Em razão do exposto e pelo que mais argumenta às fls. 179/184, pede o provimento de seu recurso.

O apelo foi contrariado (fls. 189/202).

É o relatório.

1. O recurso não comporta provimento.

As partes celebraram em 02 de maio de 2.012 contrato "de venda e compra de estoque, mobiliário disponível e nome fantasia", pelo qual a autora cedeu parte de um estabelecimento comercial ao autor, por R$ 30.000,00, divididos em entrada de R$ 20.000,00 e duas prestações sucessivas de R$ 5.000,00, representadas por cheques datados para 03 de junho e 03 de julho de 2.012 (fls. 20/22).

Os contratantes desentenderam-se em relação ao cumprimento da cláusula 3ª, parágrafo primeiro, do contrato.

O dispositivo obrigava a cedente a comprovar a alteração de seu domicílio empresarial para outro local até a data de 26 de maio de 2.012, nos termos da cláusula 3ª, parágrafo primeiro (fl. 20).

A cedente cumpriu a obrigação com atraso de quatro dias, protocolando em 30 de maio de 2.012 pedido de alteração do endereço constante de sua ficha

Acesso ao Sumário

cadastral perante a JUCESP (fl. 30).

Contudo, não comprovou a alteração ao cessionário, que por isso sustou o pagamento do primeiro cheque de R$ 5.000,00 (fl. 18), até que a providência fosse observada.

Diante da retenção do pagamento, a cedente, ao invés de comprovar a alteração de seu domicílio empresarial, apontou o cheque a protesto em 11 de junho de 2.012.

Em contrapartida, o cessionário ajuizou ação cautelar de sustação de protesto (fls. 36/56). A liminar foi deferida, mas a ação terminou por ser extinta por falta de ajuizamento da ação principal (fls. 53/54).

Agora, a cedente pretende indenizar-se de supostos danos materiais e morais resultantes da retenção do pagamento.

2. É incontroverso que a autora descumpriu, no prazo contratual, o dever de alterar seu domicílio em sua ficha cadastral na JUCESP e, mesmo depois de adotada intempestivamente a providência, descumpriu o dever de informá-la ao cessionário.

O inadimplemento de prestação acessória autoriza, em contrato bilateral e sinalagmático, que o cessionário suste o pagamento de valor proporcional ao descumprimento, enquanto este perdurar.

Trata-se da exceção de contrato parcialmente descumprido, extraída do art. 476 do Código Civil.

Na clássica lição de **Miguel Maria de Serpa Lopes**, a exceção de contrato parcialmente descumprido (*exceptio non rite adimpleti contractus*) pressupõe "*uma prestação que se executa mal, com deficiências, seja porque a coisa que lhe forma o objeto se encontra contaminada de um vício prejudicial à sua utilização econômica ou seja pela razão de não se encontrar em conformidade com os termos previstos no contrato*" (**Exceções Substanciais: Exceção de contrato não cumprido, Livraria Freitas Bastos, p. 296/297**).

Para **Rui Rosado de Aguiar Júnior**, "*o defeito pode ser o mau cumprimento da obrigação principal, a falta da obrigação acessória ou a violação de dever lateral. O cumprimento da obrigação principal pode ter sido feito de modo parcial ou imperfeito. Isto é, o obrigado prestou apenas parte do que lhe incumbia (...), ou cumpriu tudo quanto lhe era exigível, mas de modo imperfeito (...). A falta do cumprimento da obrigação acessória, que colabora ou prepara a prestação principal, pode atingir o interesse do credor; assim também a ofensa a dever derivado da boa-fé, principalmente de informação e de proteção, sem que se possa dizer que tenha havido o descumprimento da obrigação*" (**Comentários ao novo Código Civil, vol. VI, t. II, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Ed. Forense, 2011, p. 798**).

Destaque-se que não bastava à autora promover efetivamente a alteração,

Acesso ao Sumário

mas também comprová-lo ao réu, tal como resulta expressamente do dispositivo contratual.

Assim, embora o pedido de alteração de endereço tenha sido finalmente protocolado junto à JUCESP em 30 de maio de 2.012 (fl. 30), ainda remanescia o dever de informar ao réu que adotou a providência.

Não se poderia esperar, por outro lado, que o réu aguardasse indefinidamente por informações de cumprimento da disposição contratual. Uma vez que o prazo tenha escoado, e diante do clima de beligerância instaurado entre as partes logo depois da celebração do contrato, era razoável supor que a autora não mais a cumpriria voluntariamente, de modo a autorizar que retenção do pagamento.

Claro que a *exceptio non rite adimpleti contractus* provoca apenas e tão somente a suspensão da exigibilidade da prestação, e não a extinção do contrato. Cumprida a obrigação de alterar o domicílio da cedente, a contraprestação volta a ganhar exigibilidade e pode ser cobrada pela credora.

Até que tal fato ocorra, a prestação de pagamento de parcela do preço era realmente inexigível.

Em outras palavras, o réu agiu em exercício regular de direito, o que afasta a pretensão indenizatória por danos morais e, principalmente, por danos materiais, genericamente formulada.

Nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003628-53.2015.8.26.0266, da Comarca de Itanhaém, em que é apelante THAIS BIANCA DA SILVA SOARES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR DE ITANHAÉM.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36244)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA (Presidente sem voto), FRANCISCO GIAQUINTO e NELSON JORGE JÚNIOR.

São Paulo, 15 de agosto de 2016.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: DANO MORAL - Responsabilidade Civil -

Instituição de ensino - Alegação de que a autora, após se matricular para o curso na Universidade ré, descobriu que o mesmo não possui registro na modalidade licenciatura, mas apenas bacharelado, ao contrário do informado, condição que não atende ao desejado pela autora - Hipótese em que a universidade demonstrou, documentalmente, o equívoco da divulgação de tal informação no site do MEC - Curso que atende as especificações da modalidade licenciatura, tendo sido efetuado impugnação a publicação e postulada a devida retificação, ainda aguardando atendimento - Inocorrência de nexo causal ou ato ilícito a justificar o pedido indenizatório Inocorrência de afronta à dignidade da pessoa humana ou exposição à situação vexatória - Sentença mantida - Danos não configurados - Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de ação de reparação de danos c.c. indenização por danos morais, julgada improcedente pela r. sentença de fls. 101/103, condenando a autora, em razão da sucumbência, ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$600,00, cuja exigibilidade fica suspensa em razão da gratuidade judiciária, com a ressalva do artigo 12 da Lei 1060/50.

Não se conformando com os termos da r. sentença, a autora apresentou apelação de fls. 107/119, arguindo a incidência do Código de Defesa do Consumidor. No mérito, alega que restou confirmado pela sentença, o erro de registro ao curso que se submeteu, fato ainda confirmado pelo depoimento da testemunha Silvia que atesta o erro desde março de 2014 e reclama a aplicação do artigo 20 do Código de Defesa do Consumidor. Reclama o pagamento de danos materiais decorrentes do pagamento de serviço diverso do registrado em órgão regulador e pagamento de danos morais pela frustração em não obter o diploma na forma idealizada. Requer provimento ao recurso.

Recurso tempestivo e respondido.

É o relatório.

A autora propôs a presente ação de reparação por dano moral, em virtude de ter contratado os serviços educacionais da requerida, com o intuito de cursar a grade curricular referente a Licenciatura Plena em Pedagogia, entretanto, constatou que o curso ministrado por essa Universidade é habilitado apenas para hipótese de bacharelado em Pedagogia, curso esse que não é de interesse da autora.

Acesso ao Sumário

Alega que já cursou dez meses e reclama indenização pelo prejuízo financeiro decorrente do pagamento de um curso que não é de interesse da autora, bem como danos morais pela frustração ao se deparar com o tempo, dinheiro e esforço empregados de forma inútil.

Coligiu conteúdo programático da faculdade, boletos de pagamento da mensalidade e consulta ao site do MEC em que informa o reconhecimento do curso de Pedagogia da Faculdade ré, na modalidade bacharelado (fls.20).

A instituição de ensino, em sua contestação, afirma que a informação veiculada no site está equivocada, tanto que ingressou com o competente "embargo à publicação do curso", obtendo protocolo de solicitação 466501, a qual aguarda resposta, conforme documentação coligida (fls.60/73).

Realizada oitiva de testemunhas, foi afirmado que a informação veiculada decorre de um erro do MEC, tendo a ré, pugnado pelo envio de ofício ao MEC, providência rechaçada pela autora.

É plenamente viável a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao presente caso, uma vez que as atividades desempenhadas pelas Instituições Financeiras inserem-se no conceito de serviços ao consumidor, nos termos do artigo 3º, § 2º, da Lei n.º 8078/90:

"***§ 2º - Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista***".

No entanto, há de ocorrer violação dessas regras, para poder anular qualquer cláusula a respeito.

Entendo que não há razão para o pleito da autora.

Como bem especificado pelo magistrado "a quo", a grade curricular (carga horária e matérias ministradas) do curso frequentado pela autora, atende os requisitos do curso de Pedagogia, na modalidade licenciatura, como dispõe o Parecer CNE/CP citado na sentença recorrida.

Esse fato, aliado a prova documental apresentada pela instituição de ensino ré, no sentido que impugnara a informação veiculada pelo MEC e requerendo a devida retificação, são suficientes para demonstrar a regularidade do curso.

A par disso, vale dizer que a autora cursou poucos meses do curso, de modo que não há que se falar em prejuízo, ante a garantia de que está sendo realizada a devida retificação, antes da conclusão do curso pela autora.

Portanto, no caso em comento, nenhum aspecto da personalidade da apelante foi atingido com a situação descrita, e não há conduta que possa caracterizar afronta a honra, constrangimento, humilhação ou sofrimento além do normalmente aceito, sendo que o sucedido no caso foi um dissabor, próprio da vida em sociedade, e o fato ocorrido não é passível de indenização por danos

Acesso ao Sumário

morais.

Neste caso, os fatos descritos são percalços do cotidiano e fazem parte da rotina da vida moderna que toda e qualquer pessoa se submete normalmente, o que não afronta a dignidade da pessoa humana ou a expõe à situação vexatória.

Ademais, como consignado, o equívoco decorre de ato de terceiro, no caso, o próprio Ministério da Educação, não podendo a Faculdade ré sofrer os efeitos de incorreção a que não deu causa.

No mesmo sentido, são os precedentes desta Egrégia Corte, quanto a inexistência de dano moral, em procedimento análogo:

Ação de obrigação de fazer c.c. indenização por perdas e danos, lucros cessantes e danos morais - Prestação de serviços educacionais - Instituição de ensino que reconhece o pedido da autora no que tange a obrigação de fazer e fornece a complementação do curso - Dano moral indevido - Descumprimento contratual que não gera dano moral passível de indenização - Recurso provido para afastar a condenação pelo dano moral. (TJSP, Apelação nº 0040204-06.2010.8.26.0562 Rel. Irineu Fava, j.25.4.2012).

Vale dizer que o homem, em razão da vida moderna e das inúmeras atividades realizadas em sociedade, está sujeito a toda sorte de acontecimentos, que, todavia, são causadores de transtornos e aborrecimentos, mas não geram quaisquer direitos a indenização, e não configuram o dano moral.

Para o artigo 186 do atual Código Civil é inadmissível a ideia de ato ilícito sem a presença de dano. Isso porque o aludido comando legal exige a lesão de direitos cumulada com o dano.

O dano moral pode ser conceituado como sendo o prejuízo que atinge o patrimônio incorpóreo de uma pessoa, como os direitos da personalidade, o direito à vida, à integridade física, ao nome, à honra, à imagem, e a intimidade. Portanto, considera-se dano moral a dor subjetiva, dor interior que, fugindo à normalidade do dia-a-dia do homem médio, venha a lhe causar ruptura em seu equilíbrio emocional interferindo intensamente em seu bem estar.

No entanto, a ação por danos morais como direito constitucional, deve ser vista com cautela e ser resguardada daqueles que a utilizam de modo incoerente, seja por absoluta impropriedade do expediente, seja para angariar vantagem em detrimento de alguma instituição ou pessoa.

Os transtornos e aborrecimentos que são passíveis de ocorrer no dia-a-dia de qualquer pessoa, não são suficientes a ensejar ofensa e acarretar direito a indenização.

Assim, a r. sentença de improcedência deve ser mantida por seus jurídicos fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1018696-55.2015.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que são apelantes JOSÉ MACHADO NETO e BARBARA LAURINDA MACHADO, é apelado CONSTRUTORA RODOBASE LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22015)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO PASTORE FILHO (Presidente), JOÃO BATISTA VILHENA e SOUZA LOPES.

São Paulo, 15 de agosto de 2016.

PAULO PASTORE FILHO, Relator

Ementa: INTERDITO PROIBITÓRIO - Legitimidade da apelada para a propositura da presente demanda - Documentos indicados na inicial que demonstram o exercício da posse direta sobre o bem - Ausência de oportunidade de manifestação sobre os documentos trazidos com a réplica - Fato que não implicou cerceamento de defesa, porquanto tais documentos não interferiram na sentença - Desnecessidade de produção de prova pericial na hipótese - Conduta dos apelantes em imóvel vizinho que representou convincente ameaça - Presença dos requisitos objetivos para o acolhimento da pretensão - Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Acresça-se ao relatório da r. sentença proferida a fls. 325/329 que o pedido foi julgado procedente, para determinar aos apelantes, ao descendente e empregados que cessem definitivamente qualquer ato que implique turbação e/ou esbulho na posse exercida pela autora sobre o imóvel mencionado na petição inicial, tendo sido concedida liminar para proibi-los de praticar, por si ou interpostas pessoas, novos atos atentatórios à posse, sob pena de multa diária de R$ 10.000,00, limitada a R$ 300.000,00.

A r. sentença entendeu, em primeiro lugar, ser desnecessária a citação dos demais requeridos, uma vez que, diante da contestação, mostra-se incontroverso

que os acessos à área em discussão foram implementados pelos primeiros requeridos, agindo os demais sob suas ordens e autorização; depois que a prova documental produzida é firme em demonstrar que a apelada exerce a posse sobre a área desde 16 de março de 1993 e contraria fortemente a alegação dos réus de que exercem posse mansa e pacífica desde 1989, concluindo, pelos demais elementos probatórios, que os requeridos invadiram área lindeira pertencente ao DAEE, não respeitando os limites dos imóveis na região e limitando-se ao desmatamento sem critério.

Os apelantes pretendem a reforma integral da r. decisão (fls. 362/381), afirmando que ela não pode prevalecer porque proferida por juiz incompetente, uma vez que o r. Juízo da 10ª Vara Cível da Comarca de Guarulhos está prevento, porquanto ali se processa ação de usucapião ajuizada antes da propositura da presente ação, havendo conexão entre ambas.

Depois, dizem que a apelada não é parte legítima nem possui interesse processual, uma vez que não é possuidora da área, mas apenas mera detentora, porquanto apresenta tão somente documento de autorização de terraplanagem, fato que ensejaria a extinção do processo sem resolução do mérito.

Pretendem, também, a decretação da nulidade da sentença por cerceamento de defesa, sob o argumento de que o julgamento antecipado não lhes permitiu a manifestação sobre o documento juntado na réplica, contrariando o previsto pelo art. 398 do Código de Processo Civil de 1973, bem como impediu a produção de prova pericial.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo e o preparo está anotado.

A apelada ofereceu contrariedade (fls. 419/431), sustentando o acerto da r. decisão.

É o relatório.

A r. sentença merece ser mantida.

Em primeiro lugar, a apelada, conforme autorização de fls. 37/39, desenvolve atividade econômica na área, atividade esta que, de acordo com os elementos probatórios invocados pela r. sentença, justificam a legitimidade para a propositura do presente interdito proibitório, uma vez que a conduta dos apelantes efetivamente estava colocando em risco o desenvolvimento da atividade da apelada no imóvel.

Depois, como bem analisado pela r. decisão, os documentos por ela indicados são suficientes para demonstrar o exercício da posse direta sobre o bem.

O documento de fls. 37/39 comprova que a apelada foi autorizada a utilizar o imóvel para proceder desmatamento, depositar terra, nivelando o terreno em patamares ideais para o recebimento de edificações; os demais referidos pela sentença convencem do exercício da posse direta, assemelhada àquela exercida

Acesso ao Sumário

por comodatário.

Diante disso, considerando-se que a ameaça é, também, da atividade que exerce no imóvel, ela possui legitimidade para impedir que condutas como as descritas na petição inicial venham a atentar contra aquela atividade.

Não há, por outro lado, condições processuais para que se admita a conexão pretendida pelos apelantes, seja porque, como bem salientado pela apelada, o imóvel objeto daquela ação possui matrícula diversa do imóvel que a presente ação pretende o interdito, seja porque a ação já foi decidida e, por isso, impossível a reunião para julgamento conjunto.

Por sua vez, levando-se em conta que a legitimidade da apelada ficou reconhecida com base em documentos juntados com a inicial, os documentos juntados com a réplica não interferiram em nada na presente decisão, razão pela qual a falta de oportunidade de manifestação não constituiu cerceamento de defesa.

Desnecessária, por último, a produção de prova pericial, uma vez que as partes não divergem quanto ao imóvel objeto da lide, sobre o qual os apelantes não exercem posse.

Resulta, portanto, que a conduta deles em imóvel vizinho representou convincente ameaça, que foi bem afastada pela sentença ao condená-los à abstenção de atos de invasão do imóvel, sob pena de multa.

Presentes, portanto, todos os requisitos objetivos para o acolhimento da pretensão inicial, a procedência decretada pelo MM. Juiz *a quo* fica aqui confirmada.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008129-62.2015.8.26.0127, da Comarca de Carapicuíba, em que é apelante PORTOSEG S/A CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO, é apelado CARLOS ROBERTO DOS SANTOS (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA).

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.415)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAMPOS MELLO (Presidente sem voto), SÉRGIO RUI E ALBERTO GOSSON.

São Paulo, 18 de agosto de 2016.

Acesso ao Sumário

ROBERTO MAC CRACKEN, Relator

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA - Autor da ação que não outorga credibilidade às suas alegações. Negócio jurídico que denota outra modalidade de relação comercial. Inobservância do art. 373, I, do Código de Processo Civil. Sentença mantida na íntegra. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face do teor da r. sentença de fls. 130/131 dos autos, que **julgou improcedente** o pedido e diante do princípio da sucumbência, condenou o recorrente no pagamento das custas, das despesas processuais e honorários advocatícios que arbitro em 10% sobre o valor da causa.

O requerido, ora apelante, recorre, requerendo, em síntese, a reforma da r. sentença recorrida. Preliminarmente, aduz que a petição é apta e, no mérito, requer que seja declarada a rescisão contratual pelo inadimplemento do demandado e consequentemente condená-lo ao pagamento do débito descrito na inicial devidamente atualizado, bem como a condenação do réu ao pagamento das custas processuais, honorários advocatícios e demais cominações legais.

Em contrarrazões o apelado requer a manutenção da r. sentença.

Recurso regularmente processado.

Do essencial, é o relatório, ao qual se acresce, para todos os fins próprios, o da r. sentença, ora recorrida.

A princípio, fica prejudicada a análise da preliminar de inépcia da petição inicial, tendo em vista que a mesma foi decidida às fls. 127, não havendo qualquer recurso contra mencionada decisão.

No mérito, com o devido respeito, o presente recurso de apelação não merece provimento.

Conforme r. sentença proferida restou decidido que: "*... Isso porque, embora a contestação seja contraditória no que tange a avença firmada, o fato é que o réu impugna a existência do próprio contrato, alegando que não é titular do cartão de crédito indicado na inicial e sim o de nº 446699****111. Analisando os extratos que instruem a exordial, nota-se que todos se referem ao cartão de crédito de nº 4466900000079004, em outras palavras, diverso daquele apontado pela parte contrária. Ademais, nos termos do art. 373 do NCPC, em seu inciso I, o ônus da prova incumbe 'ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito' e considerando que a inicial apenas traz o extrato a*

Acesso ao Sumário

respeito da evolução da dívida e nada mais, inviável concluir que realmente a avença tenha sido firmada entre as partes. ..."

Efetivamente, apesar dos documentos apresentados pelo recorrente, os mesmos, não têm o condão de comprovar as alegações deduzidas, razão pela qual, não cumprido o ônus processual previsto no artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil, não se mostra possível a procedência recursal.

Como é cediço, cabe à parte comprovar os fatos alegados e constitutivos dos seus direitos, nos exatos termos do artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil, não cumprindo com o seu ônus jurídico-processual, o pleito formulado está fadado ao insucesso. E, além de que, como é cediço "***... Não havendo nos autos prova bastante para o acolhimento do pleito vestibular, a improcedência da ação é medida que se impõe, eis que ao autor cabe o ônus de provar os fatos constitutivos do direito por ele postulado (art. 333, I, CPC). ...***"[1]

Ainda, nesse sentido:

"***Segundo a regra estatuída por Paulo, compilada por Justiniano, a prova incumbe a quem afirma e não a quem nega a existência de um fato (Dig. XXII, 3, 2). O autor precisa demonstrar em juízo a existência do ato ou fato por ele descrito na inicial como ensejador de seu direito***".[2]

"...

Cabia à autora, nos termos do art. 333, inc. I, do CPC, o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito. Não tendo ela logrado comprovar as suas alegações, impunha-se a improcedência da pretensão deduzida".[3]

Por consequência, em razão do acima retratado, aplica-se a regra geral de que a prova deve ser apresentada por quem afirma, ou seja, ao autor, ora recorrente, incumbia provar aos fatos constitutivos do seu direito, ônus este que não se desincumbiu, pois, *probare oportet, non sufficit dicere e probatio incumbit asserenti*[4], consubstanciado, no caso, não demonstração do binômio necessidade - possibilidade.

Portanto, pelo todo retratado, com o devido respeito, o recurso não merece provimento, uma vez que ausente comprovação e demonstração dos fatos constitutivos do seu direito.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso de apelação, mantida a r. sentença com lançada.

Acesso ao Sumário

1 TJMG - Apelação nº 2.0000.00.406691-3/000(1) - Data de publicação do acórdão: 10.02.2004.

2 Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante em vigor - Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery - 7ª edição - São Paulo - Editora Revista dos Tribunais pág. 723.

3 TJRS - Apelação nº 70015134646 - Recurso julgado em 13/09/2006.

4 "Não basta dizer, é preciso provar".

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4001436-96.2013.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante MARIA CAJAIBA DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada MARIA APARECIDA DE JESUS LEONEL (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22879)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAURÍCIO PESSOA (Presidente) e THIAGO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 31 de agosto de 2016.

CARLOS ABRÃO, Relator

Ementa: APELAÇÃO - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - ESBULHO - DESMEMBRAMENTO DO LOTE - INSTRUÇÃO - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - RECURSO - ELEMENTOS PROBATÓRIOS CORROBORAM A TESE DOS AUTORES, EM DETRIMENTO DAQUELA DA APELANTE - ESCRITO PARTICULAR SEM O CONDÃO DO JUSTO TÍTULO - BOA-FÉ DESCARACTERIZADA - RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de apelo tirado contra a r. sentença de fls. 234/237, julgando procedente a ação possessória para reintegrar os autores, condenando a ré ao pagamento das custas e despesas processuais e verba honorária de R$ 1.000,00, ressalvada a gratuidade da Lei nº 1.060/50, de relatório adotado, insurge-se a ré ao fundamento da nulidade provocada pelo cerceamento, alimenta esperança de permanecer na posse, indicando não ter havido esbulho, feita a regular compra por escrito particular, lança mão da prova oral, busca provimento (fls. 240/247).

Recurso tempestivo, recebido no duplo efeito (fls. 248).

Contrarrazões (fls. 251/256).

Houve remessa.

É O RELATÓRIO.

O recurso não comporta provimento.

Acesso ao Sumário

A análise didática e, ao mesmo tempo, analítica do conteúdo probatório indica não ter havido nulidade, qualquer cerceamento, ao contrário, foram carreadas provas documentais e realizada instrução suficiente à formação do livre convencimento.

No caso concreto, restou inequívoco que o lote nº 9 da quadra 23 veio a ser desmembrado, contudo, o documento no qual se alicerça a ré apelante não corrobora a sua tese, isto porque sequer fora comprovada a alienação de José Renato para Adriano, e, no escrito particular de venda e compra (fls. 53/54), diga-se de passagem, apenas consta o nome dos autores sem que assinem aquele instrumento.

Dessarte, comparativamente, a documentação dos autores é sólida e demonstra a efetiva invasão, com as fotos trazidas de fls. 24/26, daí porque não persiste a legalidade da cadeia de transferência pretendida pela ré infirmada pela prova documental no propósito de não ter ocorrido a venda e compra por escrito particular, além da impugnação feita pelos autores em relação à validade e eficácia daquele negócio jurídico subjacente.

Fundamental, ainda, revelar que o pagamento não restou comprovado em relação ao coautor José Renato e muito menos a integralidade do compromisso feito por Adriano, que convivia com a filha da autora Maria Aparecida.

Nenhum prequestionamento ocorre, mantendo-se hígida a decisão a qual deu exata solução ao litígio.

Nenhum dispositivo normativo fora violado para acenar prequestionamento.

Isto posto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005040-39.2015.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelado LUIZ LOURENÇO ROCHA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelante BANCO ITAUCARD S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, após a ampliação do julgamento na forma prevista pelo artigo 942, §1º do CPC/2015, deram parcial provimento ao recurso. Vencido o 2º Desembargador que expõe os limites de sua divergência por meio da declaração de voto que integra o presente julgado.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.542)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores

Acesso ao Sumário

JACOB VALENTE (Presidente), CASTRO FIGLIOLIA, CERQUEIRA LEITE e TASSO DUARTE DE MELO.

São Paulo, 8 de agosto de 2016

SANDRA GALHARDO ESTEVES, Relatora.

Ementa: CONTRATOS BANCÁRIOS. AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL. FINANCIAMENTO DE VEÍCULO.

COBRANÇA POR SERVIÇOS DE TERCEIROS. A cobrança por serviços prestados por correspondente à financeira (cuja natureza é de "comissão" em razão da captação do cliente e seu pré-atendimento), embora vedada pela Resolução nº 3.954/11 do CMN, era permitida à época da contratação. O valor podia ser repassado ao consumidor, eis que expressamente indicado no contrato, respeitando o direito (e o dever) de informação (Lei nº 8.078/90, arts. 46 e 52, inc. III).

TARIFA DE RESSARCIMENTO DE PROMOTORA DE VENDAS. ILEGALIDADE. A tarifa de promotora de vendas é vedada pelo artigo 17 da Resolução 3.954/11 do Banco Central e, mesmo que não fosse, não poderia ser cobrada em conjunto com a tarifa de Serviços de Terceiros, pois ocorreria bis in idem.

Apelação parcialmente provida.

VOTO

Vistos,

1. Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença, prolatada às fls.69/70, que julgou parcialmente procedente os pedidos formulados na inicial dessa ação de restituição de cobrança indevida, que o autor LUIZ LOURENÇO ROCHA move em face do réu BANCO ITAUCARD S/A.

O autor narra na inicial que possui com o réu um contrato de financiamento de N° 75949582-3 que foi firmado no dia 12/06/2009 no valor de R$ 41.924,40, que seria quitado em 60 parcelas de R$ 698,74. Sustenta que: as tarifas de cadastro (R$ 350,00), de gravame eletrônico (R$ 42,85), serviços de terceiros (R$ 1.776,00) e ressarcimento de promotora de vendas (R$ 181,00) são de plena responsabilidade da instituição financeira não podendo ser repassada ao consumidor; todo o valor deve ser restituído em dobro; pede que o réu seja condenado em danos morais no valor de R$ 20.000,00. Acostou documentos

Acesso ao Sumário

fls. 16/22.

Em contestação o réu sustenta a legalidade das tarifas cobradas e a prescrição da pretensão do autor de acordo com o artigo 206, § 3º, V, do Código Civil. Acostou documentos fls. 49/55.

Sobreveio a r. sentença de fls. 69/70 que julgou parcialmente procedente para afastar o pedido de prescrição visto que não ocorreu; determinar a devolução das tarifas de serviços de terceiros e ressarcimento de promotora de vendas de forma simples; afastar o pedido do autor para que o réu seja condenado em danos morais. Condenou cada parte com metade das despesas processuais.

O réu apelou às fls. 74/82. Alega, em suma, que as cobranças de Serviços de Terceiros e ressarcimento de Promotora de Vendas são totalmente legais e não são abusivas.

O autor não ofertou contrarrazões.

É o relatório do essencial.

2. O recurso foi interposto contra decisão publicada antes de 18 de março de 2016, e, por isso, segundo orientação da Egrégia Corte Superior, seu julgamento dar-se-á de acordo com as disposições do Código de Processo Civil de 1973 - *tempus regit actum*.

Tarifas

A cobrança por serviços prestados por correspondente à financeira tem natureza de "comissão" (taxa de retorno), em razão da captação do cliente e seu pré-atendimento.

É certo afirmar que, a partir da entrada em vigor da Resolução nº 3.954/11 do Conselho Monetário Nacional (25.02.2011), tal cobrança passou a ser vedada. No entanto, como o contrato foi celebrado antes dessa regulamentação (12/06/2009), é despesa que pode ser repassada ao consumidor, eis que expressamente indicada no contrato, respeitando o direito (e o dever) de informação (Lei nº 8.078/90, arts. 46 e 52, inc. III).

Porém, no que toca a tarifa de ressarcimento de promotora de vendas (R$ 181,00), têm-se que a mesma é indevida, em decorrência do estabelecido pela Resolução 3.954/11 do Banco Central em seu artigo 17 que dispõe:

> "*É vedada a cobrança, pela instituição contratante, de clientes atendidos pelo correspondente, de tarifa, comissão, valores referentes a ressarcimento de serviços prestados por terceiros ou qualquer outra forma de remuneração, pelo fornecimento de produtos ou serviços de responsabilidade da referida instituição, ressalvadas as tarifas constantes da tabela adotada pela instituição contratante, de acordo com a Resolução nº 3.518, de 6 de dezembro de 2007, e com a Resolução nº 3.919, de 25 de novembro de 2010*".

Acesso ao Sumário

Logo a cobrança deve ser afastada, pois expressamente vedada e, ainda que não fosse, a mesma não poderia ser cobrada em conjunto com a tarifa de Serviços de Terceiros, pois ocorreria verdadeiro *bis in idem*.

3. Em face do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso para declarar a legalidade da cobrança da tarifa de Serviços de Terceiros e declarar inexigível a cobrança por ressarcimento de promotora de vendas. Em decorrência de ambas as partes serem, vencido e vencedor, os ônus da sucumbência devem se dar de forma recíproca.

DECLARAÇÃO DE VOTO PARCIALMENTE VENCIDO

(Voto nº 16213)

Vistos.

Respeitado o entendimento da douta maioria, fiquei vencido no que concerne à solução dada à questão da tarifa de serviços de terceiro.

Exponho as minhas razões.

Ao exame dos autos, depreendi que a cláusula que trata do reembolso de despesas de terceiros é realmente abusiva.

O valor dos serviços supostamente contratados junto ao terceiro é de R$ 1.776,00. Como o valor financiado do bem é de R$ 27.440,44, o tal serviço de terceiro tem expressão econômica equivalente a mais de seis por cento do financiamento.

A cláusula que trata do assunto (fls. 20 dos autos) está escrita com letra 12 e espaço simples. Trata-se da cláusula 25, de seguinte redação: "*25. Tarifa e Despesas - o Cliente pagará ao Credor: a) em virtude dessa Operação a tarifa prevista no subitem 3.5 e as demais despesas indicadas no subitem 3.15 que, se financiados, terão seus valores incluídos nas parcelas*". Nos referidos subitens consta apenas o nome - "despesas com serviços de terceiro" -, sem a mínima indicação sobre qual serviço seria prestado pelo terceiro. Com relação ao valor da tarifa, consta "conf. resposta de crédito". Na resposta de crédito, consta que haverá cobrança do valor de R$ 1.776,00, referente a "ressarcimento de serviços de terceiros". Por óbvio, não há como reconhecer qual o serviço de terceiro que está sendo supostamente ressarcido.

Pois bem, evidentemente a cláusula em comento implica a inflição de encargo considerável em face do consumidor aderente. Logo, para que a disposição o obrigasse, ela deveria ter um mínimo destaque - o que não tem -, bem como deveria constar de seu conteúdo, de forma explícita, qual o serviço que o terceiro presta - o que não consta. Sem a adoção de tais cautelas por parte da instituição financeira quando da elaboração do contrato, de se considerar

Acesso ao Sumário

que a cláusula em análise acarreta violação flagrante ao que dispõe o Código de Defesa do Consumidor, tanto por conta da forma adotada, como pelo conteúdo lacônico da disposição.

Nesse contexto, não obstante seja possível, em princípio, a cobrança do serviço de terceiro, especificamente no caso dos autos, o valor não poderia ser exigido. A cláusula não obriga o consumidor, pelo que entendi que a sentença devia ser mantida também neste aspecto.

Nestes moldes, votei - e fiquei parcialmente vencido -, pelo desprovimento do apelo.

CASTRO FIGLIOLIA, Desembargador, 2º Juiz parcialmente vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1120329-93.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SANTINEI DOS SANTOS ALVES, é apelado OMNI S/A CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

ACORDAM, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 01636)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROBERTO DE SANTANA (Presidente) e SÉRGIO SHIMURA.

São Paulo, 31 de agosto de 2016.

MARCOS GOZZO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DE CANCELAMENTO DOS EFEITOS DE PROTESTO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Pedido decorrente de suposta irregularidade no protesto realizado pelo Tabelião de Notas. Legitimidade deste, e não da recorrida, para figurar no polo passivo da demanda. Mesmo que assim não fosse, não comporta acolhimento a pretensão recursal. Intimação pessoal realizada pelo Tabelionato. Apelante não encontrado, ensejando a realização de intimação editalícia. Configurada a regularidade da intimação. Mora *ex*

***re* reconhecida pelo recorrente. Prescindibilidade de notificação judicial/extrajudicial. Ausência de demonstração de existência de cláusula de eleição de foro, o que não alteraria, de qualquer modo, a competência para protesto, bem como de informação à requerida da alteração de seu domicílio. Sentença mantida. Recurso desprovido.**

VOTO

Trata-se de ação de cancelamento dos efeitos de protesto c.c. indenização por danos materiais e morais ajuizada por **Santinei dos Santos Alves** em face de **Omni S/A Crédito, Financiamento e Investimento**, em que os pedidos foram julgados improcedentes.

Sucumbente, recorre o autor arguindo que a intimação do protesto por edital só é admitida em casos excepcionais, dentre os quais não se enquadra o presente. Assevera, ainda, que informou a alteração de seu domicílio para São Paulo, por meio do SAC da requerida. Assim, se mostra inválida a intimação editalícia, devendo ser cancelado o protesto. Ademais, como no contrato não foi identificado o local de pagamento, o protesto deve ocorrer no foro de eleição do pacto ou no domicílio do apelante, sendo inválido o protesto, porquanto o ato foi praticado por Tabelionato incompetente. Requer, também, a condenação em lucros cessantes e danos morais (fls. 60/70).

Recurso preparado (fls. 71/72), recebido em ambos os efeitos e respondido (fls. 73 e 75/80).

É o relatório em acréscimo daquele constante da r. sentença recorrida (fls. 56/58).

Passo ao voto.

Pretende o recorrente o cancelamento do protesto e a condenação da recorrida em danos morais e extrapatrimoniais, sob o fundamento de irregularidade na sua realização por edital.

Resta claro, assim, que o cerne da discussão destes autos é a suposta irregularidade do protesto por edital realizado pelo Tabelião de Notas e Protesto de Rondonópolis, MT.

Com efeito, o art. 1º da Lei 9492/97 dispõe que: "*Compete privativamente ao Tabelião de Protesto de Títulos, na tutela dos interesses públicos e privados, a protocolização, a intimação, o acolhimento da devolução ou do aceite, o recebimento do pagamento, do título e de outros documentos de dívida, bem como lavrar e registrar o protesto ou acatar a desistência do credor em relação ao mesmo, proceder às averbações, prestar informações e fornecer certidões relativas a todos os atos praticados, na forma desta Lei*".

Acesso ao Sumário

E, ainda, os arts. 14 e 15 prescrevem o seguinte: "*Protocolizado o título ou documento de dívida, o Tabelião de Protesto expedirá a intimação ao devedor, no endereço fornecido pelo apresentante do título ou documento, considerando-se cumprida quando comprovada a sua entrega no mesmo endereço*" e "*A intimação será feita por edital se a pessoa indicada para aceitar ou pagar for desconhecida, sua localização incerta ou ignorada, for residente ou domiciliada fora da competência territorial do Tabelionato, ou, ainda, ninguém se dispuser a receber a intimação no endereço fornecido pelo apresentante*".

Destarte, a intimação do devedor indicado no título e o protesto são atos de responsabilidade do Tabelionato de Notas e Protesto de Rondonópolis, MT, sendo parte ilegítima a requerida para figurar no polo passivo destes autos.

Mesmo que assim não fosse, não comporta acolhimento a pretensão do recorrente.

Isso porque, conforme a Cédula de Crédito Bancário firmada entre as partes, o recorrente residia em Rondonópolis, MT, mesma localidade do Cartório de Notas, não havendo que se falar em incompetência deste (fls. 9).

Ademais, inexiste comprovação de que o Tabelionato não tenha tentado a intimação pessoal do apelante antes da editalícia, indicando o documento de fls. 10, aliás, que o ato se aperfeiçoou por edital porque o autor "não foi encontrado".

Não se pode perder de vista, ainda, que o próprio recorrente admite a mora, que no caso é *ex re*, independendo de provocação do credor, em outras palavras, de notificação judicial/extrajudicial.

Por fim, diferentemente do que afirma o autor, não há demonstração de existência de cláusula de eleição de foro, o que não alteraria, de qualquer modo, a competência para protesto, bem como de informação à requerida da alteração de seu domicílio.

Assim, não observada nenhuma irregularidade na intimação realizada pelo Tabelião de Notas de Rondonópolis, de rigor, a manutenção da sentença.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011304-54.2013.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é apelante JOSÉ PAULO TONHÃO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão:

"Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30953)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO PASTORE FILHO (Presidente) e AFONSO BRÁZ.

São Paulo, 8 de setembro de 2016.

IRINEU FAVA, Relator

Ementa: Apelação - Consórcio - Ação de restituição de parcelas pagas - Julgamento antecipado - Possibilidade - Cerceamento de defesa não caracterizado - Autor que foi contemplado com carta de crédito e adquiriu imóvel - Inadimplência - Consolidação do bem em favor do apelado - Alienação - Devolução de valor pago - Valor obtido através de cálculos considerados a venda do imóvel, débito, bem como outras despesas - Ausência de impugnação específica - Comprovação de depósito na conta do autor - Litigância de má-fé fé caracterizada - Sentença mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação tirado contra a r. sentença de fls. 247/250, declarada a fls. 262, cujo relatório fica adotado, prolatada pela MMª Juíza de Direito Cibele Carrasco Rainho Novo, que julgou improcedente ação de restituição de quotas de consórcio ajuizada pelo apelante.

Sustenta o apelante, preliminarmente, cerceamento de defesa posto que não realizada a prova pericial. No mérito, aduz que o imóvel adquirido teve recursos próprios e, portanto, houve aumento do valor do bem. Assevera que a sentença silenciou quanto à devolução dos valores referente ao fundo de reserva. Assevera que o consorciado excluído contemplado ou não tem direito à restituição da importância paga ao fundo comum do grupo. Aduz que tem o direito a devolução das parcelas pagas. Afirma que em nenhum momento ocultou a verdade, sendo incabível a pena pela litigância de má-fé. Informa que embora tenha havido a contemplação da carta de crédito é certo que também ocorreu o adimplemento de 20 parcelas fixas, além do lance no valor de R$ 22.930,60, sendo que o débito remanescente jamais poderia alcançar 50% do valor alienado pelo requerido. Pede acolhimento do recurso (fls. 265/271).

Recurso tempestivo e respondido (fls. 278/279), anotado o preparo (fls. 273/276).

Acesso ao Sumário

É O RELATÓRIO.

O alegado cerceamento de defesa não restou caracterizado.

A Ilustre Magistrada de Primeiro Grau, sentindo-se suficientemente segura diante do acervo documental existente nos autos, houve por bem julgar antecipadamente a ação.

A propósito, a jurisprudência entende de forma pacífica que estando o feito instruído com os documentos necessários ao deslinde da causa, desnecessária a dilação probatória (JTACSP 195/184).

Nesse sentido:

"**Tendo o Magistrado elementos suficientes para o esclarecimento da questão, fica o mesmo autorizado a dispensar a produção de quaisquer outras provas, ainda que já tenha saneado o processo, podendo julgar antecipadamente a lide, sem que isso configure cerceamento de defesa**" (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor - Theotônio Negrão - Ed. Saraiva - 31ª ed. - pág. 397).

E ainda, "***O propósito de produção de provas não obsta ao julgamento antecipado da lide, se os aspectos decisivos da causa se mostram suficientes para embasar o convencimento do magistrado***" (STF - RE 96725/RS - Rel. Min. Rafael Mayer).

Em relação à necessidade da prova pericial mencionada, da mesma forma, impõe-se salientar que compete ao magistrado, destinatário da sua produção, a análise de sua conveniência e necessidade. Ou seja, o juízo de admissibilidade da prova não compete à parte.

Nesse sentido, anota Theotonio Negrão, em comentário ao art. 130 do CPC:

Sendo o juiz destinatário da prova, somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não de sua realização. Nesse sentido: RT 305/121, JTJ 317/189 (AP. 964.735-0/3)." Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 41. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 272).

Ademais, anote-se que, de fato, era desnecessária a sua realização como se verá a seguir.

No mérito, melhor sorte não socorre o recorrente.

Conforme se infere dos autos, o apelante aderiu a participação em grupo de consórcio, objetivando a aquisição de carta de crédito no valor de R$ 70.000,00, com plano de 81 meses.

Alega o autor na exordial que por dificuldades financeiras deixou de pagar as quotas de consórcio, mas como já efetuou o pagamento de 20 prestações que somaram a quantia de R$ 42.311,47, ajuizou a presente ação visando ressarcimento do valor pago.

Acesso ao Sumário

A ação foi julgada improcedente pela decisão guerreada.

Não se nega que desistente de grupo de consórcio tem direito a restituição das parcelas pagas, ficando sujeito às penalidades contratuais.

No caso em análise, entretanto, não se trata de desistente ou excluído de grupo de consórcio.

Restou demonstrado nos autos que o autor foi contemplado com carta de crédito, o que possibilitou a compra de imóvel no valor de R$ 80.000,00, com cláusula de alienação fiduciária (fls. 31/39).

Incontroverso também, além de demonstrado nos autos, que o autor em razão de dificuldades financeiras tornou-se inadimplente, tendo sido consolidada a propriedade do imóvel em favor do apelado em 13.09.2010 e o bem arrematado em dezembro de 2010 pelo valor de R$ 83.000,00 (fls. 79).

Desse modo, não há falar em devolução de prestações pagas, mas sim devolução de valores eventualmente obtidos através de cálculo considerando-se o valor de arrematação do bem, o saldo devedor e todas as despesas.

Esse cálculo, aliás, foi demonstrado pela requerida a fls. 90/92, sobejando a diferença de R$ 17.618,84, valor este que se encontra depositado na conta do autor, conforme se verifica a fls. 80.

A alegação do autor de que o valor acima se refere à devolução de R$ 10.000,00 que desembolsou por ocasião da compra do imóvel, como bem salientado na sentença, não procede, "***posto que comprovado nos autos que a carta de crédito era no valor de R$ 70.000,00(setenta mil reais), e, portanto, se despendeu quantia superior, foi por livre espontânea vontade, não cabendo ao requerido, como administrador do grupo de consórcio, ser obrigado a arcar com a diferença entre o valor da carta de crédito e o do imóvel escolhido com padrão superior***" (*sic*).

Importante salientar que o autor, embora tenha discordado do cálculo realizado a fls. 90/92, por sinal, elaborado de forma minuciosa, não impugnou ou mesmo especificou quais os valores que foram lançados estão incorretos.

A alegação singela de que o débito não poderia alcançar 50% do bem alienado, não é suficiente para a realização de perícia contábil, como pleiteada.

Nesse contexto, conclui-se que o autor foi devidamente restituído conforme disposto em contrato.

A multa pela litigância de má-fé, também não merece qualquer reparo.

Como bem reconhecido na sentença, houve omissão quanto a contemplação do consórcio, bem como quanto ao recebimento de valores. O autor procurou num primeiro momento fazer crer que se tratava de mais um desistente de consórcio em razão de não conseguir efetuar os pagamentos das quotas e diante disso, teria direito a devolução dos valores pagos.

Acesso ao Sumário

Na esteira desse entendimento, tem-se que a sentença deu justa e adequada solução ao litigio, merecendo assim ser mantida por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005229-89.2014.8.26.0047, da Comarca de Assis, em que são apelantes DORIVAL BIASON e RAQUEL VIEIRA DE SÁ BIASON, é apelado BANCO SANTANDER BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4629)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COELHO MENDES (Presidente sem voto), MENDES PEREIRA e LUCILA TOLEDO.

São Paulo, 9 de setembro de 2016.

JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO, Relator

Ementa: CONTRATOS BANCÁRIOS - Ação de natureza revisional - Possibilidade de análise dos ajustes instrutórios da inicial acional, vinculados à conta-corrente de revisão intentada, impossibilitado o exame daqueles cuja ausência de indicação, pela genericidade do pedido, obstaculiza inclusive a providência de sua exibição incidental pelo Banco - Circunstância impeditiva inclusive de aferição do alegado encadeamento contratual, bem como de se alegar cerceio de defesa por não complementação da prova documental - Cerceamento de defesa também inocorrente, pela irrealização da prova pericial, madura a causa para receber sentença - Análise de ofício da prescrição, no caso decenal (Civil de 2.002, art. 205, observada a regra de transição prevista no art. 2.028), matéria de ordem pública, ocorrida relativamente ao contrato de abertura de crédito rotativo em conta-corrente, celebrado em 14/04/2002, e vencimento em 12/07/2002, sem prova

Acesso ao Sumário

de prorrogação, nos autos - Quanto as demais ajustes: relação de consumo caracterizada - Aplicação do CDC (Súmula 297 do C. STJ) - Inverificação de onerosidade excessiva - Contratos com parcelas de valor fixo, estipulação de taxa de juros efetiva anual superior ao duodécuplo da taxa mensal, capitalização e método composto - Legalidade e regularidade (Súmula STJ 541) - Observância da Súmula 381 do STJ tocante a alegações genéricas- Ação julgada improcedente - Sentença mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 1535/1545, que julgou improcedente ação revisional de contrato bancário, e condenou a parte ativa a pagar custas e honorários advocatícios fixados em 10% do valor dado à causa.

No recurso (fls. 1549/1573), devidamente interposto e preparado (fl. 1580/1581), ao pedido de provimento para reforma da sentença, alega-se, em síntese, preliminar de cerceamento de defesa, diante do julgamento antecipado da lide, quando se impunha a realização da prova pericial requerida, inclusive perante o parecer técnico-contábil com que instruiu a inicial, bem como determinar a complementação documental (cuja exibição seria obrigação do Banco, por se tratar de documento comum às partes), a que se pudesse proceder a revisão integral da conta-corrente em questão, deste a sua abertura (desde janeiro de 1986) até os últimos lançamentos da data da citação, comprovando-se o encadeamento de operações (STJ, súmula 286), revisando-se do ajuste à luz do CDC, com mitigação do "pacta sunt servanda", inversão do ônus da prova; no mérito, sustenta que a falta do contrato de origem (de abertura de conta-corrente) não pode representar um óbice ao curso da demanda, batendo-se contra confessada e inadmissível capitalização de juros em período inferior ao anual (afora a inconstitucionalidade do art. 5º, da MP 2.170-36/2001), a comumente empregada nos contratos bancários a metodologia Price, desnecessário falar-se em prova de erro para repetição do indébito, impondo-se, a seu ver, quando não a nulidade sentencial, a total procedência acional, em vista das abusividades alegadas.

Resposta às fls. 1587/1591.

É o relatório.

Sobre a preliminar de nulificação sentencial por ausência da realização da requerida prova pericial e da postulada complementação da prova documental, de se assentar o seguinte:

Acesso ao Sumário

De antemão, bom reste esclarecido aos autores que a prova pericial (quando necessária - esclarecendo-se que, na espécie, nem mesmo é), conquanto deveras importante, não tem, como nenhuma prova tem (menos ainda parecer técnico-contábil contratado pela parte, que tem comprometida sua imparcialidade, como prova), condão decisório absoluto, eis que, do contrário, dispensaria mesmo o julgamento pelo magistrado, que, agrilhoado pelas conclusões do laudo técnico, passaria a ser, então, mero redator das inderruíveis conclusões do *expert*, de tal sorte que, sempre que houvesse perícia num processo, o laudo já, de si, representaria o sentenciamento de que estaria praticamente dispensado o julgador, exceto por puro e repudiável formalismo. Ora, constitui máxima do Direito que é do sopesamento de todo o acervo probatório amealhado nos autos, analisando-o e confrontando, que decide o juiz, de acordo com o princípio de seu livre e motivado convencimento. Portanto, desde que fundadamente, nenhuma estranheza deve causar o fato de uma sentença eventualmente divergir de um laudo pericial, o que jamais implicaria sua nulidade.

E a questão debatida nos autos é meramente de direito, de objeto simples, sendo desnecessária a dilação probatória e produção de prova pericial, posto que de conhecimento das partes as taxas de juros incidentes, bem como sua forma de aplicação e as demais diretrizes do ajuste, suficientes os elementos dos autos ao desate da causa.

O juiz é o destinatário final da prova, conforme preceitua o art. 130 do CPC, e a ele cabe declarar a pertinência, ou não, da realização de cada prova, destinada à formação de sua convicção, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias (CPC, art. 125, II), e, no caso, era prescindível a realização de audiência ou a apresentação de documentos suplementares.

Nada obstante, nunca é demais lembrar que descabe à parte avocar-se função adstrita ao "jus dicere", para imprimir valoração outra que não ao legítimo destinatário da prova (CPC, art. 130): vale dizer que não pode julgar necessária a realização de mais provas ao já formado convencimento do sentenciante, cuja liberdade de convicção tem também assento constitucional.

Acesso ao Sumário

De fato, há de ficar evidenciada a necessidade da produção de prova para que o julgamento antecipado implique cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do magistrado (STF-RExtr 101.171-8/SP).

Não é outro o entendimento inclusive desta Egrégia 15ª Câmara de Direito Privado:

> "*AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO JULGADA IMPROCEDENTE - Contrato de financiamento de veículo. CERCEAMENTO DE DEFESA POR CONTA DE JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - Não ocorrência - Dilação probatória*

desnecessária - Questão de direito - Prova documental que permitia o desate da lide - Preliminar rejeitada [...] Sentença mantida - Recurso desprovido" (Apel 0050756-48.2010.8.26.0071, Rel. Des. Castro Figliolia, j. 11/07/2014).

"APELAÇÃO [...] CERCEAMENTO DE DEFESA - Não ocorrência - Falta de proveito de produção *doutras* provas, sob pena de protelação - Questão exclusiva de direito [...] Sentença de rejeição mantida - Recurso desprovido" (Apel 0003791-52.2013.8.26.0347, Rel. Des. Vicentini Barroso, j. 26/08/2014).

E à falta de indicação dos contratos cuja exibição se postula na inicial acional, e que estariam vinculados à conta-corrente que se quer revisada, tem-se uma inadmissível formulação de pedido genérico, sem a menor especificação, circunstância que inclusive dispensa seja providenciada, pelo Banco, a apresentação incidental dos instrumentos dessa forma requerida.

Um pedido deduzido, dessa maneira temerária, quase desserve a uma pretensão revisional, mais se assemelhando a uma pretensão de prestação de contas.

Mas, no que possível analisar-se a pretensão revisional, como formulada, tal escopo só se mostra admissível pela cópia dos contratos que os autores carrearam instrutoriamente à sua exordial, essa apresentação equivalendo àquela necessária especificação dos contratos implicados no intento revisional, que, como se disse, no próprio corpo da inicial não se divisa. Por essa razão, inclusive, tem-se natural e evidentemente obstaculizada a aferição de do alegado encadeamento contratual.

Tais contratos seriam, a princípio, passíveis de exame, e a seguir, por razões didáticas, passamos a especificá-los (cada qual) pelas letras "a" a "h", doravante assim referidos, considerada a contratação de que todos derivaram, de abertura de conta- corrente nº 009292007121-3, em nome dos autores, com informe da data mais antiga dessa abertura, junto ao ora apelado, aos 07/11/1985 (fls. 468/469):

a) Contrato de abertura de crédito rotativo em conta-corrente, celebrado em 14/04/2002, com limite de R$ 500,00 e vencimento em 12/07/2002, sem prova de prorrogação, nos autos e já sem especificação de taxa de juros mensal/anual, no campo próprio, como o exigiria sua cláusula 3ª, para que se pudesse considerar pactuada expressamente a capitalização mensal (fls. 415/416, o mesmo de fls. 465/467);

b) Contrato de Empréstimo PF, celebrado em 11/11/2004, para pagamento de 48 parcelas de R$ 210,44 cada, vencendo-se a primeira em 05/01/2005 e a última em 05/12/2008, à taxa de juros mensal de 2,60%, anual efetiva de 36,0719% (fls. 443/448);

Acesso ao Sumário

c) Contrato de Empréstimo PF, celebrado em 10/01/2005, para pagamento de 24 parcelas de R$ 275,73 cada, vencendo-se a primeira em 05/02/2005 e a última em 05/01/2007, à taxa de juros mensal de 3,90%, anual efetiva de 58,2656% (fls. 432/438);

d) Contrato de Empréstimo, celebrado em 09/05/2005, para pagamento em 18 meses, cada parcela no valor de R$ 215,07 cada, vencendo-se a primeira em 05/07/2005 e a última em 05/12/2006, à taxa de juros mensal de 3,95%, anual efetiva de 59,18% (fls. 410/414);

e) Contrato de empréstimo, celebrado em 08/08/2005, no valor de R$ 1.600,00, para pagamento em 134 dias, vencimento em 20/12/2005, à taxa de juros mensal de 3,30%, anual efetiva de 47,64% (fls. 418/420, o mesmo de fls. 454/456);

f) Contrato de empréstimo, celebrado em 21/11/2005, para pagamento em 48 meses, cada parcela no valor de R$ 491,62, vencendo-se a primeira em 05/12/2005, a última em 05/11/2009, à taxa de juros mensal de 4,9500%, anual efetiva de 78,56% (fls. 428/431, o mesmo de fls. 461/464);

g) Contrato de Empréstimo, celebrado em 09/12/2005, para pagamento de 50 parcelas de R$ 863,15 cada, vencendo-se a primeira em 08/02/2006 e a última em 08/03/2010, à taxa de juros mensal de 3,20%, anual efetiva de 45,93% (fls. 424/427, o mesmo de fls. 457/460);

h) Contrato de crédito garantido pela restituição de IR, celebrado em 10/03/2006, no valor de R$ 6.000,00 para pagamento em 90 dias, vencimento em 06/06/2006, à taxa de juros mensal de 2,30%, anual efetiva de 40,92% (fls. 421/423, igual ao de fls. 451/453).

Isso posto, urge também outra delimitação que diz respeito ao prazo prescricional. E assim porque somente há possibilidade de revisão de ajustes pretéritos, observado o lapso prescricional.

Por se tratar de matéria de ordem pública, que o juízo pode conhecer de ofício, antes de adentrar no mérito, e para racionalizar os trabalhos, de antemão fixa-se que o prazo prescricional da pretensão revisional contratual, em que se pede o reconhecimento de cláusulas abusivas, é decenal - na vigência do Novo Código Civil de 2002, art. 205 -, ou vintenário - sob a égide do Código Civil de 1916, art. 177 -, observada a regra de transição prevista no art. 2.028 do Código Civil de 2002, por que de natureza pessoal. Neste sentido: Ag no REsp 137.892/PR, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJ de 14/12/2012; REsp 1.354.740/MG, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJ de 12/12/2012; AgRg no Ag no REsp 3.755/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 09/09/2011; AgRg no REsp 1.057.248/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJ de 04/05/2011; AgRg no Ag 1.096.511/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, DJ de 31/03/2011; AgRg no Ag 1.291.146/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ de 29/11/2010; e AgRg no Ag 1.018.256/SP, Rel.

Acesso ao Sumário

Min. Massami Uyeda, DJ de 28/08/2008.

Assim, contando-se de forma retroativa, assenta-se prescrita a pretensão revisional com relação a todos os contratos cuja data de vencimento da última prestação seja anterior a dez anos da data do ajuizamento da ação (ocorrido em 12/08/2014), portanto, todos em que essa data seja anterior a 12/08/2004.

Decorrentemente, na hipótese de que se trata, enquadra-se o contrato "a", que fica, pois, expungido da pretensão revisional, porquanto prescrita.

Tocante aos contratos "b" a "h", vencidas as preliminares, se há analisar o mérito do recurso à luz do princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, vale dizer, no âmbito das irresignações vertidas no apelo, razão pela qual se há analisar unicamente a questão alusiva ao alegado anatocismo.

Pois bem:

Nos termos da Súmula 297, do C. STJ, "**O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras**", de modo que os princípios de proteção ao consumidor exigem sejam aplicados na relação individual, inclusive para revisão de ajustes contratuais que resultarem contrários à lei ou ao CDC, e autorizam ingerência judicial para reequilíbrio contratual, no que se insere a denominada "relativização do *pacta sunt servanda*".

A esse respeito, não há ilegalidade, abusividade ou onerosidade excessiva, pois cada um dos contratos retro está em consonância com o posicionamento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme ementa abaixo descrita, relativa a recurso julgado no regime dos recursos repetitivos (CPC/73, art. 543-C):

> "*CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. AÇÕES REVISIONAL E DE BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM DEPÓSITO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. JUROS COMPOSTOS. DECRETO 22.626/1933 MEDIDA PROVISÓRIA 2.170-36/2001. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. MORA. CARACTERIZAÇÃO. 1. A capitalização de juros vedada pelo Decreto 22.626/1933 (Lei de Usura) em intervalo inferior a um ano e permitida pela Medida Provisória 2.170-36/2001, desde que expressamente pactuada, tem por pressuposto a circunstância de os juros devidos e já vencidos serem, periodicamente, incorporados ao valor principal. Os juros não pagos são incorporados ao capital e sobre eles passam a incidir novos juros. 2. Por outro lado, há os conceitos abstratos, de matemática financeira, de 'taxa de juros simples' e 'taxa de juros compostos', métodos usados na formação da taxa de juros contratada, prévios ao início do cumprimento do contrato.* ***A mera circunstância de estar pactuada taxa efetiva e taxa nominal de juros não implica capitalização de juros, mas apenas processo de formação da taxa de juros pelo método composto, o que não***

é proibido pelo Decreto 22.626/1933. *3. Teses para os efeitos do art. 543-C do CPC: - 'É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17/2000 (em vigor como MP 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada' – 'A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara.* ***A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada****'. 4. Segundo o entendimento pacificado na 2ª Seção, a comissão de permanência não pode ser cumulada com quaisquer outros encargos remuneratórios ou moratórios. 5. É lícita a cobrança dos encargos da mora quando caracterizado o estado de inadimplência, que decorre da falta de demonstração da abusividade das cláusulas contratuais questionadas. 6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido*" **(REsp 973.827/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 24/09/2012)** - gg.nn.

A propósito dos julgados, retro colacionados o C. STJ sumulou:

Súmula 541:

"A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada" (REsp 973.827 e REsp 1.251.331)".

No caso, a mera circunstância de a taxa de juros mensal (2,60%, 3,90%, 3,95%, 3,30%, 4,9500%, 3,20% e 2,30%), multiplicada por doze, não corresponder à taxa anual (36,0719%, 58,2656%, 59,18%, 47,64%, 78,56%, 45,93% e 40,92% - tudo respectivamente), evidencia a adoção do método de cálculo de juros compostos e não ilegal, indevida, ou onerosa capitalização geradora de anatocismo condenado.

Veja-se entendimento de contrato similar:

"*Acerca da taxa de juros capitalizados, a Segunda Seção adotou, para os efeitos do art. 543-C do CPC, o entendimento de que 'A capitalização de juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara.* ***A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada****' (2ª Seção, REsp 973.827/RS, acórdão de minha relatoria, DJe de 24.9.2012).* ***No caso dos autos, houve previsão de taxa mensal de 2,44% e de taxa efetiva anual de 33,59%*** *(fl. 117). Dessa forma, legítima a cobrança da taxa efetiva anual de juros remuneratórios, tal como convencionada*" **(STJ - AgRg no**

Acesso ao Sumário

REsp 1.196.403/RS - Rel. Min. Maria Isabel Gallotti - Julgado em 26 de fevereiro de 2013) - gg.nn.

Ademais, para o pagamento do financiamento/mútuo foram previstas parcelas de valor fixo, não se cogitando igualmente da ocorrência de ilegal, indevida, ou onerosa capitalização de juros.

Nesse sentido, transcreve-se parte integrante do recurso acima mencionado:

"*1.5 Existência do anatocismo e a prática dos juros compostos. Entendido o anatocismo tal como foi caracterizado, ele somente existiria se após o vencimento de uma operação o credor cobrasse juros sobre os juros vencidos e não pagos. Vamos esclarecer melhor essa questão como exemplo de um empréstimo de R$ 1.000,00 para ser quitado por R$ 1.225,00 no final de 9 meses. O anatocismo somente ocorreria se após o vencimento, e num prazo inferior a 12 meses, o credor cobrasse juros também sobre os juros de R$ 1.225,00. É importante também observar a seguinte questão: o que muda para o devedor ou credor saber, que no exemplo mencionado, a operação custa 2,5% ao mês se calculada a juros simples ou 2,28% se calculada a juros compostos? Para efeitos legais, os dados relevantes são o valor do empréstimo, o valor de resgate e o vencimento; entendo que o critério utilizado para obtenção do valor dos juros é absolutamente secundário! (extraído do trabalho 'Conflitos Judiciais Envolvendo Conceitos Básicos de Matemática Financeira')*".

Portanto, se houve pacto de juros que não corresponde à projeção linear de 12 meses mensais básicos, pouco importa o método de amortização do mútuo, pois não se pode considerar ocorrida capitalização indevida no pagamento das parcelas mensais (artigos 354, do CC/2002, e 993, do CC/1916), que é a mesma situação quando da utilização da "Tabela Price", cuja legalidade é reconhecida. E a forma de contratação obedece ao disposto no artigo 52, inciso II, do CDC, e Circular BACEN nº 2.936, de 14 de outubro de 1999.

E, acaso aplicável, nem seria de se cogitar de inconstitucionalidade da medida provisória retro enfocada, pois a constitucionalidade é objeto da ADI nº 2.316/DF que pende, todavia, de julgamento pelo C. STF, tendo inteira aplicação enquanto não declarada inconstitucional na inteligência do princípio da imperatividade das normas.

O C. STJ já firmou posicionamento no sentido de que "*deve prevalecer à presunção de constitucionalidade do art. 5º da MP nº 1.963-17/00, reeditada sob o nº 2.170-36/2001, que admite a capitalização mensal de juros nas operações realizadas por instituições financeiras. O princípio da imperatividade assegura a auto-executoriedade das normas jurídicas, dispensando prévia declaração de constitucionalidade pelo Poder Judiciário. Ainda que esta presunção seja iuris*

Acesso ao Sumário

tantum, a norma só é extirpada do ordenamento com o reconhecimento de sua inconstitucionalidade. E essa questão, na hipótese específica do art. 5º da MP nº 1.963-17/00, ainda não foi resolvida pelo STF, nem mesmo em sede liminar" (2ª Seção, REsp 1.061.530, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 22/10/2008).

Nesse sentido também é a posição interpretativa do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

"*Sobre a inconstitucionalidade, decidiu o STF que requisitos de relevância e urgência para edição de medida provisória são de apreciação discricionária do Chefe do Poder Executivo, não cabendo, salvo os casos de excesso de poder, seu exame pelo Poder Judiciário, na linha de precedentes daquela Corte (ADIN 2.150/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 11.09.02, DJ 29.11.02). Eventual inexatidão formal de norma elaborada mediante processo legislativo regular não constitui escusa válida para o seu descumprimento, nos termos do art. 18 da Lei Complementar nº95/98" (Apelação 7.168.780-2, de São Paulo, Rel. Des. ANDRADE MARQUES, j. 30/10/2007; AI 7.190.986-1, Rel. Des. WADIR DE SOUZA JOSÉ, j. 22/01/08; AI 7.129.497-4, Rel. Des. CAUDURO PADIN, j. 13.06.07; AI 7.145.222-7, Rel. Des. JURANDIR DE SOUZA OLIVEIRA, j. 28.06.07); e ainda, "não se cogita da inconstitucionalidade da MP nº 1.963-17/00, reeditada sob o nº 2.170-36/01, pois até o final julgamento da ADI nº 2.316/DF pelo STF, fica presumida sua constitucionalidade.*" (TJSP, 14º Câm. Dir. Privado, Ap. 0219050-73.2010.8.26.0100, Rel. Des. CARLOS ABRÃO, j. 14.08.2013).

E o C. STF afirmou no RE 592.377-RS, julgado em 04/02/2015, a constitucionalidade do artigo 5º da MP 2.170-36/2001, que trata da capitalização de juros; segue a ementa:

"***CONSTITUCIONAL. ART. 5º DA MP 2.170/01. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS COM PERIODICIDADE INFERIOR A UM ANO. REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA EDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA. SINDICABILIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO. ESCRUTÍNIO ESTRITO. AUSÊNCIA, NO CASO, DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA NEGÁ-LOS. RECURSO PROVIDO. 1. A jurisprudência da Suprema Corte está consolidada no sentido de que, conquanto os pressupostos para a edição de medidas provisórias se exponham ao controle judicial, o escrutínio a ser feito neste particular tem domínio estrito, justificando-se a invalidação da iniciativa presidencial apenas quando atestada a inexistência cabal de relevância e de urgência. 2. Não se pode negar que o tema tratado pelo art. 5º da MP 2.170/01 é relevante, porquanto o tratamento normativo dos juros é matéria extremamente sensível para a estruturação do sistema bancário, e, consequentemente, para assegurar estabilidade à dinâmica da vida econômica do país. 3. Por outro lado, a urgência para a edição do ato também não pode ser rechaçada, ainda mais em se considerando que, para tal, seria indispensável***

fazer juízo sobre a realidade econômica existente à época, ou seja, há quinze anos passados. 4. Recurso extraordinário provido".

Rejeito, em decorrência, essa irresignação recursal.

Com a edição da **Súmula 381** do STJ ("**Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas**"), não devem ser acolhidas alegações genéricas e vagas, como e principalmente a atinente à adesividade de contrato, cláusulas abusivas, leoninas, unilaterais preexistentes etc., tampouco se podem levar em conta demais encargos, sem indicação precisa das irregularidades (cfr. Apel 7.054.326-7, Olímpia, TJSP, 22ª Câm. Dir. Priv., j. 28/03/06).

Do exposto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1062837-80.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante G.C.C.T. E V.M.S.A., é apelado T.A.A.I.L.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.099)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS ALBERTO GARBI (Presidente), FABIO TABOSA e ALEXANDRE MARCONDES.

São Paulo, 13 de setembro de 2016.

CARLOS ALBERTO GARBI, Relator

Ementa: COMPETÊNCIA RECURSAL. NULIDADE DE SENTENÇA ARBITRAL QUE JULGOU LITÍGIO ENVOLVENDO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS EMPRESARIAIS. PRECEDENTES AGRAVOS DE INSTRUMENTO JULGADOS PELA C. 31ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL. NÃO CONHECIMENTO.

Apelação. Interposição em demanda na qual pediu a autora o decreto de nulidade de sentença arbitral que julgou litígio envolvendo contrato de prestação

Acesso ao Sumário

de serviços. Ausência de competência das Câmaras Empresariais. Precedentes Agravos de Instrumento julgados pela C. 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal. Prevenção. Recurso não conhecido.

VOTO

A sentença proferida pelo ***Doutor Sang Duk Kim*** julgou improcedente o pedido e contra ela recorreu a autora alegando a ocorrência de cerceamento de defesa e, no mérito, pediu a declaração de nulidade da sentença arbitral impugnada.

A ré apresentou resposta na qual pediu a manutenção da sentença.

É o relatório.

A autora ajuizou demanda declaratória na qual pediu o decreto de nulidade da sentença arbitral que foi proferida pela Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP. Alegou que foram desrespeitados princípios constitucionais e processuais na decisão, de modo que pediu o decreto de sua invalidade.

Sucede que referida decisão foi proferida para resolver litígio envolvendo o Contrato de Prestação de Serviços de Distribuição e Mediação de Títulos e Valores Mobiliários, Quotas de Fundos e Investimentos e Derivativos que firmou com a ré, que assumiu a obrigação de captar clientes e mediar negócios que seriam por ela, autora, concretizados perante a Bolsa de Valores (Sentença Arbitral - fls. 174/232).

Verifica-se, assim, que a matéria versada na demanda não é de competência das Câmaras Especializadas em Direito Empresarial do Tribunal.

Nos termos da Resolução nº 623/2013, inclusive de suas posteriores alterações, cabe a referidas Câmaras a competência para, "***excluídos os feitos de natureza penal, para julgar os recursos e ações originárias relativos à falência, recuperação judicial e extrajudicial, principais, acessórios, conexos e atraídos pelo juízo universal, envolvendo a Lei nº 11.101/2005, bem como as ações principais, acessórias e conexas, relativas à matéria prevista no Livro II, Parte Especial do Código Civil (arts. 966 a 1.195) e na Lei nº 6.404/76 (Sociedades Anônimas), as que envolvam a propriedade industrial e a concorrência desleal, tratadas especialmente na Lei nº 9.279/96, e a franquia (Lei nº 8.955/94)***".

A discussão envolvendo contrato de prestação de serviços e o litígio arbitral que dele decorreu, culminando na sentença que a autora impugnou, não é matéria empresarial. A matéria é de competência das Câmaras de Direito Privado do Tribunal, conforme determina o art. 5º, II.9 e III.13, §1º, 3, que confere às Câmaras de Direito Privado numeradas de 11 a 38 a competência

para julgar as ações envolvendo prestação de serviços.

Verifica-se, ademais, que o cumprimento de referida sentença foi pleiteado judicialmente pela ré, tramitando perante a 45ª Vara Cível Central da Capital (n. 1064411-41.2014.8.26.0100), e em referido processo foram interpostos Agravos de Instrumento pelas partes, distribuídos e julgados pela C. Trigésima Primeira Câmara de Direito Privado do Tribunal (AI n. 2123728-25.2015.8.26.0000, fls. 885/890; AI n. 2018580-25.2015.8.26.0000, consulta *site* TJ/SP).

Portanto, não havendo competência desta Câmara Empresarial para dirimir e julgar a Apelação e havendo Agravos de Instrumento incidentais já julgados pela C. Trigésima Primeira Câmara de Direito Privado do Tribunal, deve ser redistribuída a Apelação a referida Câmara, por ocorrência da prevenção.

Pelo exposto, **NÃO CONHEÇO** do recurso e determino sua redistribuição à C. Trigésima Primeira Câmara de Direito Privado do Tribunal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1022100-28.2015.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante BERNARDINA PAULO DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO MERCANTIL DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36295)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ITAMAR GAINO (Presidente), VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR e MAIA DA ROCHA.

São Paulo, 14 de setembro de 2016.

ITAMAR GAINO, Relator

Ementa: Responsabilidade Civil - Declaratória de inexistência de débito c.c. Indenizatória - Empréstimo Consignado - Danos materiais e morais - Cerceamento de Defesa.

Ausência de indícios de que as operações bancárias não reconhecidas pelo consumidor sejam resultado da atuação de terceiro fraudador. Inexistência de falha nos serviços bancários. Dever indenizatório não configurado.

Acesso ao Sumário

Ação improcedente. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação apresentado contra a r. sentença de fls. 155/157, cujo relatório se adota, que julgou improcedente a ação, isentando a autora do pagamento dos ônus sucumbenciais.

Os embargos de declaração de fls. 159/164 foram rejeitados pela r. decisão de fl. 165.

A autora apela, fls. 167/176, alegando a ocorrência de cerceamento de defesa em função do julgamento antecipado da lide. Argumenta que não efetuou os contratos de nºs 940000247197 e 940000280996, e se o fez, foi ludibriada pelos funcionários do réu, que sempre a auxiliavam nas operações de saque de seu benefício. Pondera que o contrato de nº 940000377641 está além de sua capacidade financeira, e que tal operação lhe é desconhecida. Sustenta que restou evidenciada a má-fé dos funcionários do réu, e que deveriam ter sido apresentados os extratos da conta com os saques de tais importâncias. Alega que o réu agiu sem cautela, permitindo a contratação de empréstimos à sua revelia, e que, havendo relação de consumo, era caso de inversão do ônus da prova. Afirma que faz jus à indenização pleiteada, pois os danos sofridos restaram demonstrados e, no caso, a responsabilidade do réu é objetiva.

Recurso tempestivo, sem preparo em razão da gratuidade deferida à autora, fl. 48, e respondido, fls. 182/193.

É o relatório.

Narrou a autora que efetuou junto ao réu empréstimos nos valores de R$ 500,00 (quinhentos reais), R$ 1.009,00 (mil e nove reais) e R$ 972,00 (novecentos e setenta e dois reais), os quais foram regularmente quitados.

No entanto, foi informada sobre a existência de outros dois empréstimos em seu nome: a) contrato nº 94000037641, com início em 09.09.11 e término em 07.10.16, no valor de R$ 4.839,90 (quatro mil, oitocentos e trinta e nove reais e noventa centavos); b) contrato nº 940000531865, com início em 31.10.12 e término em 10.10.17, no valor de R$ 1.009,83 (mil e nove reais e oitenta e três centavos), os quais desconhecia.

Em defesa, o Banco réu afirmou que o contrato nº 940000377641 foi firmado para quitação de duas outras operações anteriores: a) contrato nº 940000247197, firmado em 10.05.10, cujo valor foi de R$ 2,849,41 (dois mil, oitocentos e quarenta e nove reais e quarenta e um centavos); e b) contrato nº 940000280996, firmado em 04.11.10, com valor de R$ 1.739,06 (mil, setecentos e trinta e nove reais e seis centavos).

Esclareceu, outrossim, que o contrato nº 940000531865 representava uma nova operação, contratada em 31.10.12, no valor de R$ 1.009,83 (mil e nove

Acesso ao Sumário

reais e oitenta e três centavos), mediante a utilização de cartão e senha pessoal.

Sobreveio a r. sentença combatida, que julgou improcedente a ação, dando margem a este apelo.

De início, a autora alega a ocorrência de cerceamento de defesa, uma vez que o feito foi sentenciado sem a apresentação dos documentos que comprovariam o saque das referidas importâncias.

Contudo, o banco demonstrou todas as operações realizadas.

E ela nem mesmo as nega convictamente, ressalvado que "se o fez foi ludibriada por seus funcionários, que sempre a auxiliavam nas operações de saque de seu benefício", fl. 169.

Por isso, merece confirmação a sentença que, além de outros fundamentos contém a seguinte e adequada conclusão:

"*Daí, considerando que as contratações foram realizadas mediante cartão bem ainda que o fator determinante para o sucesso de referidas transações está condicionado à apresentação de senha, cuja guarda recai sobre o titular do cartão, tem-se legítimos os empréstimos impugnados, pelo que a improcedência da ação é medida que se impõe*", fl. 156.

Inexistindo indícios de fraude, não há que se falar em falha na prestação de serviços do réu, e tampouco no dever indenizatório reclamado na inicial.

Do exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001818-50.2015.8.26.0296, da Comarca de Jaguariúna, em que é apelante BANCO BRADESCO S/A, é apelado G&E ROBERTO COMÉRCIO E RESTAURAÇÕES DE MÓVEIS LTDA. ME.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21970)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente) e WALTER FONSECA.

São Paulo, 22 de setembro de 2016.

MARINO NETO, Relator

Ementa: EMBARGOS À EXECUÇÃO - CONFISSÃO DE DÍVIDA - SENTENÇA DE

Acesso ao Sumário

PARCIAL PROCEDÊNCIA - APELAÇÃO DO EMBARGADO – CAPITALIZAÇÃO DIÁRIA DE JUROS - A capitalização diária de juros não padece de ilegalidade (REsp Repetitivo 973.827-RS, Súmulas STJ 541 e 539) - Contrato em discussão celebrado após a MP 1.963-17/00, reeditada sob o nº 2.170-36/01, confirmada na EC 32/2001 e cuja inconstitucionalidade se acha pendente de julgamento na ADI 2316/DF - Contrato que prevê expressamente a cobrança de capitalização diária de juros - Sentença reformada. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de apelação de sentença (fls. 71/74) que julgou parcialmente procedentes os embargos[1] opostos por **G & E Roberto Comércio e Restaurações de Móveis Ltda. Me** nos autos da execução de título extrajudicial ajuizada por **Banco Bradesco S/A**, para afastar a capitalização diária dos juros remuneratórios, que deve ser substituída pela capitalização mensal. Sucumbência recíproca.

Nas razões de apelação, o embargado requer a reforma da sentença, sustentando que é permitida capitalização diária de juros.

Recurso respondido.

É o relatório.

O Bradesco ajuizou a execução de título extrajudicial em novembro de 2014, lastreada no instrumento particular de confissão de dívida e outras avenças nº 8105466, firmado em 30/05/2014. O devedor se comprometeu a pagar o valor de cinquenta e quatro mil, duzentos e quarenta e seis reais e cinquenta e seis centavos (R$ 54.246,56), sendo mil reais (R$ 1.000,00) no ato e o restante em quarenta e oito parcelas mensais de mil, setecentos e sessenta e sete reais e quinze centavos (R$ 1.767,15). A primeira prestação venceu em 30/06/2014, mas o devedor não pagou nenhuma parcela.

O devedor foi citado em 26/02/2015 e opôs embargos sustentando, em preliminar, a inépcia da petição inicial e, no mérito, excesso de execução, em razão da capitalização de juros e da cobrança de juros remuneratórios acima do limite legal.

Sobreveio a r. sentença de parcial procedência dos embargos, determinando a substituição da capitalização diária de juros pela capitalização mensal.

A r. sentença merece reforma.

1 Valor da causa: R$ 77.424,95, em 23/03/2015. Sentença datada de 10/09/2015. Apelação interposta em 21/10/2015.

Acesso ao Sumário

A capitalização diária de juros não padece de ilegalidade (REsp Repetitivo 973.827-RS e Súmulas 539 e 541 do STJ).

Nos termos enunciados na Súmula 539 do STJ, "*É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/3/2000 (MP n. 1.963-17/2000, reeditada como MP n. 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada*".

O contrato de confissão de dívida prevê a cobrança de juros capitalizados diariamente na cláusula primeira (fl. 23).

Segundo o enunciado da Súmula 541 do STJ, "*A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada*".

Ressalte-se, ainda, que o contrato em discussão foi celebrado após a MP 1.963-17/00, reeditada sob o nº 2.170-36/01 e confirmada na EC 32/2001, cuja inconstitucionalidade se acha pendente de julgamento na ADI 2316/DF.

Veja-se, a respeito, a seguinte decisão desta Câmara em caso análogo:

EMBARGOS À EXECUÇÃO - Cédula de crédito bancário - Encargos contratuais abusivos após prorrogação do contrato por prazo indeterminado - Inocorrência - Vencimento à vista, após apresentação - Ainda que assim não fosse, a Medida Provisória nº 2.170-36/2001 continua em vigor em razão do disposto no artigo 2º da Emenda Constitucional nº 32/2001 - Contrato firmado após a edição da referida medida provisória, com ajuste expresso em relação à capitalização diária de juros - Hipótese em que se admite tal prática - Ainda que assim não fosse, é permitida a capitalização de juros nas cédulas de crédito bancário, nos termos do art. 28, § 1º, I, da Lei nº 10.931/2004 - Limitação da taxa de juros a 12% ao ano - Descabimento - Aplicação das Súmulas 596 e 648 do Supremo Tribunal Federal - Não autoaplicabilidade do art. 192, § 3º, da Constituição Federal, suprimido pela Emenda Constitucional nº 40/2003 - Ausência de demonstração de que os juros eram flagrantemente superiores aos praticados pela média do mercado - Ausência de cobrança de comissão de permanência - RECURSO NÃO PROVIDO NESTA PARTE. (g.n.)

(Relator(a): Renato Rangel Desinano; Comarca: São José do Rio Pardo; Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 30/11/2015; Data de registro: 01/12/2015)

Posto isso, dá-se provimento ao recurso para julgar improcedentes os embargos.

O embargante arcará com o pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios fixados em dois mil reais (R$ 2.000,00),

Acesso ao Sumário

nos termos do artigo 20, § 4°, do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época da sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005570-65.2015.8.26.0408, da Comarca de Ourinhos, em que é apelante A.S.C.M.O., é apelado I.N.S. (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23462)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA (Presidente) e NELSON JORGE JÚNIOR.

São Paulo, 4 de outubro de 2016.

FRANCISCO GIAQUINTO, Relator

Ementa: Embargos à execução de título extrajudicial - Nulidade da citação por edital - Citação ficta editalícia constitui medida excepcional que apenas se justifica diante da impossibilidade de citação pessoal, em razão da ocorrência de uma das hipóteses do art. 256, II c.c. 257, I do NCPC - Necessidade de prévio esgotamento dos meios de localização que, no caso, não se verificou - Precedentes do STJ - Nulidade processual caracterizada - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de embargos à execução de título extrajudicial opostos por **I.N.S.**, em face de **A.S.C.M.O.**, **julgados improcedentes** pela r. sentença de fls. 51/52, condenando o embargante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em 15% sobre o total do débito, observado o disposto no art. 98, §3º, do NCPC.

Apela o embargante, sustentando a nulidade da citação por edital porquanto fundamentada em informação trazida pelo oficial de justiça de que se encontrava em lugar incerto e não sabido, sem que se empregasse todos os meios para sua localização. Afirma possuir endereço certo, declinado no processo

1000413-87.2015.8.26.0125, sendo possível verificar sua localização e demais qualificações na procuração outorgada pelo apelante à advogada subscritora daquela causa. Pugna pelo provimento do recurso, a fim de anular-se a citação por edital, bem como os demais atos posteriores (fls. 54/58).

Recurso regularmente processado e respondido (fls. 61/63). É o relatório.

VOTO.

O embargado apelado ajuizou execução de título extrajudicial executando a quantia de R$968,42 (atualizada até agosto/2013), decorrente de contrato de honorários médicos hospitalares e nota promissória emitida pelo executado (fls. 6/10 e 34/35).

Citado por edital, o executado apresentou embargos à execução por curador especial, sustentando a nulidade da citação editalícia realizada, tendo em vista conhecido o paradeiro do executado.

A r. sentença julgou improcedentes os embargos, por decisão assim fundamentada: "***Afasto, arguição de nulidade uma vez que foram empreendidas diligências pelo exequente a fim de localizar o executado embargante, conforme se observa pelo despacho de fl. 37. O embargante não infirma a assinatura na nota promissória e as provas carreadas não foram suficientes para macular o título. A alegações não tem o condão de descaracterizar a presunção de liquidez e certeza que emerge do título que embasa a ação executiva.***" (fl. 51).

O recurso é provido.

No caso, de fato, nula a citação por edital do executado apelante.

Dispõe o artigo 256, II, do CPC/15, correspondente ao art. 231, II, CPC/73: "**A citação por edital será feita: II - quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar o citando;**".

E o §3º do referido artigo reza: "**O réu será considerado em local ignorado ou incerto se infrutíferas as tentativas de sua localização, inclusive mediante requisição pelo juízo de informações sobre seu endereço nos cadastros de órgãos públicos ou de concessionárias de serviços públicos.**".

Assim, para a citação por edital de réu em local ignorado ou incerto, há que se esgotar todas as providências cabíveis no sentido da localização do requerido, sob pena de nulidade do ato citatório.

Na lição de Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: "*Lugar ignorado é o que não se conhece; incerto, é o local sobre o qual não se tem certeza; inacessível, o que não se pode alcançar. Em todos esses casos cabe citação por edital. Só pode ser considerado ignorado ou incerto determinado lugar depois de esgotadas todas as tentativas para sua identificação (art. 256, §3º, CPC). Citação por edital determinada sem prévio esgotamento das tentativas de identificação é nula*" (Código de Processo Civil Comentado, São

Acesso ao Sumário

Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 280).

Sobre o tema, pacífica jurisprudência do STJ:

"***1. A citação por edital pressupõe o prévio esgotamento dos meios de localização dos réus.***

2. A inversão do que ficou decidido pelo acórdão recorrido no tocante à ausência de esgotamento dos meios de localização do réu demanadaria a análise do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ." (AgRg no AREsp 237927/PA, Rel. Ministro Raul Araújo, 4ª T., DJ 02/04/2013, DJe 08/05/2013)

"***1. Na linha da pacífica jurisprudência desta Corte, a citação por edital pressupõe o esgotamento de todos os meios de localização dos réus, o que foi afastado pelo acórdão recorrido. Súmula 7/STJ.***

2. Ausentes os requisitos autorizadores da excepcional medida, não há como prosperar a pretensão de destrancamento do recurso especial retido por força do art. 542, § 3º, do CPC.

3. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AgRg no AREsp 19179/RJ, Re. Ministra Maria Isabel Gallotti, 4ª T., DJ 13/11/2012, DJe 20/11/2012)

"***PROCESSUAL CIVIL. CITAÇÃO. NATUREZA. CITAÇÃO POR EDITAL. EXCEPCIONALIDADE. CURADOR ESPECIAL. NOMEAÇÃO. NECESSIDADE. AÇÃO RESCISÓRIA. CITAÇÃO DE TODOS OS QUE COMPUNHAM, EM LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO, O POLO ATIVO DA AÇÃO RESCINDENDA. INDISPENSABILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGAÇÃO, POR RÉU REVEL, DE AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE DESENVOLVIMENTO VÁLIDO DO PROCESSO. APRECIAÇÃO PELO TRIBUNAL. NECESSIDADE.***

1. A citação é o ato de comunicação responsável pela transformação da estrutura do processo, até então linear - integrado por apenas dois sujeitos, autor e Juiz - em triangular, constituindo pressuposto de eficácia de formação do processo em relação ao réu, bem como requisito de validade dos atos processuais que lhe seguirem, nos termos dos arts. 214 e 263 do CPC. 2. A utilização da via editalícia, espécie de citação presumida, só cabe em hipóteses excepcionais, expressamente enumeradas no art. 231 do CPC e, ainda assim, após criteriosa análise, pelo julgador, dos fatos que levam à convicção do desconhecimento do paradeiro dos réus e da impossibilidade de serem encontrados por outras diligências. Precedentes. 3. Tendo em vista a precariedade da citação ficta, os revéis assim incorporados à relação processual terão direito à nomeação de um curador especial,

consoante determina o art. 9º, II, do CPC. Precedentes. 4. Ausente a citação de todos os que compunham, em litisconsórcio necessário, o polo ativo da ação rescindenda, imperiosa é a decretação da nulidade de todo o processo rescisório. Precedentes. 5. A marcha processual se dá mediante atos e procedimentos logicamente encadeados, sendo que, por coerência, deve-se primeiro avaliar se a própria relação jurídica reúne condições de oferecer uma prestação jurisdicional efetiva - inclusive com a vinculação do réu ao resultado do julgamento - para somente então se apreciar o mérito da controvérsia. 6. Mesmo tendo convicção formada acerca da procedência do pedido, cabe ao Tribunal confirmar a regularidade das citações e da nomeação de curador especial, requisitos indispensáveis ao desenvolvimento válido e regular do processo, sobretudo quando formulada por réu revel, mesmo que em sede de embargos de declaração, tendo em vista que, sendo hipótese de nulidade absoluta, não se encontra sujeita a preclusão, podendo ser arguida a qualquer tempo, nos termos do art. 267, IV e § 3º, do CPC. 7. O fato de, na visão do Tribunal, existir fundamento suficiente para a procedência do pedido, não lhe autoriza a dispensar a oportunidade de apresentação da contestação ou a nomeação de curador especial, corolários dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, garantias inerentes a um Estado democrático de direito. 8. Recurso especial provido. (REsp 1280855/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 09/10/2012 grifamos)

"***PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. CITAÇÃO POR EDITAL. POSSIBILIDADE APÓS O EXAURIMENTO DE TODOS OS MEIOS POSSÍVEIS À LOCALIZAÇÃO DO DEVEDOR. ART. 8º, III, DA LEI N. 6.830/80. NÃO-OCORRÊNCIA, IN CASU. VASTIDÃO DE PRECEDENTES.***

1. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento a recurso especial. 2. O acórdão a quo, nos autos de execução fiscal, indeferiu a citação por edital, porque não esgotados todos os meios para localização do devedor. 3. A citação por edital integra os meios a serem esgotados na localização do devedor. Produz ela efeitos que não podem ser negligenciados quando da sua efetivação. 4. O Oficial de Justiça deve envidar todos os meios possíveis à localização do devedor, ao que, somente depois, deve ser declarado, para fins de citação por edital, encontrar-se em lugar incerto e não sabido. Assim, ter-se-á por nula a citação se o credor não afirmar que o réu está em lugar incerto ou não sabido, ou que isso seja certificado pelo Oficial de Justiça (art. 232, I, do CPC), cujas certidões gozam de fé pública, somente ilidível por

Acesso ao Sumário

prova em contrário. *(omissis) 9. Vastidão de precedentes desta Corte Superior. 10. Agravo regimental não-provido.* (AgRg no REsp 930.239/PE, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2007, DJ 13/08/2007, p. 354 grifamos)

No mesmo sentido, remansosa a jurisprudência deste Tribunal:

Ação monitória - Cheque - Citação por edital – Nulidade configurada - Ausência dos requisitos previstos no art. 256, §3º, do NCPC - Não esgotamento dos meios possíveis para a localização e citação das corrés - Citação da empresa que deve ser realizada na pessoa de seu representante legal - Anulação da sentença e dos demais atos a partir da determinação da citação por edital - Recurso provido. (Apelação nº 4006447-39.2013.8.26.0564, Relator(a): Maurício Pessoa; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 30/05/2016; Data de registro: 30/05/2016).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de execução por quantia certa contra devedor solvente. Decisão que indeferiu o pedido de citação por edital, porque ainda há no processo endereços não diligenciados. Inconformismo. Pretensão de reforma da decisão. Sem razão. Pedido de antecipação da tutela recursal, cuja apreciação se dá, neste momento, diretamente pelo colegiado desta câmara julgadora (arts. 129 e 168, § 2º do RITJSP). Existência de endereços nos quais se deve tentar a citação pessoal das executadas. Citação por edital. Impossibilidade. Prévia necessidade de se esgotar todos os meios para localização do paradeiro das executadas. Ausentes as hipóteses do inciso II do art. 256 do Código de Processo Civil. Antecipação da tutela recursal negada e, na sequência, desde já fica julgado o agravo, com a decisão recorrida sendo mantida. Recurso não provido.

(Apelação nº 2128302-57.2016.8.26.0000, Relator(a): Roberto Maia; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 01/08/2016; Data de registro: 05/08/2016).

Acesso ao Sumário

Na hipótese, não se evidenciavam os requisitos necessários para a realização da citação por edital.

Com efeito, determinada a citação do executado, com expedição de mandado de citação ao endereço indicado pelo exequente na inicial, a diligência retornou negativa com a indicação de que o executado não foi localizado pelo oficial de justiça (fl. 115).

O d. Juiz de Direito, então, deferiu como diligência do juízo a realização de pesquisas pelos sistemas Infojud, Bacenjud e Siel (fl. 118).

Desse modo foi identificado novo endereço do executado, determinando-se a realização de nova citação do devedor por carta precatória no endereço

obtido através do sistema Infojud, conforme certidão de fl. 120.

No entanto, certificada a impossibilidade de cumprimento do mandado citatório, em virtude da impossibilidade de localização do número constante do endereço (fl.143), determinou-se a realização da citação por edital do requerido (fl.147).

Incabível, porém, a citação por edital nestas circunstâncias.

Não se esgotaram, na hipótese, as diligências necessárias à localização do réu de modo a concluir-se encontrar-se ele em local ignorado, incerto ou inacessível, como preceitua o inciso II, do art. 256 do Código de Processo Civil.

Embora deferidas pesquisas através do sistema Infojud, e Bacenjud (fl. 118), apenas o endereço fornecido pela primeira ferramenta foi utilizada (fl.143), ressalvando-se, no caso, nenhuma diligência foi empreendida na tentativa de citação do executado junto aos demais endereços localizados no ofício do Bacenjud (fls. 126/128).

Ressalte-se, outrossim, informou o curador especial do apelante "*o paradeiro do executado é conhecido, posto que o mesmo tem movimento processo no Judiciário (como autor), onde informa seu endereço e demais qualificações, estando tais afirmações, inclusive, assinadas pelo próprio apelante. Trata-se dos autos nº 1000413-87.2015.8.26.0125, onde às fls. 06 é possível se verificar a procuração outorgada pelo ora apelante à advogada subscritora daquela causa.*" (fl. 56)

Assim, tendo em vista não se esgotaram as diligências necessárias para localização do executado, caso de concluir-se não se encontravam presentes as circunstâncias autorizadoras da citação ficta editalícia previstas no art. 256, II, §3º, do Código de Processo Civil.

Portanto, caso de anular-se a r. sentença para que se proceda nova tentativa de citação pessoal do executado, esgotando-se primeiramente as possibilidades de sua efetivação na forma pessoal, nos termos do art. 256, II, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **dá-se provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009448-09.2013.8.26.0077, da Comarca de Birigui, em que são apelantes NOVA CCC COMPONENTES PARA CALÇADOS LTDA. EPP (JUSTIÇA GRATUITA), CLAUDIO CEZAR COLLI (JUSTIÇA GRATUITA) e FABIANO NOALE BOAVENTURA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado COOPERATIVA DE

Acesso ao Sumário

ECONOMIA E CRÉDITO MÚTUO DA ALINÇA DOS MÉDICOS DE BIRIGUI E REGIÃO E DEMAIS PROFISSIONAIS DA ÁREA DA SAÚDE - SINCREDI BIRIGUI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12354)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COELHO MENDES (Presidente sem voto), LUCILA TOLEDO e JAIRO OLIVEIRA JUNIOR.

São Paulo, 4 de outubro de 2016.

MENDES PEREIRA, Relator

Ementa: CERCEAMENTO DE DEFESA - A produção de prova pericial contábil era desnecessária - O julgamento antecipado da lide, por si só não enseja o cerceamento de defesa - Se da análise das provas acostadas com a inicial e a contestação, já encontra o julgador elementos hábeis à formação de seu convencimento, não vendo necessidade da produção de outras ou entendendo que aquelas pretendidas mostram-se inadequadas ou impertinentes, deve proceder ao conhecimento direto do pedido - Inteligência do art. 130 do CPC de 1973, então vigente (art. 370 do NCPC) - Matéria de direito reiteradamente examinada no STJ e nesta Corte - Preliminar rejeitada.

COBRANÇA - Cédula de Crédito Bancário - Tarifa de baixa de títulos, liberação de crédito, cobrança de títulos e de protesto - Inexistência de previsão contratual - Serviços de terceiros - Inteligência dos artigos 39, V, 46, 47 e 51, IV, do CDC - Juros - O STJ sedimentou interpretação segundo a qual após a edição da Medida Provisória 1.963-17/2000 (reeditada sob nº 2.170/36/2001) é possível cômputo de juros capitalizados em período inferior a um ano - Instituições financeiras que não se submetem às disposições do Decreto nº 22.626/33 - Incidência das Súmulas 382 do STJ e 596 do STF - Ofensa aos princípios da informação e da transparência (Art. 46 do CDC) - Recurso provido em parte para se

Acesso ao Sumário

determinar que sejam excluídas da cobrança as taxas de baixa de títulos, liberação de crédito, cobrança de títulos e protesto, mantidos os ônus sucumbenciais.

VOTO

A r. sentença de fls. 218-223, cujo relatório é adotado, em autos de ação de cobrança, julgou procedente o pedido para condenar os corréus ao pagamento de R$13.005,97, que deverá ser corrigido monetariamente, conforme tabela prática desta Corte, a partir do demonstrativo, com juros de 1% mensais a partir da citação. Os vencidos arcarão com as custas e honorários advocatícios no valor de R$2.000,00.

Apela a ré, a fls. 226-232, pleiteando a reforma do r. julgado atacado. Para tanto, consigna que incabível o indeferimento da prova pericial pleiteada, porque apenas por ela se saberiam as diferenças de valores. No mérito, assinala que os juros são abusivos e deveriam ser cobrados de forma simples. Não há previsão de capitalização no contrato, que prevê taxa anual de 72%. O contrato era de cheque especial. Não cabe a cobrança de tarifas administrativas, tais como aquelas relativas à baixa de títulos, liberação de crédito, cobrança de títulos e protesto.

As contrarrazões vieram a fls. 237-243, nas quais o recorrido sustenta que as provas coligidas são suficientes a formação da convicção judicial, sendo desnecessária a prova pericial. As demais impugnações são de ordem genérica, não havendo a abusividade propalada. A capitalização de juros é permitida.

O recurso foi processado regularmente.

É o relatório.

A r. sentença não merece reforma.

Funda-se a presente ação na cobrança de Cédula de Crédito Bancário A303524-Cheque Especial, para fins de reforço de provisão de fundos. O saldo atualizado alcançava a cifra de R$13.005,97.

Da realização de perícia contábil

Inicialmente, rejeita-se a preliminar de cerceamento de defesa.

Dispõe o art. 130 do Código de Processo Civil de 1973, então vigente ao tempo do julgamento (atual art. 370 do NCPC), que "caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias (...)".

Ora, o julgamento antecipado da lide, por si só não enseja o cerceamento de defesa. Se da análise das provas acostadas com a inicial e contestação, já encontra o julgador elementos hábeis à formação de seu convencimento, não vendo necessidade da produção de outras ou entendendo que aquelas pretendidas

Acesso ao Sumário

mostram-se inadequadas ou impertinentes, deve proceder ao conhecimento direto do pedido. É o que dispunha o vigente art. 330 do Código de Processo Civil de 1973 (art. 355 do NCPC).

Nesse sentido, já decidiu esta Câmara:

"PROCESSO CIVIL - JULGAMENTO ANTECIPADO DO PEDIDO - NULIDADE - INOCORRÊNCIA - Incumbe ao julgador o exame das provas necessárias e pertinentes ao julgamento na forma do art. 130 do CPC - Matérias em discussão que já foram, reiteradamente, examinadas por nossos Tribunais, não sendo devidamente justificada a realização de prova pericial contábil antes do julgamento - Preliminar rejeitada." (TJ/SP, Apel. nº 0120320-08.2007.8.26.0011, 15ª Câmara de Direito Privado, Rel. Juiz LUIZ ARCURI, j. 19-5-2015).

"MATÉRIA PRELIMINAR - CERCEAMENTO DE DEFESA - DESATE ANTECIPADO DA LIDE - NÃO OCORRÊNCIA - Realização de prova pericial contábil que era desnecessária - Desate da lide que dependia unicamente da análise de cláusulas contratuais - Preliminar rejeitada." (TJ/SP, Apel. nº 0029143-25.2010.8.26.0506, 15ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. CASTRO FIGLIOLIA, j. 25-5-2015).

Some-se a isso, ademais, que as questões apresentadas pelo autor figuram em teses sedimentadas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, por meio de súmulas e decisões constantes de recursos repetitivos reiteradamente, o que faz prescindir a produção de outras provas.

Dito isto, passa-se a análise da questão de fundo.

Da capitalização de juros

No tocante à capitalização dos juros, observa-se que o contrato bancário objeto da revisão em apreço foi firmado em 14-7-2010, quando já em vigor a Medida Provisória 2.170-36/01, perenizada pelo art. 2° da Emenda Constitucional 32/[1], diploma esse que autorizou a capitalização dos juros para período inferior ao anual.

E o instrumento contratual é claro ao informar o custo efetivo total do contrato, estabelecendo a taxa de 6,99% ao mês (124,99% ao ano), não excluindo a possibilidade de incidência de juros sobre juros, a configurar anatocismo (fls. 17).

Ainda a propósito, é de se assinalar que o Superior Tribunal de Justiça sedimentou interpretação segundo a qual após a edição da Medida Provisória 1.963-17/2000 (reeditada sob nº 2.170-36/2001) é possível cômputo de juros capitalizados em contratos bancários nos quais haja previsão expressa nesse

Acesso ao Sumário

1 "Art. 2º da EC 32/2001 - As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional."

sentido.

Veja-se o julgado da ementa a seguir transcrita, paradigma de procedimento de recursos especiais repetitivos:

> "AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO BANCÁRIO. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. TAXAS MENSAL E ANUAL EXPRESSAMENTE CONTRATADAS. LEGALIDADE. 1. No julgamento do Recurso Especial 973.827, julgado segundo o rito dos recursos repetitivos, foram firmadas, pela 2ª Seção, as seguintes teses para os efeitos do art. 543-C do CPC: - 'É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória nº 1.963-17/2000 (em vigor como MP 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada.' - 'A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada'. 2. Hipótese em que foram expressamente pactuadas as taxas de juros mensal e anual, cuja observância, não havendo prova de abusividade, é de rigor. 3. Agravo regimental provido." (AgRg no AREsp 87.747/RS, Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, 4ª T., j. 16-8-2012).

Destarte, também não há falar em inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 1.963-17 (atual MP nº 2.170-36), dado que sua aplicação representa a orientação atual do STJ.

Sustentou ainda o recorrente que os juros seriam excessivos e deveriam ser limitados.

Ocorre que as instituições financeiras não se submetem ao limite previsto no artigo 1º do Decreto 22.626/33, sendo certo que a estipulação de juros remuneratórios acima de 12% ao ano, por si só, não representa abusividade.

Aplicáveis na espécie as Súmulas 382 do STJ e 596 do STF:

> "Súmula 382 do STJ - A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade";
>
> "Súmula 596 do STF - As disposições do Decreto nº 22.626, de 1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional".

Da cobrança de taxas

A fls. 20 a 45 veem-se os extratos da conta que deu margem à presente Cédula de Crédito Bancário, ora levada a cobrança. Veem-se encargos concernentes a cobrança de baixa de títulos, liberação de crédito, cobrança de

Acesso ao Sumário

títulos e protesto. Nenhuma delas consta expressamente do contrato de fls. 16-19, violando, assim, o dever de informação previsto no art. 46 do Código de Defesa do Consumidor.

Logo, tais valores devem ser decotados da cifra calculada, por não constar do instrumento de contrato, mantida a incidência dos juros, dado que admitida a capitalização.

As verbas de sucumbência e os honorários, por ter havido mínima modificação, devem ser mantidas tais como lançadas pela r. sentença.

Diante de todo o exposto, dá-se provimento em parte ao recurso para se determinar que sejam excluídas da cobrança as taxas de baixa de títulos, liberação de crédito, cobrança de títulos e protesto, mantidos os ônus sucumbenciais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1038020-15.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SAHIMON DE CARLO LAVECCHIA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado RENOVA COMPANHIA SECURITIZADORA DE CRÉDITOS FINANCEIROS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27453)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SALLES VIEIRA (Presidente), PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR e JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA.

São Paulo, 4 de outubro de 2016.

SALLES VIEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA C.C. INDENIZATÓRIA - DANOS MORAIS - NEGATIVAÇÃO - CESSÃO DE CRÉDITO - Reconhecido que a ineficácia da cessão de crédito perante o devedor, ante a ausência de notificação da cessão, prevista no art. 290 do CC/2002, protege apenas o devedor que pagou o débito ao credor originário - Existência e validade das dívidas incontroversas, que possibilitam as cobranças e as negativações, junto aos órgãos de proteção ao crédito - Art. 293 do CC

- Danos morais não caracterizados - Indenização indevida - Ação improcedente - Sentença mantida - Apelo improvido.

VOTO

Apelo do autor em face da r. sentença de improcedência, proferida nos autos da ação declaratória c.c. indenização.

Alega que a ré não fez prova da existência do débito negativado, não exibiu contrato de cessão de crédito e não provou ter notificado o autor da cessão feita. Aduz que não fez qualquer negócio com a empresa cessionária dos direitos, ora apelada. Assevera que os documentos juntados pela ré não demonstram o débito negativado. Sustenta que a notificação prévia do devedor é condição de validade da cessão do crédito, nos termos do exigido pelo art. 290 do CC. A apelada não comprovou a licitude da negativação, sendo devida indenização por danos morais. Requer o provimento do recurso, para reformar a r. sentença, julgando-se procedente a ação (fls. 159/165).

Contrarrazões da ré às fls. 168/188, pugnando pelo improvimento da apelação interposta.

É o relatório.

Trata-se de ação declaratória c.c. indenização, movida por Sahimon de Carlo Lavecchia em face de Renova Companhia Securitizadora de Créditos Financeiros S/A, tendo em vista a inclusão supostamente indevida do nome do autor nos órgãos de proteção ao crédito.

Em primeira instância, a ação foi julgada improcedente, entendendo o MM. juiz *a quo* pela não abusividade da inclusão do nome do autor nos cadastros de inadimplentes.

Contra esta decisão insurge-se o autor.

No presente caso, o ponto fulcral da questão é a existência dos danos morais.

A relação estabelecida entre as partes é de consumo, na forma do disposto nos artigos 2º e 3º do CDC.

Sendo de consumo a relação e verossímil a versão, a defesa do consumidor deve ser facilitada, com a inversão do ônus da prova, que é regra de julgamento, ante o disposto no art. 6º, inciso VIII, do CDC.

Assim, era ônus da empresa ré comprovar a licitude da inscrição do nome do autor nos cadastros de inadimplentes.

O autor ajuizou a presente ação, sob a alegação de desconhecer os débitos inscritos pela empresa ré, em seu nome, junto aos órgãos de proteção ao crédito, razão pela qual pleiteou a exclusão das negativações e a condenação da ré a

Acesso ao Sumário

indenizar-lhe, pelos danos morais causados, em face das negativações indevidas.

Segundo se extrai dos documentos acostados aos autos, contudo, em 11/01/2011, o autor celebrou com o Banco Santander S/A "Proposta de Abertura de Conta, Contratação de Crédito e Adesão a Produtos e Serviços Bancários - Pessoa Física" (fls. 124/131), tendo a conta corrente recebido o nº 0033-0900-000010082860, tendo contratado, ainda, "Cédula de Crédito Bancário - Limite de Crédito Rotativo - Cheque Especial" (fls. 138/143).

O autor, ainda, com o referido banco celebrou diversos contratos de empréstimos pessoais vinculados a sua conta corrente, quais sejam:

• Contrato nº 320000049020, no valor de R$21.000,00, a ser pago em 36 parcelas (fls. 116/117);

• Contrato nº 320000066390, no valor de R$1.500,00, a ser pago em 12 parcelas (fls. 118/119);

• Contrato nº 320000070190, no valor de R$825,00, a ser pago em 12 parcelas (fls. 120/121);

• Contrato nº 320000071590, no valor de R$11.000,00, a ser pago em 50 parcelas (fls. 122);

• Contrato nº 320000074770, no valor de R$318,75, a ser pago em 10 parcelas (fls. 123).

O autor, porém, apenas quitou algumas prestações dos aludidos contratos de empréstimos celebrados, ficando inadimplente com relação às demais, bem como com relação ao limite de crédito rotativo concedido em sua conta corrente.

O Banco Santander S/A, por sua vez, diante da inadimplência do autor relativamente aos contratos acima mencionados, cedeu seus créditos à empresa ré (fls. 78/79 e 85/91), a qual, posteriormente, inseriu o nome do autor nos órgãos de proteção ao crédito pelos débitos dos referidos contratos (fls. 19 e 81).

As provas produzidas nos autos, portanto, demonstram que os débitos negativados pela empresa ré tiveram origem em inadimplemento dos contratos de empréstimos e limite de crédito rotativo em conta corrente celebrados junto ao Banco Santander S/A, tendo os referidos débitos sido cedidos pelo banco à empresa ré no ano de 2014 (fls. 78/79 e 85/91).

Acesso ao Sumário

Neste ponto, esclareça-se que as negativações não foram inseridas pela ré em data anterior à cessão dos créditos, sendo que as datas constantes dos extratos de fls.

19 e 81 referem-se às datas dos débitos.

Dispõe o artigo 290 do CC/2002 que:

"*A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita.*".

Tal exigência decorre do fato de o devedor não participar da cessão de crédito, vez que esta pode ser realizada sem a sua anuência. Deve, portanto, o devedor ser notificado da cessão, para que possa solver a obrigação ao legítimo detentor do crédito.

Verifica-se, ante o exposto, que referido artigo visa proteger o devedor que, não notificado, pagou sua dívida ao credor anterior, que não é mais o legítimo.

E, no caso dos autos, o autor não comprovou ter efetuado o pagamento dos débitos ao banco cedente, razão pela qual a falta de notificação não lhe trouxe prejuízo.

Aplicável ao caso, portanto, o art. 293 do CC, que dispõe que, independentemente do conhecimento da cessão pelo devedor, pode o cessionário exercer os atos conservatórios do direito cedido.

Decorrendo as negativações, ante o exposto, de dívidas legítimas e lícitas, não há que se falar em ilegalidade ou nulidade das cobranças ou das negativações.

Neste sentido:

"**RESPONSABILIDADE CIVIL - Inexigibilidade do débito - Cessão de Crédito sem notificação do devedor - Ausência de pagamento - Ineficácia prevista no art. 290 do Código Civil protege apenas o devedor que pagou o débito ao credor originário sem conhecimento sobre a cessão, para não ser lhe exigido a pagar novamente ao cessionário - Existência de débito pendente - Inscrição em Cadastro de Inadimplentes - Ausência de ilicitude - Danos morais inexistentes** - Sentença confirmada - RECURSO NÃO PROVIDO." (TJSP; 7ª Câmara de Direito Privado; Apelação nº 9112338-46.2009.8.26.0000; Rel. Elcio Trujillo; julgado em 22/12/2010).

"**AÇÃO DECLARATORIA DE INEXIGIBILIDADE C.C. REPARAÇÃO DE DANOS - Cessão de crédito - Ausência de notificação da devedora - Cessão não eficaz em relação a ela - Artigos 290 e 293 do Código Civil - Existência e validade da dívida incontroversas - Débito exigível - Possibilidade de inscrição nos órgãos de proteção ao crédito - Responsabilidade civil não configurada** - Precedentes - Sentença mantida. Recurso não provido." (TJSP; 37ª Câmara de Direito Privado; Apelação nº 0021323-33.2009.8.26.0071; Rel. Dimas Carneiro; julgado em 14/10/2010).

O autor não comprovou ter efetuado o pagamento do débito, quer ao banco, quer à empresa ré, antes de sua inscrição nos órgãos de proteção ao crédito.

Desta forma, devidamente comprovada a origem dos débitos, as restrições ao nome do autor foram legítimas, diante da sua inadimplência quanto ao pagamento das dívidas.

Acesso ao Sumário

Assim, em razão da licitude das negativações, indevida qualquer indenização por danos morais.

De rigor era, pois, a improcedência da ação, exatamente como constou da r. sentença *a quo*.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0222121-49.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SNS AUTOMÓVEIS LTDA., é apelado ANADEC - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DEFESA DA CIDADANIA E DO CONSUMIDOR.

ACORDAM, em 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº SMO 24053)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (Presidente) e SÁ DUARTE.

São Paulo, 4 de julho de 2016.

SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Garantia - Condicionante de se trocar o óleo combustível apenas na rede concessionária autorizada - Abusividade - Sentença que exorbitou no conhecimento - Limite da demanda - Princípio da adstrição ao pedido - Possibilidade de correção por este E. Tribunal - Presença de interesse - Alteração do manual que não permite conclusão sobre ser prática a ser aplicada a todos os adquirentes de veículos da marca JAC, mesmo aqueles anteriores à providência - Sem prova de que seja necessário conhecimento técnico de monopólio da apelante para a exigência da condicionante - Venda casada - Prática abusiva - Nulidade reconhecida - Sentença alterada apenas para adequar o conhecimento ao pedido. Apelação parcialmente provida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta por SNS AUTOMÓVEIS LTDA. (fls. 198/216) contra a r. sentença de fls. 183/184, proferida pelo MM. Juiz da 16ª Vara Cível do Foro Central da Comarca desta Capital, Dr. Cláudia Longobardi Campana, que julgou parcialmente procedente a ação civil pública movida por ANADEC - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DEFESA DA CIDADANIA E DO CONSUMIDOR, "para declarar a abusividade dos itens constantes do manual do proprietário e das divulgações da marca, que vinculam a garantia estendida dos veículos à compra de serviços de exclusividade da ré, uma vez configurado ao caso a prática de venda casada, nos termos do art. 39, I, do Código de Defesa do Consumidor". Além disso, condenou o apelante no pagamento de honorários advocatícios fixados em R$ 10.000,00.

A apelante diz tempestivo o recurso. Faz síntese da demanda. Argui a nulidade da sentença, afirmando-a *extra petita*. Indica que o pedido aponta especificamente a referência feita no manual das trocas de óleo a cada 5.000 quilômetros em concessionárias autorizadas. Destaca que a r. sentença não se ateve a essa especificidade, tendo sido prolatada de forma genérica. Aponta a falta de interesse de agir e requer a necessária extinção da ação. Registra que o manual de garantia e manutenção do veículo fora alterado. Entende que se perdeu o objeto da ação. Subsidiariamente, requer a improcedência, entendendo que não há ilegalidade. Sustenta que o ônus conferido ao consumidor visa dar-lhe maior garantia. Pontua a falta de estudo técnico para dar razão à alegação da apelada. Postula o provimento do recurso.

Contrarrazões de apelação às fls. 222/226.

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

Em sua inicial, a apelada requereu: "*tornar definitiva a ordem liminar, declarando, por sentença, a abusividade da condicionante de se trocar o óleo combustível apenas na rede concessionária autorizada, sob pena de perdimento da garantia, anulando-se referida condição, CONDENANDO a ré a divulgar junto a toda a sua rede de concessionárias e web site dela, o fim da exigência vinculante, comprovando-se, nos autos, de forma material, a ampla informação de que a prática vinculante não é mais adotada, sob pena de multa diária de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), até a data em que efetivamente comprovar o cumprimento da sentença*" (fls. 17).

E a r. sentença julgou parcialmente o pedido para "*declarar a abusividade dos itens constante do manual do proprietário e das divulgações da marca, que vinculam a garantia estendida dos veículos à compra de serviços de exclusividade da ré, uma vez configurado ao caso a prática de venda casada, nos termos do art. 39, I, do Código de Defesa do Consumidor*" (fls. 184).

Acesso ao Sumário

Nos termos do prescrito pelo artigo 128 do Código de Processo Civil de 1.973, "*o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte*".

Portanto, tem a apelante razão em parte.

Ao julgar de forma genérica, o MM. Juízo 'a quo' manifestou-se para além do pedido, sendo nulo o excesso.

Não obstante, possível a esse julgador a correção do equívoco, com limitação do provimento jurisdicional à "*condicionante de se trocar o óleo combustível apenas na rede concessionária autorizada*", tal como a apelada delimitou a demanda.

E, considerado esse limite, em que pese a alteração no manual feita pela apelante, não entendo presente a falta de interesse superveniente.

É que a alteração da redação do manual atinge de forma clara os adquirentes futuros de veículos da marca JAC, mas não tem o condão de esclarecer ser esse o tratamento ofertado a todos os adquirentes pretéritos dos veículos de mesma marca.

Isto é, a providência de alteração do manual não leva à conclusão lógica de que será uma prática de mercado da apelada e de incidência retroativa e indistinta a todos os adquirentes de veículos da marca JAC.

Assim, restou mantida a necessidade de manifestação do Poder Judiciário a respeito, importando consequentemente no interesse processual da apelada.

A troca de óleo não é providência técnica cujo conhecimento é de monopólio da apelante. Assim, desarrazoada a condição de que seja realizada exclusivamente em estabelecimento da apelante para que seja ofertada a garantia ao consumidor.

Como bem registrou o MM. Juízo 'a quo', a prática é vedada pelo Código de Defesa do Consumidor, por configurar venda casada, nos termos do prescrito pelo artigo 39, inciso I.

Assim, adequada a r. sentença quanto à procedência parcial do pedido, para declarar a abusividade da condicionante de se trocar o óleo combustível apenas na rede concessionária autorizada, sob pena de perdimento da garantia, declarando-se nula essa disposição contratual para todos os consumidores de veículos da marca JAC.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso, exclusivamente para adequar a extensão do conhecimento da demanda e declarar a abusividade da condicionante de se trocar o óleo combustível apenas na rede concessionária autorizada, sob pena de perdimento da garantia, declarando-se nula essa disposição contratual para todos os consumidores de veículos da marca JAC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4036493-61.2013.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que são apelantes/apelados PANDURATA ALIMENTOS LTDA. e CRUZ AZUL DE SÃO PAULO, são apelados/apelantes JENNIFER CRISTINE DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA) (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e WARNEY COSME DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento aos recursos das rés e julgaram prejudicado o recurso adesivo dos autores. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.104)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente), CESAR LUIZ DE ALMEIDA e CELSO PIMENTEL.

São Paulo, 5 de julho de 2016.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator

Ementa: AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANO MORAL. Prestação de serviços hospitalares. Ilegitimidade passiva não configurada. Consumo de alimento fornecido pelo nosocômio a paciente menor. Equívoco quanto à data de validade. Acervo probatório que revela que o produto não estava vencido, mas sim que houve simples erro de impressão da data de validade. Mero dissabor que não configura dano moral e afasta a indenização pretendida. Não caracterização da litigância de má-fé dos autores, ante a não configuração das situações elencadas no art. 80 do CPC/2015. Recursos das rés providos, prejudicado o recurso adesivo dos autores.

VOTO

Trata-se de apelações e recurso adesivo interpostos, respectivamente, por **CRUZ AZUL DE SÃO PAULO, PANDURATA ALIMENTOS LTDA., WARNEY COSME DA SILVA** e **JENNIFER CRISTINE DA SILVA** nos autos da ação de reparação de dano moral que os dois últimos promovem contra os primeiros, com pedido julgado parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 420/424, cujo relatório se adota, condenando os réus, solidariamente, ao pagamento da indenização por dano moral aos autores na quantia de R$10.000,00

Acesso ao Sumário

(dez mil reais), com correção monetária a partir da decisão e juros de mora de doze por cento ao ano contados da citação, arcando cada parte com as suas despesas e honorários do seu patrono.

Sustentou CRUZ AZUL DE SÃO PAULO, em síntese, que prestou atendimento em seu pronto-socorro à coautora JENNIFER CRISTINE DA SILVA, no dia 09 de abril de 2012, em razão de problemas digestivos; que a paciente foi examinada pelo médico e medicada, sendo liberada a ingestão de dieta, com entrega de um kit de suco com bolacha; que houve mero erro na data de validade do produto (07 de janeiro de 2012), constante da embalagem, pois o mesmo somente venceria um ano depois, conforme informação contida na caixa de papelão em que armazenado, o que foi confirmado pela fabricante; que é parte passiva ilegítima, porquanto houve assunção de responsabilidade pela fabricante, a corré PANDURATA; que o laudo emitido por laboratório atestou que o produto estava apto para consumo; que houve mero desconforto, máxime porque a paciente não teve qualquer alteração maléfica após o consumo do alimento, ao contrário, apresentou melhora satisfatória do seu quadro inicial, sendo certo, ainda, que foram tomadas as providências necessárias e prestadas as informações ao autor sobre a investigação iniciada pelo hospital, acerca do ocorrido; que houve arquivamento do inquérito policial instaurado para apuração dos fatos, concluindo que a data vencida na embalagem foi fruto de mero equívoco técnico da fabricante; que não ocorreu dano moral, máxime porque os autores voltaram a utilizar os serviços do hospital, a evidenciar que confiam na instituição, devendo eventual indenização ser postulada da fabricante; que os autores litigam de má-fé, ao afirmarem indevidamente que o hospital cometeu ato ilícito (fls. 433/464).

Alegou PANDURATA ALIMENTOS LTDA., em resumo, que os biscoitos estavam próprios para consumo, havendo mero equívoco na data de validade informada na embalagem, fato que não caracteriza dano moral indenizável; que é exagerada a indenização, devendo ser reduzida (fls. 469/475).

Argumentaram WARNEY COSME DA SILVA e JENNIFER CRISTINE DA SILVA, em recurso adesivo, que não é cabível a compensação de honorários advocatícios, ainda que se trate de sucumbência recíproca ou parcial, devendo a verba ser fixada em vinte por cento sobre o valor atribuído à causa ou outro montante; que é insuficiente a indenização, ante a gravidade do dano e as condições das partes, devendo ser majorada para a quantia de vinte salários mínimos para cada autor (fls. 481/488).

Foram oferecidas contrarrazões às fls. 497/510, 512/518, 522/541 e 543/546, com pleitos de desprovimento dos recursos contrários.

A D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento dos recursos das rés (fls. 560/564).

É o relatório.

De acordo com a teoria da asserção, é suficiente que o autor se afirme titular de um direito e impute ao réu o envolvimento no conflito de interesses, podendo este suportar, em tese, os efeitos da sentença, todavia é necessário que haja elementos sensíveis ao que se pontua.

Na hipótese, os autores atribuem aos réus - hospital e fabricante do produto - a responsabilidade pelo fornecimento de alimento vencido, o que justifica a presença de ambos no polo passivo da ação.

Superada essa questão, tem-se dos autos que os autores - pai e filha menor - alegaram que compareceram nas dependências do hospital réu, pois a criança sentia fortes dores abdominais e, após ser medicada, ela recebeu da auxiliar de enfermagem alguns pacotes de bolachas da marca Bauducco e um suco em caixinha, todavia após a menor ter consumido algumas bolachas, o autor notou que o produto estava vencido há alguns dias, o que ensejou a lavratura de boletim de ocorrência.

Assim, em virtude dos aborrecimentos e transtornos decorrentes do fato, pleiteiam a condenação dos réus ao pagamento de indenização pelo dano moral no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) para cada autor.

Isto colocado, consigne-se que o dever de reparar, imposto a quem causa dano a outrem, é princípio geral de direito, no qual se aporta toda a teoria da responsabilidade, presente no ordenamento jurídico pátrio, conforme dispõe o art. 186 do Código Civil, segundo o qual, "*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*".

No caso em testilha, é fato incontroverso que as bolachas não estavam vencidas, mas, sim, que houve falha na impressão da data de validade na embalagem, a qual continha informação diferente daquela inscrita na caixa que os acondicionou, conforme Laudo do Instituto de Criminalística (fl. 66/72) e esclarecimentos e documentos fornecidos pela fabricante, às fls. 75/76 e 260/273.

Ademais, o produto estava apto para o consumo, tanto é que não houve qualquer consequência maléfica à criança que, aliás, saiu do hospital sem qualquer outra reclamação (fls. 259), situação que também afasta a responsabilidade dos réus, pois não configurada nenhuma das hipóteses previstas no art. 18 do CDC (*"Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas"*).

Acesso ao Sumário

De se observar, ainda, que o hospital ofereceu todo apoio necessário, propiciando o atendimento à criança e prestando esclarecimentos ao seu genitor sobre o corrido.

Alinhe-se que o dano moral pressupõe ofensa anormal à personalidade, suscetível de causar grande abalo psicológico ou afronta à honra e dignidade de alguém, capazes de interferir intensamente em seu comportamento psicológico.

Nesta senda, o fato acima descrito não configura dano moral indenizável, mas mero dissabor por conta dos aborrecimentos suportados, sem maiores consequências para o genitor ou à menor.

Alfim, não há configuração das situações elencadas no art. 17 do CPC/1973 - art. 80 do CPC/2015, o que afasta a pretensão da apelante CRUZ AZUL para punição dos autores por litigância de má-fé.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento aos recursos dos réus para julgar improcedente o pedido inicial.

Arcarão os autores com as despesas processuais, corrigidas dos desembolsos, e verba honorária fixada em R$800,00 (oitocentos reais) para cada ré, com juros legais de mora e correção monetária a partir da publicação do acórdão, observada a gratuidade processual (fl. 160).

Julgo prejudicado o recurso adesivo dos autores.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0704829-06.2012.8.26.0020, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CONDOMÍNIO VILLAGIO DI NAPOLI, são apelados GERUSA DE JESUS GONÇALVES NUNES e CLAUDIO DOMINGOS NUNES DA SILVA.

ACORDAM, em 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.288)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), KIOITSI CHICUTA e LUIS FERNANDO NISHI.

São Paulo, 7 de julho de 2016

RUY COPPOLA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Obrigação de fazer. Cumulação com reparação de danos morais. Ação ajuizada por

condômino contra o condomínio, que promoveu restrição no fornecimento de água na unidade devedora de despesas condominiais. Débitos antigos que vinham sendo discutidos em juízo. Condôminos que estavam arcando regularmente com os rateios das despesas atuais. Conduta exagerada e desproporcional do condomínio, que dispunha de medidas legais e legítimas para compelir o inadimplente ao pagamento do débito. Abusividade que restou ainda mais evidente diante da decisão judicial que isentou os autores de responsabilidade pelos débitos que geraram a restrição no abastecimento da unidade. Dano moral caracterizado. Verba devida. Sentença mantida. Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de obrigação de fazer, cumulada com reparação de dano moral, ajuizada por Cláudio Domingos Nunes da Silva e Gerusa de Jesus Gonçalves Nunes contra Condomínio Villagio Di Napoli, que a respeitável sentença de fls. 168/172, cujo relatório se adota, julgou procedente em parte para condenar o réu a: *a)* se abster de suspender ou reduzir o fornecimento de água na unidade dos autores, uma vez que esses não são devedores das cotas referentes aos meses de fevereiro e outubro de 2009 e abril de 2011; e *b)* indenizar os autores pelos danos morais, na importância de R$4.000,00, atualizada monetariamente a partir da sentença, e com a incidência de juros de mora desde a citação.

Apela o condomínio réu (fls. 177/182) sustentando, em suma, que houve violação dos princípios da ampla defesa e do contraditório, diante do indeferimento da prova pericial postulada. Afirma que não houve corte no fornecimento de água, mas apenas redução, em ato que não se afigurou ilegal diante da existência de débitos condominiais em aberto, hipótese em que a sanção foi autorizada em assembleia condominial. Afirma que não houve dano moral, e que os juros moratórios somente poderiam ter incidência a partir da sentença, e não da citação. Pede a improcedência da ação.

Recurso tempestivo; preparo anotado (fls. 183/184).

Contrarrazões a fls. 189/197.

É o relatório.

Analisando inicialmente a alegação de que a respeitável sentença recorrida teria violado os princípios do contraditório e da ampla defesa, cumpre consignar

Acesso ao Sumário

que o Código de Processo Civil, no tocante a questão da prova, adota a teoria do convencimento motivado ou da persuasão racional do juiz, inexistindo em nossa legislação provas de valor preestabelecido, tendo o magistrado ampla liberdade na análise dos elementos de convicção coligidos aos autos, devendo, em qualquer caso, decidir fundamentadamente.

Tendo toda prova como objetivo a instrução da causa, para permitir a formação do convencimento do juiz, a este cabe conduzir o processo de modo a evitar a produção de diligências desnecessárias ou inúteis à solução da lide, passando ao julgamento antecipado quando já estiverem presentes elementos suficientes à intelecção das questões debatidas na causa, proporcionando a justa composição da questão posta em juízo.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça já deixou assentado que o magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para a produção de provas, ao constatar que o acervo documental é suficiente para nortear e instruir seu entendimento, sendo de seu livre convencimento o deferimento do pedido para a produção de quaisquer provas que entender pertinentes ao julgamento da lide (AgRg no Ag nº 693.982/SC, Rel. Min. Jorge Scartezzini).

Na espécie dos autos, não se vislumbra qualquer indício de cerceamento de defesa decorrente do julgamento antecipado da lide, eis que as provas pretendidas pelo apelante eram mesmo desnecessárias, como se demonstrará adiante.

Restou incontroverso que houve redução no fornecimento de água na unidade condominial dos autores em razão de débitos que estavam sendo cobrados na esfera judicial, onde acabou sendo afastada a responsabilidade daqueles em razão da ilegitimidade passiva, nos termos do acórdão proferido na Apelação nº 0004313- 95.2010.8.26.0020, julgada por esta Colenda Câmara em 28/11/2013.

E, ainda que assim não fosse, é de se reconhecer que o corte, ou mesmo a redução, de fornecimento de água, realizado pelo condomínio, ofende direitos fundamentais dos condôminos, implicando em vedação ou restrição ao uso do imóvel.

Ressalte-se que o condomínio dispõe de meios judiciais apropriados para compelir o condômino inadimplente a arcar com suas obrigações, sendo ofensivo e constrangedor privá-lo, total ou parcialmente, do fornecimento de água.

Nesse sentido já decidiu essa Colenda Câmara:

"CONDOMÍNIO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - CORTE NO FORNECIMENTO DE ÁGUA PELO CONDOMÍNIO EM RAZÃO DO INADIMPLEMENTO DE DESPESAS CONDOMINIAIS PELO CONDÔMINO

Acesso ao Sumário

- DETERMINAÇÃO DE RESTABELECIMENTO DO SERVIÇO - RECURSO, NESTA PARTE, IMPROVIDO. Tratando-se de serviço essencial, de natureza pessoal, não vinculado ao imóvel, abusiva e arbitrária a conduta do Condomínio ao interrompê-lo *sponte propria*, eis que tal prerrogativa somente pode ser legitimamente exercida pela concessionária de serviços públicos, nos termos do art. 6º, § 3º, inciso II, da Lei nº 8.978/95. Cabível ao condomínio credor medidas legais e legítimas para compelir o inadimplente ao pagamento do débito, conforme inteligência do art. 1.336, §1º e art. 1.337, todos do Código Civil. Indenização por danos morais reduzida à vista do descumprimento reiterado da autora para com as suas obrigações condominiais - Recurso provido em parte" (**TJSP - Apelação nº 1102499-85.2013.8.26.0100 - Rel. Des. CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA - j. 14/05/2015**).

E, mesmo que se reconheça a regularidade e a necessidade da decisão assemblear que deliberou reduzir o fornecimento de água para as unidades condominiais inadimplentes, já que os demais condôminos acabam tendo que suportar essa inadimplência para que o pagamento seja feito à concessionária do serviço público, não se pode olvidar que se trata de medida extrema, o que torna necessária que a sua aplicação seja feita de modo criterioso, observando-se as circunstâncias determinantes da providência, de modo a evitar excessos por parte do condomínio.

No caso em apreço, a medida adotada pelo ora apelante não se justificava, posto que os autores-apelados vinham arcando com o pagamento regular dos débitos atuais, sendo a restrição no abastecimento procedida com base em dívida antiga, referente à época em que a construtora ainda não lhes havia transmitido a posse do imóvel, e que, como já foi dito, vinham sendo discutidos na esfera judicial.

Nessa perspectiva, a medida tomada pelo condomínio se mostrou exagerada e desproporcional, mais se aproximando de um instrumento adicional utilizado para constranger os autores a saldarem aquele débito que, ao final, restou reconhecido que nem era de sua responsabilidade.

No mais, resta induvidosa que a conduta ilícita do condomínio mostrou-se apta a gerar danos morais aos autores, uma vez que a água, mais que qualquer outro bem da vida, tem enorme importância para resguardar a dignidade da pessoa humana, sendo evidentes as dificuldades decorrentes quando há restrição no abastecimento.

Como bem destacou a ilustre juíza sentenciante, "a redução dos serviços de distribuição de água, por óbvio, implica transtornos anormais e notórios, na medida em que é serviço essencial na sociedade moderna, sendo utilizado noite e dia para a consecução dos atos da vida cotidiana. Para a hidratação das pessoas, para higiene pessoal e dos alimentos, para manutenção da casa limpa. Enfim, na sociedade moderna, a água é essencial para a realização dos atos cotidianos, de modo que a ausência ou mesmo a redução drástica desta

Acesso ao Sumário

implica transtornos evidentes" (cf. fls. 171).

E, um exame singelo da doutrina nos mostra que "a causação de dano moral independe de prova, ou melhor, comprovada a ofensa moral o direito à indenização desta decorre, sendo dela presumido".

O trecho acima é extraído da obra do eminente **Desembargador Rui Stoco**, que logo abaixo mostra o seguinte:

"Significa, em resumo, que o dever de reparar é corolário da verificação do evento danoso, dispensável, ou mesmo incogitável, a prova do prejuízo.

Contudo a assertiva acima feita comporta esclarecimentos, senão temperamentos, pois a afirmação de que o dano moral independe de prova decorre muito mais da natureza imaterial do dano do que das quaestionis facti.

Explica-se: Como o dano moral, é, em verdade, um 'não dano', não haveria como provar, quantificando, o alcance desse dano, como ressuma óbvio.

Sob esse aspecto, porque o gravame no plano moral não se indeniza, mas apenas se compensa, é que não se pode falar em prova de um dano que, a rigor, não existe no plano material.

Mas não basta a afirmação da vítima de ter sido atingida moralmente, seja no plano objetivo como no subjetivo, ou seja, em sua honra, imagem, bom nome, tradição, personalidade, sentimento interno, humilhação, emoção, angústia, dor, pânico, medo e outros.

Impõe-se que se possa extrair do fato efetivamente ocorrido o seu resultado, com a ocorrência de um dos fenômenos acima exemplificados.

Ou seja, não basta, ad exemplum, um passageiro alegar ter sido ofendido moralmente, em razão do extravio de sua bagagem, ou do atraso no vôo, em viagem de férias que fazia, se todas as circunstâncias demonstram que tais fatos não o molestaram nem foram suficientes para atingir um daqueles sentimentos d´alma.

A só devolução de um cheque pela instituição financeira ou o protesto de um título de crédito já pago nem sempre tem força suficiente para denegrir a imagem de uma empresa ou para ofender sua honra objetiva, enodoando seu prestígio perante o público.

Há casos em que tais fatos, porque esclarecidos e corrigido o equívoco com presteza e eficácia e diante da retratação cabal, imediata e completa do ofensor, sequer chegam ao conhecimento de terceiros ou causam reflexos negativos.

Os autores Gabriel Stiglitz e Carlos Echevesti, citados por Antonio Jeová Santos (Dano moral indenizável, 1ª ed., São Paulo, Lejus, 1997, expõem que: 'Diferente do que ocorre com o dano material, a alteração desvaliosa do bem-estar psicofísico do indivíduo deve apresentar certa magnitude para ser reconhecida como prejuízo moral. Um mal-estar trivial, de escassa importância, próprio do risco cotidiano da convivência ou da atividade que o indivíduo desenvolva, nunca o configurará. Isto quer dizer que existe um 'piso'

Acesso ao Sumário

de incômodos, inconvenientes ou desgostos a partir dos quais este prejuízo se configura juridicamente e procede sua reclamação' (Responsabilidade civil, p. 243).

De sorte que o mero incômodo, o enfado e desconforto de algumas circunstâncias que o homem médio tem de suportar em razão do cotidiano não servem para a concessão de indenizações, ainda que o ofendido seja alguém em que a suscetibilidade aflore com facilidade (Antonio Jeová Santos, ob. cit. p. 36), ao contrário da mãe que perde o único filho, ainda infante, ou o seu marido, de forma trágica, cujo sofrimento, angústia, dor e desolação decorrem da natureza das coisas e dispensam comprovação, posto que presumíveis, caracterizando dano moral e impondo compensação.

...

Significa dizer, em resumo, que o dano em si, porque imaterial, não depende de prova ou de aferição do seu quantum. Mas o fato e os reflexos que irradia, ou seja, a sua potencialidade ofensiva, dependem de comprovação, ou pelo menos que esses reflexos decorram da natureza das coisas e levem à presunção segura de que a vítima, face às circunstâncias, foi atingida em seu patrimônio subjetivo, seja com relação ao seu *vultus*, seja, ainda, com relação aos seus sentimentos, enfim, naquilo que lhe seja mais caro e importante" (*in* "**Tratado de Responsabilidade Civil", Ed. RT, 5ª Edição, pág. 1381/82**)".

Da jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça extrai-se o seguinte precedente:

"A jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que na concepção moderna da reparação do dano moral prevalece a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar desnecessária a prova do prejuízo em concreto" (**REsp. nº 196.024, 4ª Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha, j. 2.3.1999, RSTJ 124/397**).

Também não se justifica a pretensão do recorrente no sentido de que os juros de mora sejam computados apenas da data da sentença, entendimento que não encontra suporte legal, e tampouco na jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça que, por sua Corte Especial, já deixou pacificado que:

"Tratando-se de reparação de dano moral, os juros de mora incidem desde o evento danoso, em casos de responsabilidade extracontratual (Súmula n. 54/STJ), e desde a citação da parte ré, no caso de responsabilidade contratual" (**EDcl nos EREsp 903.258/RS, Rel. p/ Acórdão Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 06/05/2015, DJe 11/06/2015**).

Sem razão o condomínio apelante em todas as suas teses recursais, razão pela qual fica mantida integralmente a respeitável sentença recorrida.

Ante o exposto, pelo meu voto, NEGO PROVIMENTO ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4000605-78.2013.8.26.0079, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JORGE ADRIANO DOMINGUES – ME, é apelado CIELO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16336)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente), ACHILE ALESINA E CÉSAR PEIXOTO.

São Paulo, 5 de julho de 2016.

SPENCER ALMEIDA FERREIRA, Relator

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER E NULIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS - Contrato de afiliação ao sistema Cielo para vendas em comércio eletrônico - Operações de vendas por telefone, devidamente autorizadas, com a entrega das mercadorias - Não repasse de valores, por alegação de contestação do titular do cartão de crédito - Nulidade das cláusulas que autorizam o não repasse de valores e transferem o risco empresarial ao estabelecimento comercial - Risco inerente à atividade da ré, de intermediação para pagamento com cartões de crédito - Devolução da quantia não repassada que se impõe, com os consectários legais, bem como restabelecimento da autorização para que a autora possa realizar transações com cartão de crédito na modalidade não presencial sob pena de multa diária - Reforma da sentença - RECURSO PROVIDO.

VOTO

1.- Trata-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença de fls. 192/196, disponibilizada no Diário de Justiça Eletrônico em 17.12.2013, cujo relatório é adotado, que, em ação de cobrança cumulada com obrigação de fazer e nulidade de cláusulas contratuais, julgou improcedente o pedido, determinando que o autor arque com o pagamento das custas, das despesas

processuais e dos honorários de sucumbência, fixados em 10% do valor dado à causa, atualizado à época do efetivo pagamento.

Apelou o autor, requerendo a reforma da r. sentença, ao fundamento, em síntese, de que é incontroverso o fato de que realizou vendas na modalidade não presencial através de cartões de crédito e que tais vendas foram aprovadas pela apelada, sendo que, posteriormente, esta não repassou os valores correspondentes sob a alegação de utilização fraudulenta dos cartões. Alega que a recusa da apelada em proceder ao pagamento é abusiva e injustificada, uma vez que, quando da realização das vendas descritas na inicial, seguiu todos os procedimentos de segurança necessários, colhendo os dados fornecidos pelo comprador e os inserindo no sistema da apelada (máquina existente no estabelecimento), obtendo aprovação para as aludidas vendas. Aduz que, após, entrou em contato via telefone com a apelada e também em seu sistema *on line*, obtendo os códigos de autorização das vendas. Assevera que os riscos do negócio devem ser carreados à apelada, eis que inerentes a sua atividade, e requer a procedência da ação.

Recurso tempestivo, preparado e respondido.

É o relatório.

2.- Cuida-se de ação de cobrança cumulada com obrigação de fazer e declaração de nulidade de cláusulas contratuais, por meio da qual o autor afirma que tem como atividade empresarial o comércio varejista de instrumentos musicais e acessórios, e que, para melhor atendimento a seus clientes, firmou com a ré "contrato de afiliação ao sistema Cielo", de modo a possibilitar que os pagamentos das mercadorias vendidas fossem efetuados pelos consumidores através de cartão de crédito, tanto de forma presencial como não presencial.

Ocorre que, no período de 22.11.2012 a 04.12.2012, efetuou vendas de instrumentos musicais e acessórios para um comprador de nome Joilson Vasconcelos, totalizando a importância de R$ 53.468,00 (cinquenta e três mil, quatrocentos e sessenta e oito reais), via telefone, sendo que o comprador utilizou-se de cartões de crédito das bandeiras VISA e MASTERCARD para efetuar o pagamento, fornecendo o número dos cartões, data de validade e dígito de segurança, que são as informações necessárias para a autorização e validade de tais operações.

Aduz que observou os procedimentos exigidos pela Cielo para a modalidade de venda não presencial, inserindo os dados colhidos no sistema da ré, obtendo aprovação para as vendas realizadas através dos comprovantes das operações expedidos pela máquina da ré instalada em seu estabelecimento comercial.

Assevera, ainda, que, após a aprovação das vendas e emissão dos comprovantes pela máquina da ré, entrou em contato via telefone com a Cielo

Acesso ao Sumário

para confirmar a aprovação das vendas e, também, entrou no sistema *on line* da requerida para a obtenção dos códigos de autorização das vendas, que também foram emitidos pela ré.

Assim, após a tomada de todas estas medidas de segurança, enviou os instrumentos musicais e acessórios que foram devidamente entregues ao comprador.

Todavia, não obstante terem as vendas sido aprovadas e autorizadas, e as mercadorias efetivamente entregues ao comprador, a ré comunicou a autora que não efetuaria o repasse dos valores correspondentes às vendas, em razão do portador dos cartões de crédito não ter reconhecido a transação.

Ainda, a ré, de forma unilateral, cancelou a autorização da autora para realizar transações com cartão de crédito na modalidade não presencial (internet e telefone), prejudicando assim as atividades comerciais e financeiras da requerente.

Alega que a recusa da ré em repassar-lhe os valores é injusta e abusiva, requerendo a declaração de nulidade das cláusulas 16ª a 22ª do Contrato de Afiliação firmado entre as partes, bem como que a ré seja compelida a pagar os valores devidos e restabelecer a autorização para que a postulante possa realizar transações com cartão de crédito na modalidade não presencial (internet e telefone).

Em contestação, a ré afirmou que as cláusulas questionadas são válidas, sendo que, se o autor discordava de tais cláusulas, não deveria ter firmado o citado contrato com a ré.

Alega que o autor ignorou os indícios de fraude, na medida que realizou venda para pessoa que utilizava cartões de terceiros e desmembrou o valor das vendas, prejudicando a segurança do sistema.

Afirma, ainda, que "o sistema de vendas digitadas é relativamente mais frágil, perdendo, desta forma, uma parcela de segurança, arcando o Estabelecimento com esse risco adicional, já que, ao optar por vender por essas modalidades de venda, concordou expressamente com esse risco."

Acesso ao Sumário

A r. sentença houve por bem julgar a ação improcedente, ao fundamento de que o contrato celebrado não contém uma única cláusula de garantia dos pagamentos que receberam o código de aprovação de eventual risco de pagamento mediante fraude.

Entendeu que o contratante ficou textualmente cientificado de que a Cielo não tem qualquer responsabilidade quanto a eventuais questionamentos do portador do cartão de crédito quanto ao negócio celebrado com o comerciante, o que inclui, por evidente, a correta identificação do responsável pelo pagamento, além da responsabilidade do comerciante pela finalização da venda (cláusula 16ª).

Ressaltou que o contrato é expresso quanto à negativa de repasse do crédito, caso o estabelecimento não cumpra com todas as obrigações, independentemente do código de autorização anteriormente recebido (cláusula 22ª).

Em que pese o entendimento da r. sentença, este relator entende que a cláusula que atribui a responsabilidade de forma exclusiva ao vendedor pelas ações realizadas pelos compradores, no que se refere à suposição de utilização de cartão de crédito/débito por terceiro fraudador é abusiva.

Isto porque, o perigo de aceitação de uma compra mediante fraude não pode ser transferido ao estabelecimento comercial, que confia na autorização dada pela ré; vale dizer: ao liberar o pagamento, a ré assumiu o risco que é inerente à sua atividade comercial, que é de prestar serviços de intermediação de venda por meio de cartão, de forma presencial ou não presencial.

Se a própria ré, que é detentora de tecnologia de ponta, não verificou irregularidade quando da formalização da transação e autorizou a sua concretização, não se há falar em desídia do autor na tomada das devidas precauções.

Observe-se que os documentos anexados pelo autor à inicial da ação dão conta de que tomou as devidas providências para averiguar a regularidade da transação (fls. 115/146), sendo que não prospera a afirmação de que o desmembramento das compras indica falta de cuidado, uma vez que, pelo que se verifica dos autos, as operações foram realizadas, inclusive, em diversos dias.

> "(...) a obtenção de prévia autorização das rés para a concretização da venda afasta qualquer alegação de desídia no recebimento dos pagamentos por parte da autora, imputando às requeridas o dever de repassar à requerente o valor correspondente às despesas por ela autorizadas, arcando com os riscos inerentes à sua atividade profissional.
>
> Assim, diante da inexistência de elementos de prova a indicar ter a autora deixado de adotar os procedimentos de segurança necessários ao recebimento do pagamento por meio de cartão de crédito, as rés devem ser condenadas ao pagamento do valor de R$ 23.800,00 à parte autora, em razão da retenção indevida do crédito decorrente de compra regularmente autorizada pela administradora do cartão de crédito."

Anote-se que as cláusulas contratuais que permitem o não repasse de valores são potestativas[1], transferindo o risco próprio à atividade empresarial da ré ao estabelecimento autor, como se pode verificar de seu teor:

> Cláusula 16ª – O ESTABELECIMENTO deverá solucionar diretamente com o PORTADOR toda e qualquer controvérsia sobre os bens e serviços fornecidos, incluindo casos de defeito ou devolução, problemas

1 Código Civil, Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

Acesso ao Sumário

na entrega, etc, isentando a CIELO de qualquer responsabilidade relativa a esses bens e serviços, inclusive com relação ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor e demais legislações aplicáveis, bem como a indenização em caso de imputação de responsabilidade pelas situações aqui previstas.

Cláusula 22ª – Se o ESTABELECIMENTO não cumprir com todas as suas obrigações constantes do CONTRATO, ainda que a TRANSAÇÃO tenha recebido um CÓDIGO DE AUTORIZAÇÃO, o seu valor não será repassado ou, se já tiver sido repassado, ficará sujeito a estorno. Essa regra também será aplicada nas seguintes situações:

(...)

(x) se o PORTADOR não reconhecer a TRANSAÇÃO, conforme mencionado na Cláusula 16, ainda que tenha sido conferido a ela um CÓDIGO DE AUTORIZAÇÃO;

Ademais, se realmente houve fraude, trata-se de falha no sistema de segurança do réu, que aprovou a transação, sendo devidos ao autor os valores das compras cujos repasses foram recusados, que totalizam R$ 53.468,00, com atualização monetária desde as respectivas operações e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.

Também deverá a ré restabelecer a autorização para que a autora possa realizar em seu estabelecimento transações com cartão de crédito na modalidade não presencial, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de descumprimento, até o limite de R$ 100.000,00 (cem mil reais), nos termos do art. 461, § 4º, do CPC/1973[2].

Esta C. 38ª Câmara de Direito Privado assim já se pronunciou:

"AÇÃO DECLARATORIA C/C COBRANÇA - Contrato de afiliação ao sistema de vendas em comercio eletrônico - Operações de vendas com entregas - Estornos de valores efetuados por alegadas fraudes - Pretensão à declaração de abusividade das cláusulas do contrato, impedimento de estorno sem comprovação da fraude e indenização por valores estornados - Sentença de procedência - Insurgência - Impossibilidade - Precedentes - Art. 252 do RITJSP - Recurso desprovido."[3]

"APELAÇÃO - AÇÃO INDENIZATÓRIA - ESTORNO DE VALOR CORRESPONDENTE A VENDA REALIZADA POR MEIO DE COMÉRCIO

Acesso ao Sumário

2 Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

(...)

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

3 Apelação nº 1014580-58.2013.8.26.0100, Rel. Des. ACHILE ALESINA, j. em 17 de fevereiro de 2016.

ELETRÔNICO - CONTRATO DE AFILIAÇÃO AO SISTEMA DA APELADA PARA A EFETIVAÇÃO DE PAGAMENTO DE VENDAS REALIZADAS EM COMÉRCIO ELETRÔNICO COM CARTÃO DE CRÉDITO - NULIDADE DA SENTENÇA - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - OFENSA AO ART. 93, INC. IX, DA CONSTITUIÇAO FEDERAL - INOCORRÊNCIA. A ausência de fundamentação da sentença geradora de nulidade por inobservância do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal é diversa do não acolhimento das pretensões da Apelante, como ocorreu nos presentes autos - RECURSO IMPROVIDO NESTE PONTO.

APELAÇÃO - AÇÃO INDENIZATÓRIA - ESTORNO DE VALOR CORRESPONDENTE A VENDA REALIZADA POR MEIO DE COMÉRCIO ELETRÔNICO - CONTRATO DE AFILIAÇÃO AO SISTEMA DA APELADA PARA A EFETIVAÇÃO DE PAGAMENTO DE VENDAS REALIZADAS EM COMÉRCIO ELETRÔNICO COM CARTÃO DE CRÉDITO - DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO - DESCUMPRIMENTO DO ART. 333, INC. II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL POR PARTE DA APELADA. A Apelada não trouxe qualquer prova capaz de demonstrar a sua alegação de que a compra virtual dos produtos da teria sido efetivamente realizada por terceira pessoa com a utilização de cartão de crédito do qual não era titular e que a Apelante teria contribuído para a ocorrência dos fatos, nos termos do art. 333, inc. II, do Código de Processo Civil. Na realidade, a Apelada trouxe apenas a cópia do contrato mantido entre as partes para a utilização de seu sistema de aceitação dos meios de pagamento (fls. 179/263), o que não é capaz de afastar a sua responsabilidade sobre os fatos discutidos nos autos. Isto porque, cumpria à Apelada comprovar a fraude perpetrada e a contribuição da Apelante para a ocorrência dos fatos, antes de utilizar-se de sua 22ª cláusula (fls. 322/323), a fim de justificar o estorno do valor proveniente da transação discutida nos autos. Patente, pois, a sua responsabilidade civil em relação ao prejuízo causado à Apelante, que deve ser indenizada materialmente pelo indevido estorno da quantia de R$ 2.642,85 (dois mil seiscentos e quarenta e dois reais e oitenta e cinco centavos). Na realidade, é incompatível a conduta da Apelada de impor à sua cliente, ora Apelante, o risco de sua atividade, já que quando da realização da compra virtual autorizou a transação mediante o cartão de crédito indicado e, sem qualquer suspeita de fraude, efetivou o pagamento do valor correspondente, que veio a ser estornado somente 02 (dois) meses após os fatos. RECURSO PROVIDO NESTE PONTO.

APELAÇÃO - AÇÃO INDENIZATÓRIA - ESTORNO DE VALOR CORRESPONDENTE A VENDA REALIZADA POR MEIO DE COMÉRCIO ELETRÔNICO - CONTRATO DE AFILIAÇÃO AO SISTEMA DA APELADA PARA A EFETIVAÇÃO DE PAGAMENTO DE VENDAS REALIZADAS EM COMÉRCIO ELETRÔNICO COM CARTÃO DE CRÉDITO – LUCROS CESSANTES - INOVAÇÃO EM SEDE RECURSAL. A Apelante não discutiu tal questão na fase postulatória, não podendo

Acesso ao Sumário

fazê-lo agora, sob pena de inovação em sede recursal, o que é vedado por nosso ordenamento jurídico. RECURSO NÃO CONHECIDO NESTE PONTO. SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO NA PARTE CONHECIDA."[4]

Assim, de rigor a inversão do resultado do julgamento, para declarar a nulidade das cláusulas 16 e 22 (X) do Contrato de Afiliação ao Sistema Cielo, determinar que a ré restitua à autora o valor de R$ 53.468,00 (cinquenta e três mil, quatrocentos e sessenta e oito reais), com correção monetária a partir das respectivas operações e juros de mora de 1% ao mês, e determinar que a ré restabeleça a autorização para que a autora possa realizar em seu estabelecimento transações com cartão de crédito na modalidade não presencial, sob pena de multa diária de R$500,00 (quinhentos reais), até o limite de R$100.000,00 (cem mil reais).

Deverá a ré arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 10% do valor dado à causa, atualizado à época do pagamento.

3.- Ante o exposto, **dá-se provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007137-98.2009.8.26.0428, da Comarca de Campinas, em que é apelante A.L.S.F., é apelado G.P.L.

ACORDAM, em 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 26284)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente sem voto), SOARES LEVADA e ANTONIO TADEU OTTONI.

São Paulo, 6 de julho de 2016.

CRISTINA ZUCCHI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: CONTRATO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RETENÇÃO INDEVIDA DE VALORES. VERIFICAÇÃO DE QUE O AUTOR INCUTIU EM SUA CONSTITUINTE A FALSA IDEIA DE

4 Apelação nº 1003986-72.2014.8.26.0577, Rel. Des. EDUARDO SIQUEIRA, j. em 9 de dezembro de 2015.

QUE HAVIA UM ACORDO CELEBRADO NOS AUTOS DE AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE DE IMÓVEL, INDUZINDO-A A FAZER-LHE PAGAMENTOS MENSAIS DE VALORES DO SUPOSTO ACORDO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO A CONFIGURAR O DANO MORAL. MANUTENÇÃO DO VALOR DA CONDENAÇÃO, POSTO QUE FORAM OBSERVADAS AS CONDIÇÕES DAS PARTES, ALÉM DE ATENDER À DUPLA FINALIDADE DE PUNIÇÃO PELA CONDUTA CULPOSA E DE DESESTÍMULO À PRÁTICA DOS MESMOS ATOS. SENTENÇA MANTIDA. Recurso de apelação improvido.

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 172/191, com preparo às fls. 192/193), interposta contra a r. sentença de fls. 155/162 (da lavra da MMª. Juíza Marta Brandão Pistelli), cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente ação de indenização, fundada em contrato de prestação de serviços advocatícios, condenando o réu no pagamento da quantia de R$ 30.000,00, a título de danos morais, com juros e correção a partir da sentença.

Alega o réu-apelante, em síntese, que não houve desídia de sua parte, que, na qualidade de patrono da autora-apelada, apresentou contestação à ação de rescisão de contrato de compra e venda de imóvel c.c. reintegração de posse, que referida ação foi julgada improcedente em razão da inadimplência da ora apelada em relação às prestações mensais avençadas, que não causou qualquer prejuízo à constituinte pelo fato de não ter comparecido à audiência de conciliação, que a autora-apelada tinha conhecimento de que sua proposta de pagar R$ 300,00 mensais não tinha sido aceita pela imobiliária, que não a obrigou ou iludiu, mas aceitou guardar o dinheiro, entregue pela ora apelada de forma livre e consciente. Argumenta não haver prova de que sua ação ou omissão tenha dado causa à sentença desfavorável à ora apelada e que somente atuou em conformidade com a pretensão da ora apelada de "ganhar o máximo de tempo possível". Questiona a alegação da autora de se sentir constrangida, mas demorar 27 meses para ajuizar a presente ação. Afirma que a autora concorreu decisivamente para a rescisão do contrato, deixando de pagar as parcelas mensais e que, diante do ocorrido, não houve comprovação de lesão à imagem da ora apelada. Requer a reforma da r. sentença ou a diminuição do valor indenização por danos morais.

Acesso ao Sumário

O recurso é tempestivo (fls. 170 e 172) e foi recebido em seus regulares efeitos (fls. 195).

Contrarrazões às fls. 200/202.

Os autos foram redistribuídos por força do v. acórdão de fls. 109/112

É o relatório.

Não há que se adentrar na discussão de eventuais danos materiais sofridos pela autora posto que a r. sentença os afastou, consignando, inclusive, que os valores deixados com o advogado-apelante (quantias mensais de R$ 300,00) foram devolvidos mediante o depósito de fls. 95.

A autora alegou na inicial que foi ajuizada contra ela ação de rescisão de contrato de compra e venda de imóvel c.c. reintegração de posse, que o réu-apelante foi constituído para defendê-la, apresentando contestação no prazo legal, que este não compareceu à audiência de conciliação, mas teria dito que a imobiliária aceitaria uma proposta de acordo de R$ 300,00 mensais para quitação das parcelas inadimplidas. Contudo tal proposta não chegou a ser feita, nem houve depósito nos autos e o advogado reteve tais valores, tendo sido a ação julgada procedente, o que a obrigou a deixar o imóvel. Por tudo isso, indicou que sua honra foi maculada, pleiteando indenização por danos morais.

Segundo se verifica dos documentos juntados pela autora, o ora apelante, na qualidade de advogado, contestou a ação então proposta (fls. 20/22), na qual informou a possibilidade de pagamentos mensais de R$ 300,00 (fls. 21), o que foi rejeitado pela autora daquela ação (fls. 25). Portanto, houve trabalho do profissional.

Frise-se que o fato de não ter comparecido à audiência de conciliação (designada às fls. 27), por si só, não implicou em prejuízo à ora apelada, pois, além de as partes poderem se conciliar extrajudicialmente a qualquer tempo, a questão do inadimplemento de várias parcelas do contrato de compra e venda não foi negada, sendo essa a causa principal do decreto de procedência daquela ação, rescindindo-se o contrato e reintegrado a autora na posse do imóvel, nos termos da r. sentença de fls. 34/36.

Acesso ao Sumário

A questão, então, é verificar em que medida a retenção indevida de valores, causou danos à honra da autora, valendo mencionar que a alegação do réu de que (fls. 77) "*... por menos usual que pareça, é certo que o requerido aceitou guardar o dinheiro da requerida que, livremente e conscientemente, o entregou.*", restou isolada nos autos, já que o ora apelante nada comprovou nesse sentido, chegando até a desistir da oitiva das testemunhas que arrolara, conforme constou da r. decisão proferida em audiência de instrução, debates e julgamento de fls. 132.

Nos recibos de fls. 48/58, firmados pelo réu-apelante, indicou-se o pagamento de parcelas de acordo firmado nos autos da ação de reintegração,

nada se referindo a suposta guarda de numerário, implicando que, aos olhos da autora (que exercia a profissão de gari), os valores significavam pagamento mensal de acordo aceito pela parte contrária, o que não condizia com a verdade.

Não há, *data venia*, justificativa plausível para o fato de um advogado reter indevidamente valores que não lhe pertence, fazendo incutir em sua constituinte a ideia de que um acordo havia sido celebrado com a parte adversa.

O art. 34, XX, da Lei nº 8.906/94 dispõe que constitui infração disciplinar "XX - *locupletar-se, por qualquer forma, à custa do cliente ou da parte adversa, por si ou por interposta pessoa.*".

O art. 9º do Código de Ética e Disciplina da OAB dispõe que "*A conclusão ou desistência da causa, com ou sem a extinção do mandato, obriga o advogado à devolução de bens, valores e documentos recebidos no exercício do mandato, e à pormenorizada prestação de contas, não excluindo outras prestações solicitadas, pelo cliente, a qualquer momento.*".

Assim sendo, na qualidade de mandatário, era ônus do réu-apelante comprovar que envidou todos os esforços para cumprimento de suas obrigações junto ao mandante. Vale mencionar que é obrigação do advogado manter seus clientes sempre informados e atualizados sobre o andamento das ações.

As alegações do réu-apelante não justificam o fato de, indevidamente, manter retido durante anos montante que não lhe pertencia, constituindo-se de apropriação indébita de valores.

Nas razões do apelo não consta efetivo ataque à configuração dos danos morais no caso concreto, batendo-se pela reforma sob o argumento de que não houve demonstração de lesão à imagem da autora-apelada.

No entanto, ficou claro nos autos que a autora-apelada foi ludibriada pelo ora apelante, como constou da r. sentença, o qual havia sido contratado para defender seus interesses, posto que, em sua ótica, existia um acordo que garantiria sua permanência no imóvel e a manutenção do contrato de compra e venda.

Houve inequívoca quebra de confiança depositada pela autora no advogado-apelante, o qual veio a se apropriar indevidamente de montante que pertencia à constituinte.

A frustração pela quebra de confiança autoriza a indenização por danos morais, posto que a autora se viu privada de quantias mensais (R$ 300,00) a qual, segundo os elementos dos autos, faria enorme diferença em suas economias, posto que se trata de pessoa humilde, que exercia a profissão de gari, valendo destacar que na ação em que o ora apelante defendia seus interesses discutia-se a reintegração de posse do imóvel em que residia.

Frise-se que o réu-apelante não refutou a afirmação da autora, feita em audiência (mídia anexada à contracapa dos autos), de que ela havia procurado

Acesso ao Sumário

a imobiliária (autora da ação de reintegração de posse) e que lhe foi feita uma proposta de pagamento de R$ 500,00 mensais, mas ao levar ao conhecimento de seu patrono (o ora apelante), este lhe havia dito que não era para aceitar tal acordo, pois já havia um outro celebrado nos autos da ação reintegratória, representado pelas parcelas mensais de R$ 300,00 que estavam sendo pagas diretamente ao advogado.

Isso demonstra correção da r. sentença ao fundamentar que (fls. 161) "*O comportamento do requerido, como já afirmado, aniquilou a possibilidade de acordo entre as partes, única chance da autora permanecer na posse do imóvel.*".

Portanto, não se trata de mero aborrecimento por inadimplemento contratual, mas de efetivos transtornos que repercutiram na esfera íntima da autora, causando-lhe aflições, angústias e desequilíbrio em seu bem-estar, passíveis de reparação. Vale destacar que o advogado é constituído para envidar esforços na defesa de seu constituinte e não para trazer-lhe mais dissabores.

Nada a ser modificado no valor da condenação imposta.

Pelo que se verifica de todo o processado, o arbitramento em R$ 30.000,00, a título de danos morais, levou em consideração as condições econômicas das partes, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como o fato de que a indenização por danos morais deve atender à dupla finalidade de punição pela conduta culposa e de desestímulo à prática dos mesmos atos. Como cediço, não se pode olvidar do caráter pedagógico das condenações por danos morais, na medida em que, com a condenação, também se pretende evitar que situações semelhantes tornem a ocorrer, indicando que o réu, na qualidade de advogado, deve envidar esforços para resolver o problema do constituinte e não trazer-lhe mais dissabores, como o que se verificou nos autos.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0048357-43.2012.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante O.L.J., é apelado R.B.C. (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5889)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS

FONSECA (Presidente sem voto), GILSON DELGADO MIRANDA e CELSO PIMENTEL.

São Paulo, 12 de julho de 2016.

CESAR LUIZ DE ALMEIDA, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C.C. RECONHECIMENTO DE DÉBITO - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - AFASTADA A PRELIMINAR DE INÉPCIA DO RECURSO - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE OS VALORES REPASSADOS À REQUERIDA DECORRERAM DE EMPRÉSTIMO VERBAL - ÔNUS DO AUTOR DE DEMONSTRAR OS FATOS CONSTITUTIVOS DE SEU DIREITO - INTELIGÊNCIA DO ART. 333, I, DO CPC DE 1973 - AFASTADO O PEDIDO DE CONDENAÇÃO DO AUTOR POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação (fls. 153/158) interposto contra a r. sentença de fls. 149/150, publicada em 13/02/2015, que julgou improcedente a ação declaratória de existência de relação jurídica c.c. reconhecimento de débito, condenando o autor ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em R$ 2.000,00.

Em suas razões recursais o autor alega que é credor da requerida pela quantia atualizada de R$ 79.405,09, referente a dois empréstimos a ela concedidos. Afirma que o primeiro empréstimo, no valor de R$ 30.000,00, foi efetuado por ocasião da separação da requerida a fim de que pagasse a metade do imóvel pertencente ao casal. O segundo empréstimo, no valor de R$ 6.000,00, foi realizado para que a requerida saldasse a dívida de cheque especial de sua conta bancária.

Destaca que não formalizou os referidos empréstimos em razão da confiança existente entre as partes, advinda de 11 anos de trabalho em conjunto. Aduz que a requerida desligou-se do escritório, não honrou os empréstimos realizados e quedou-se inerte ao ser notificada extrajudicialmente.

Sustenta que o D. Juízo *a quo* limitou-se a analisar a ocorrência dos empréstimos somente através da prova testemunhal, ignorando a prova documental e a confissão da requerida acerca do recebimento dos valores em

Acesso ao Sumário

cobrança.

Além disso, ressalta ser descabida a tentativa de justificar os empréstimos com a falsa alegação de existência de relacionamento conjugal, colocando sua reputação e moralidade em questionamento perante terceiros, já que é casado há mais de 21 anos e possui uma filha.

Por fim, requer a reforma da sentença para que a ação seja julgada procedente, reconhecendo-se a existência de relação jurídica e condenando a requerida ao pagamento dos empréstimos com juros e correção monetária.

Recurso regularmente processado. A requerida apresentou contrarrazões a fls. 163/169 e alegou preliminarmente a inépcia da apelação, ante a reprodução *ipsis literis* da petição inicial, sem qualquer irresignação à sentença. No mérito, pugnou pela manutenção do *decisum* e requereu a condenação do autor por litigância de má-fé.

O recurso foi redistribuído a esta Egrégia Câmara em cumprimento ao acórdão de fls. 174/177.

Não houve oposição ao julgamento virtual, conforme certificado a fls. 183.

É o relatório.

De início, rejeito a preliminar de inépcia do recurso.

Isso porque, ao contrário do que afirma a requerida, a apelação interposta pelo autor não é cópia idêntica da inicial, tanto que suas razões questionam a fundamentação da sentença e salientam os detalhes das provas produzidas nos autos, bem como há pedido expresso de reforma do *decisum*.

No mais, observo que o recurso não merece provimento.

Com efeito, a cártula de fls. 08 demonstra a emissão de cheque pelo autor em favor do ex-marido da requerida e o comprovante de fls. 09 indica a transferência de valor para a conta bancária da própria requerida. Ocorre que o autor não logrou êxito em comprovar a *causa debendi* do título e tampouco o motivo do repasse da quantia à conta da requerida.

Acesso ao Sumário

Ressalta-se que nos autos há expressas declarações do autor de que os supostos empréstimos não foram formalizados (fls. 04 e 157).

Ademais, a requerida não nega o recebimento dos valores, porém afirma que tal fato se deu em virtude de relacionamento amoroso que mantinha com o autor.

Para corroborar essa alegação, a requerida juntou aos autos diversos *e-mails* a ela enviados pelo autor, cujo conteúdo evidencia que a relação estabelecida entre eles ultrapassava os limites do profissional (fls. 53/64). Além disso, no depoimento da testemunha L.M.S. (fls. 126) foi confirmada a existência de relacionamento íntimo entre a requerida e o autor.

Quanto às mensagens supracitadas, também não há prova do alegado envio de *e-mails* pela requerida a si mesma com a utilização do computador do autor, sendo dele a responsabilidade pela segurança de seus bens, dados e contas pessoais.

Assim, deve ser mantida a improcedência da ação, pois o autor não se desincumbiu do ônus de comprovar a realização dos empréstimos à requerida, destacando-se para tanto o genérico depoimento da testemunha K.C.K.F. (fls. 123), arrolada pelo autor, que sequer confirmou os valores em cobrança, como bem apontado pelo MM. Juiz sentenciante.

Portanto, cabia ao autor, nos termos do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973, demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, o que não ocorreu no caso em tela.

Nesse sentido, já decidiram esta 28ª Câmara e outras Câmaras de Direito Privado que compõem este Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a saber:

> **APELAÇÃO - COBRANÇA - INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS E MORAIS - Não comprovação do mútuo realizado - Emissão de cheques que, na realidade, contou com a exclusiva participação do esposo da autora - Não participação desta - Não demonstração dos fatos constitutivos do direito da autora, à luz do expresso no art. 333, I do CPC - Recurso desprovido. sic (Apelação nº 0016995-56.2012.8.26.0006 - 28ª Câmara de Direito Privado - Desembargador Relator MARIO CHIUVITE JUNIOR - j. 10/11/2015)**
>
> **Ação de cobrança. Contrato verbal de mútuo. R. sentença de improcedência. Apelo só da autora. Demandante que não se desincumbiu do ônus probatório, nos termos do art. 333, I do CPC. R. sentença mantida. Intelecção do art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal. Apelo da acionante improvido. sic (Apelação nº 0018799-68.2012.8.26.0003 - 27ª Câmara de Direito Privado - Desembargador Relator CAMPOS PETRONI - j. 12/04/2016)**
>
> **BEM MÓVEL - MÚTUO VERBAL - NÃO COMPROVAÇÃO DOS FATOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO DO AUTOR - ART. 333, INC. I, DO CPC - RÉU QUE REFUTA A CARACTERIZAÇÃO DE EMPRÉSTIMO E ALUDE PAGAMENTO POR SERVIÇOS PRESTADOS - VEROSSIMILHANÇA DA TESE DEFENSIVA - MÁ-FÉ DA AUTORA NÃO CARACTERIZADA - NÃO INCIDÊNCIA DA NORMA DO ART. 940 DO CC - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS - ELEVAÇÃO - PARCIAL PROCEDÊNCIA - FIXAÇÃO EM R$ 10.000,00 - RECURSO DA AUTORA IMPROVIDO E PARCIAL PROVIMENTO AO DO RÉU.**

Acesso ao Sumário

I- Não comprovando o autor o fato constitutivo de seu direito, de rigor a improcedência de seus pleitos; (...) sic (Apelação nº 1010997-60.2015.8.26.0564 - 31ª Câmara de Direito Privado - Desembargador Relator PAULO AYROSA - j. 17/05/2016)

Por fim, não restou evidenciada a alteração da verdade ou a ocorrência de deslealdade processual por parte do autor, de maneira a justificar a sua condenação como litigante de má-fé.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003606-89.2006.8.26.0272, da Comarca de Itapira, em que é apelante GERTRUDES APARECIDA DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados COMPANHIA DE SEGUROS DO ESTADO DE SAO PAULO - COSESP e BANCO SANTANDER BRASIL S/A.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 15534)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente sem voto), LINO MACHADO e CARLOS RUSSO.

São Paulo, 6 de julho de 2016.

MARIA LÚCIA PIZZOTTI, Relator

Ementa: APELAÇÃO - COBERTURA SECURITÁRIA - CONTRATO COLETIVO - DOENÇA - INCAPACIDADE LABORAL PERMAMENTE - ABRANGÊNCIA - INTERPRETAÇÃO - FUNÇÃO SOCIAL - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR PRECEDENTES.

- Ilícita a interpretação restritiva, cerceando a cobertura securitária, suficiente a prova do quadro incapacitante do exercício das relações autonômicas - ausente conceito contratual capaz de elidir tal cobertura (art. 757, do Código Civil) - precedentes;

- Tendo em vista que o banco era mero intermediário

Acesso ao Sumário

no contrato securitário, não tem qualquer responsabilidade pelo pagamento da indenização contratada.

RECURSO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 498/502, cujo relatório se adota, que julgou improcedente a demanda, condenando a autora ao pagamento das custas e despesas do processo, além dos honorários de sucumbência em favor do advogado do Banco Santander arbitrados em R$ 2.000,00. No tocante à denunciação da lide, extinguiu-se o processo, nos termos do art. 267, VI, do CPC, deixando de condenar a denunciante ou denunciada ao pagamento de honorários advocatícios, devendo apenas arcar com o pagamento das custas que incorreram.

Entendeu o magistrado ***a quo***, que deveria ser rejeitada a preliminar de prescrição, por entender que o prazo prescricional se inicia a partir do momento em que a autora tomou conhecimento da incapacidade permanente, salientando que o documento que atestava a sua incapacidade definitiva estava datado de 03/03/06, ao passo que a ação foi ajuizada em 18/07/06. No mérito, asseverou que a perícia realizada não havia constatado que a autora tenha ficado com incapacidade total permanente, mas sim, parcial, tendo se reabilitado, estando em condições clínicas já estabelecidas e estáveis. Observou que as sequelas apontadas pelo perito (instabilidade do joelho esquerdo e tornozelo direito, além de dor), não conferiam ao segurado direito à indenização.

Irresignada, a autora apelou.

Aduziu, em suma, que a sentença deveria ser reformada, ao argumento de que restou comprovada a incapacidade parcial e permanente para as atividades laborativas, estando inclusive aposentada por invalidez. Observou que as sequelas decorrentes do acidente havido era similar à anquilose parcial de um dos joelhos, fratura não consolidada da rótula e fratura não consolidada de um dos pés, pois também privava o movimento das articulações. Afirmou que não foi juntado pelo réu cópia da apólice firmada, razão pela qual deveria ser consideradas como condições do seguro são aquelas constantes na proposta de fls. 76.

Processado o recurso independentemente do recolhimento do preparo respectivo (autora beneficiária da justiça gratuita), foram apresentadas contrarrazões, tendo os autos vindo a este Tribunal.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Acesso ao Sumário

Isto porque, demonstrada a **incapacidade permanente** e **irreversível** para o labor, não há dúvidas da cobertura securitária. Salvo melhor juízo, o **trabalho** consiste em "***relações de conectividade com a vida***", trata-se de **direito social**, constitucionalmente positivado, cuja incapacidade merece idêntica cobertura àquela prevista para a hipótese de aquisição de ***estado vegetativo***.

No caso destes autos, a perícia apurou que "Há caracterização de incapacidade parcial e permanente para atividades laborativas que necessitam de longos períodos em pé e deambulação, porém pode ser 'em tese' ser adaptada em funções de menor complexidade de características sedentárias, adequadas para a sua faixa etária" (fl. 458); apurou, ainda, o **grau de invalidez** equivalente a **11,25%**, com respaldo na tabela da SUSEP (considerando 25% de perda do tornozelo direito e 25% do joelho esquerdo). A tabela da SUSEP constitui **parâmetro** não exclusivo para a fixação do ***quantum*** indenizatório.

A **atividade** exercida não pode ser ignorada, especialmente à luz do caso concreto. A autora (Gertrudes Aparecida de Souza) exercia a profissão de **empregada doméstica e faxineira**, reconhecida a **vedação** da continuidade deste labor em virtude das lesões experimentadas. Neste sentido, reiterados precedentes deste E. Tribunal de Justiça:

> "*Incapaz é aquele que não reúne as condições físicas e psíquicas para ocupar um lugar no mercado de trabalho, o que deve ser examinado subjetivamente em face das circunstâncias e condições pessoais do segurado" (Apelação com Revisão nº 990.10.076003-3, 26ª Câmara da Seção de Direito Privado, Relator Des. Carlos Alberto Garbi).*

Não é razoável supor que uma pessoa que já contava com **52 anos de idade na data do acidente**, faxineira, tenha sua atividade habitual impedida pelo sinistro, recebendo percentual idêntico àquele apto a se **readaptar** em outra atividade. A jurisprudência não ignora as hipóteses em destaque, reconhecendo que a **invalidez total** depende do cotejo das lesões com a "***realidade pessoal do segurado, levando-se em consideração a profissão por ele exercida***" (TJSP, Ap. 0006241-26.2010.8.26.0297).

Supor a exigência de **estado vegetativo** para permitir a cobertura securitária integral importaria em restrição contratual **extremamente desvantajosa** para o consumidor (art. 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor), impositiva a interpretação benéfica ao consumidor (art. 47, do CDC) e à **função social** do contrato - art. 421, do Código Civil de 2002.

Em suma, a **incapacidade laboral** reconhecida nos autos é suficiente para ensejar o reconhecimento da cobertura securitária. Para corroborar, transcrevo precedentes deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> *"AÇÃO DE COBRANÇA - SEGURO DE VIDA E ACIDENTES PESSOAIS - INVALIDEZ TOTAL E PERMANENTE. Exclusão do risco*

Acesso ao Sumário

- cláusula contratual expressa de não cobertura securitária para os casos de doença que ensejem a incapacidade exclusivamente laboral - inteligência dos arts. 757, caput, cc. 765, ambos do CC/2002 função social do contrato (art. 421, do CC/2002) - dever de lealdade e informação adequada (boa-fé objetiva: art. 422, do CC/2002) - exigência de invalidez funcional total e definitiva por doença que se mostra abusiva e viola a interpretação mais benéfica das cláusulas contratuais em favor do Segurado frente às normas de proteção ao consumidor - art. 47 cc. 51, IV cc. §1º, II, do CDC - restrição do risco à hipótese fática extraordinária e incomum - prevalência do interesse da parte hipossuficiente à época de conclusão do contrato securitário. RECURSO DA RÉ NÃO PROVIDO" (Apelação nº 0012083-65.2009.8.26.0541 Relatora Desembargadora BERENICE MARCONDES CESAR Julgado em 21/05/2013).

"SEGURO DE VIDA - FUNCIONAL – COBRANÇA - Cobertura para incapacidade funcional total e permanente por doença, entendida como impossibilidade do exercício de atividades para as quais o segurado tenha aptidão - Exigência de quadro incapacitante é irreversível para o pleno exercício das relações autonômicas - Inadmissibilidade - Afronta ao CDC - Recurso provido" (Apelação nº 0005048-39.2011.8.26.0297 Relator Desembargador MELO BUENO Julgado em 10/12/2012).

Daí porque, impõe-se a condenação **exclusivamente da denunciada** ao pagamento da indenização prevista para invalidez permanente (100% do capital segurado), nos termos da apólice firmada, cujo valor efetivamente devido, deverá ser apurado em sede de liquidação de sentença.

Imperioso ressaltar nesse particular, que tal obrigação exclusiva se impõe, vez que o banco era mero intermediário no contrato securitário, não tendo qualquer responsabilidade pelo pagamento da indenização contratada.

Nesta toada, inclusive, já decidiu este Tribunal:

Rejeita-se, desde logo, a alegação de legitimidade passiva da estipulante. Isso porque, o artigo 21, do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, estabelece que: "nos seguros facultativos o estipulante é mandatário dos segurados".

As atribuições do estipulante restringem-se a firmar o contrato com o segurador, efetuar o pagamento dos prêmios, servir de elo de ligação entre o grupo e o segurador, fiscalizar o cumprimento de todas as obrigações contraídas pelo grupo etc.

Desse modo, segundo reza expressamente o art. 801 do Código Civil1, os litígios que por ventura venham a surgir devem envolver os membros do grupo e o segurador. Não cabe ação contra o estipulante, que representa os interesses dos integrantes do grupo na formalização do contrato e implantação do seguro.

Não se pode vislumbrar na sua posição a representação do segurador

Acesso ao Sumário

junto aos membros do grupo.

(...)

Dessa forma, a responsabilidade do estipulante recai unicamente sobre o cumprimento das obrigações contratuais (firmar o contrato com o segurador, efetuar pagamento de prêmios, etc.), sendo mera intermediária no contrato securitário, portanto, parte ilegítima para figurar no pólo passivo da ação de cobrança de seguro de vida e acidentes pessoais, não podendo ser responsabilizada pelo pagamento de indenização pela ocorrência do sinistro.

(32ª Câmara de Direito Privado, Ap. 0009479-17.2008.8.26.0073, Rel. Des. Luis Fernando Nishi, j. 04/02/2016)

Assim, tendo em vista que a condição do banco de mero intermediário ficou consignada no documento de fls. 162, a condenação deverá ser paga exclusivamente pela seguradora.

Diante do exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso, para julgar **procedente** o pedido inicial, exclusivamente com relação à denunciada, ao pagamento da indenização prevista para invalidez permanente (100% do capital segurado), nos termos da apólice firmada, cujo valor efetivamente devido, deverá ser apurado em sede de liquidação de sentença.

Por força da sucumbência, a autora deverá arcar com o pagamento das custas e despesas processuais referentes à improcedência da demanda contra o Banco, além dos honorários advocatícios fixados em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais). Com relação à denunciada (COSESP), esta deverá suportar o pagamento das custas e despesas processuais suportadas pela autora, bem como, dos honorários advocatícios fixados em 15% do valor da causa.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1059463-22.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MAYSA ORTEGA PILLARES ME e é apelada ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.875)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente sem voto), BERENICE MARCONDES CESAR e CESAR LACERDA.

São Paulo, 19 de julho de 2016.
CELSO PIMENTEL, Relator

Ementa: Concessionária de energia elétrica responde pelo dano moral decorrente de injustificado corte no fornecimento.

VOTO

Autora apela da respeitável sentença de improcedência de demanda indenizatória ajuizada contra concessionária de energia elétrica. Insiste na pretensão e na ilicitude do corte no fornecimento. Argumenta com faturas sem valores e com tentativa de contato com a ré para proceder ao pagamento do débito, que efetuou.

Dispensava-se preparo e veio resposta.

É o relatório.

1. Ao contrário do que supõe, a autora é empresária individual, pessoa física (fl. 19), não pessoa jurídica, porque pessoa jurídica nasce com a inscrição de seu ato constitutivo no respectivo registro, soa elementar.

Sempre foi assim (Código Civil de 1916, art. 18, parágrafo único, e Código Civil de 2002, art. 45) e cadastro tributário, CPF ou CNPJ, qualquer que seja a sigla, não altera as regras nem a conclusão.[1]

Empresário, "aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços" (Código Civil de 2002, arts. 966 a 980), não se confunde com a sociedade empresária (idem, arts. 981 a 985).

Aliás, a equiparação de empresário individual a microempresa ou a

1 A propósito, precedente da Colenda 12ª Câmara do extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, relatado pelo eminente Juiz PALMA BISSON (Cf. Ap. 613.386-00/0, j. 30.11.2001), tratando da microempresa e reportando-se a outros arestos, lembra que, "como é de curial sabença, o comerciante individual, também conhecido como empresário individual ou firma individual, não é pessoa jurídica, mas sim, pessoa física que exerce o comércio (idem, AI 475.190, 5ª C., rel. J. PEREIRA CALÇAS, j. 20.11.96). Diz-se, por isso mesmo, que 'não há duplicidade de personalidade jurídica do empresário individual' (idem, Ap. c/ Rev. 568.953-00/9, 6ª C., rel. J. LINO MACHADO, j. 16.5.2000) e que 'não se confunde firma individual com sociedade' (idem, Ap. c/ Rev. 601.780-00/0, 10ª C., rel. J. NESTOR DUARTE, j. 17.4.2001)".

"A equiparação a que alude o Decreto nº 3.000/99 não tem o condão de convolar a pessoa natural em pessoa jurídica e funciona somente para efeito de imposto de renda", definiu a Colenda 29ª Câmara da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, complementando que o "empresário individual, que explora empresa individual, denominada por leigos como firma individual, é pessoa física e não jurídica. A pessoa jurídica decorre de um contrato ou ato constitutivo celebrado, no mínimo, por duas pessoas físicas ou jurídicas e adquire personalidade jurídica com o arquivamento de seu ato constitutivo no registro que lhe é peculiar" (Cf. AI 950.764-0-0, rel. Des. PEREIRA CALÇAS, j. 20.9.2006).

Esta Câmara também já se pronunciou em idêntico sentido e em mais de uma ocasião, assinalando que a inscrição em cadastro tributário federal é irrelevante para os fins civis (Cf. entre tantos outros, Ap. 1.029.965-0/6, j. 20.3.2007; AI 0524261-26.2010.8.26.0000, j. 15.2.2011, ambos deste relator).

Acesso ao Sumário

empresa de pequeno porte, estabelecida pela Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, que instituiu o "Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte", dá-se apenas para seus efeitos (art. 3º).

Exceto pelo que dispõe Lei 12.441, de 11 de julho de 2011, ao criar a empresa individual de responsabilidade limitada, a EIRELI, deu nova redação aos artigos 44, VI, e 1.003 e acrescentou o art. 980-A ao Código Civil de 2002, o microempresário de hoje, como a firma ou o comerciante individual do passado, é pessoa física, não pessoa jurídica, que não tem personalidade autônoma ou distinta daquele que lhe dá o nome no exercício da atividade comercial ou de prestação de serviço.

Além disso, o "empresário opera sob firma constituída por seu nome, completo ou abreviado, aditando- lhe, se quiser, designação mais precisa de sua pessoa ou do gênero de atividade" (Código Civil de 2002, art. 1.156).

2. Firmadas tais premissas, tem-se que é verdade que as contas com vencimento em agosto e em setembro de 2014 vieram com débito branco (fls. 39/40).

É verdade que a conta com vencimento em 7 de julho de 2014 no valor de R$ 68,23 foi paga em 31 de julho de 2014, conclusão a que se chega no cotejo de documentos e apesar da desídia da autora ao digitalizar comprovante sobre a data, impedindo a leitura (fl. 38 e 78 e 98/99).

É verdade, assim, que, apesar da ausência de data no aviso, agora imputável à ré (fl. 41), o corte no fornecimento ocorreu em 15 de setembro de 2014 (76), com base naquela conta que estava quitada bem antes, desde 31 de julho de 2014, e nas contas de R$ 57,55 (fl. 46) e de R$ 75,82 ou R$ 82,88, quitadas em 15 e em 25 de setembro de 2014 (fl. 47), tanto que a religação se deu em 16 de setembro de 2014 (fl. 42), as mesmas contas que estavam com os valores em branco (fls. 39/40).

Daí que, descartada a presunção de legitimidade de ato da concessionária, que não há, o imprudente corte reflete ilícito e lesa a honra da autora, o que se traduz em indenização moral.

Dano moral, porque moral, não se demonstra nem se comprova, afere-se segundo o senso comum do homem médio. Resulta por si mesmo da ação ou omissão culposa, *in re ipsa*, porque se traduz em dor física ou psicológica, em constrangimento, em sentimento de reprovação, em lesão e em ofensa ao conceito social.

O arbitramento há de considerar a real finalidade do reparo, a de amenizar a lesão, tanto quanto possível, e a de desestimular a prática.

No caso, levados em conta os fatores pertinentes e a pronta religação, indenização é fixada em cinco mil reais, com correção monetária desde a data deste acórdão e com juros de mora desde a citação.

Acesso ao Sumário

O pedido de condenação à reparação de dano material e ao pagamento de lucros cessantes revela-se inepto, à falta de descrição de uns e de outro. O de repetição de indébito é infundado.

3. Em suma, julga-se procedente em parte a demanda, com a condenação referida.

Diante da reciprocidade da decadência, cada ligante arcará com metade das custas e com honorários de sucumbência do respectivo advogado, ressalvados os efeitos da gratuidade (Lei 1.060/50, art. 12; Código de Processo Civil de 2015, art. 98, § 3º).

4. Pelas razões e para os fins expostos, dá- se parcial provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1009589-29.2014.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante/apelado GUSTAVO ALBERTO GIBELLI, são apelados/apelantes KIKKO E JACQUES DE MORAES ADVOGADOS ASSOCIADOS, MARCOS JACQUES DE MORAES, TÉMI COSTA CORRÊA, Apelados PAULA RAMOS MACIEL e JOÃO ANTONIO LOPES FERREIRA e Apelados/Apelantes ALEXANDRE KIKKO.

ACORDAM, em 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso do autor e negaram provimento daquele dos réus. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.993)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR e LUIS FERNANDO NISHI.

São Paulo, 21 de julho de 2016.

KIOITSI CHICUTA, Relator

Ementa: Mandato. Advogados contratados para ajuizar ação de exoneração de pensão alimentícia. Perda de prazo para apresentar contestação à reconvenção. Reconhecimento de revelia do autor reconvindo e procedência da reconvenção, com sua condenação ao pagamento de pensão vitalícia à ex-mulher. Ajuizamento pelo mandante de ação de reparação de danos contra o escritório e os advogados

Acesso ao Sumário

que o assistiram. Sentença de parcial procedência, com condenação dos réus na devolução dos valores pagos com a contratação a título de honorários. Causa de pedir fundada em ato de violação ao dever profissional e nas consequências danosas advindas, pleiteando-se a recomposição do patrimônio material e moral. Negligência. Inadimplemento absoluto. Devolução das quantias pagas. Indenização por perda de uma chance. Probabilidade de êxito não demonstrada a ensejar indenização material correspondente às custas e aos honorários do processo e daquele reproposto. Danos morais caracterizados pela não contestação da reconvenção e na falta de informação idônea e objetiva da falta profissional, fundados na frustração e abalo concernente ao princípio do direito que estabelece a necessidade de manifestação correta sobre os fatos. Ofensa a direito de personalidade. Montante arbitrado em R$ 15.000,00. Critérios utilizados de razoabilidade e proporcionalidade. Recurso do autor parcialmente provido, não provido o dos réus.

A pretensão inicial está fundada nas consequências danosas decorrentes da violação ao direito do cliente pela não contestação à reconvenção em ação de exoneração de pensão e que acarretou na condenação do autor reconvindo ao pagamento de alimentos à ex-mulher em caráter vitalício. A perda em si mesma é que caracteriza o dano, a partir de um fato antijurídico que interrompe a sequência normal dos acontecimentos, frustrando a oportunidade que a pessoa teria de obter um benefício, porém o dano material concernente às despesas e honorários no processo e decorrentes de custas e honorários contratuais com a nova ação interposta exigia do autor a comprovação da probabilidade de êxito, ônus do qual não se desincumbiu.

No caso, há demonstração da conduta não profissional dos advogados, quebrando o vínculo de confiança e respeito com o cliente, gerando não mero dissabor, mas sentimento de inconformismo que afeta o direito legítimo, fazendo jus, portanto, à indenização por danos morais, fixada por critério de razoabilidade e

Acesso ao Sumário

proporcionalidade em R$ 15.000,00.

Com relação à devolução das quantias pagas pela contratação dos serviços advocatícios, embora os advogados tenham ingressado com a ação de exoneração de pensão, foram extremamente negligentes, não tendo os serviços prestados valia para o autor, porquanto a condenação atribuída teve necessariamente respaldo nos fatos alegados na reconvenção não contestada e não na ação proposta, extinta sem resolução de mérito (carência superveniente). Decorre o direito ao ressarcimento do descumprimento do dever de contestar a reconvenção de forma específica, conforme princípio do direito, sendo caso de inadimplemento contratual absoluto.

VOTO

Trata-se de recurso interposto contra r. sentença de fls. 267/273 que julgou extinto o processo sem resolução do mérito em face de Paula Ramos Maciel e João Antônio Lopes Ferreira em razão da desistência e parcialmente procedentes os pedidos iniciais para condenar os requeridos a pagar solidariamente ao autor todos os valores recebidos como remuneração pelos serviços (R$ 15.968,40), com atualização desde os desembolsos e juros desde a citação, impondo sucumbência recíproca, com distribuição de 1/3 ao autor e 2/3 aos réus em relação às custas e compensação dos honorários.

Alega o autor que contratou os apelados para propor ação de exoneração de pensão alimentícia e, quando se fez necessária a intervenção dos apelados a se manifestarem sobre a reconvenção, o fizeram intempestivamente, sendo aplicada a pena de revelia e condenado ao pagamento de pensão vitalícia pela doença hereditária, gerando ônus por imperícia e negligência na condução do processo. Alega que foi ocultada a situação e confissão posterior da negligência, sendo que, à falta de efeito suspensivo, a pensão teve de ser paga imediatamente, sendo que recurso interposto pelos apelados era inócuo diante da revelia. Insurge-se quanto ao não reembolso das custas do processo e do recurso e honorários de sucumbência, eis que arcados pelo apelante diante da inércia e imperícia dos apelados. Pretende ainda a condenação em danos morais, pois a situação envolvia elevados valores e a falta de responsabilidade na condução do processo acarretou danos financeiros e também psicológicos. Afirma que a sentença deixa clara a responsabilidade dos apelados e o defeito grave. Aduz que, não havendo efeito suspensivo ao recurso e sem possibilidade de êxito pois não poderia produzir provas diante da revelia, a solução era a desistência do

Acesso ao Sumário

recurso e a propositura de nova ação, sendo os fundamentos da sentença na seara da conjectura, sem se basear em provas, não podendo ainda ser afirmado sobre a possibilidade de sucesso do recurso, questionando qual seria o sucesso diante da revelia. Invoca a teoria da perda de uma chance e a oportunidade perdida de conquistar vantagem e evitar prejuízo. Anota os artigos 186, 402, 927, 948 e 949, todos do CC. Requer a condenação dos réus nas custas do processo patrocinado de R$ 913,00, além das custas do recurso; honorários de sucumbência da parte contrária na exoneração, além das custas de R$ 1.342,00 e honorários de R$ 20.000,00 para a propositura de nova ação de exoneração, além de danos morais de R$ 104.256,00, bem como as custas e honorários sucumbenciais.

Em recurso adesivo os réus apontam a parcial procedência e anotam que, apesar de ser rejeitada a pretensão indenizatória ante o reconhecimento de ausência de nexo de causalidade, foi determinada a devolução dos valores de honorários contratuais, sendo R$ 10.000,00 para a promoção da demanda e R$ 5.968,40 para a interposição do recurso objeto de posterior desistência. Anotam que apesar da falha não se pode afirmar que não foi feito nenhum trabalho a justificar a devolução integral. Consignam o ajuizamento da exoneração e a interposição do recurso e não foi pago valor para o serviço adicional de defesa na reconvenção, não havendo contraprestação pelo serviço, sem gasto complementar, bem como a apelação foi interposta no prazo e o autor preferiu desistir do recurso, perdendo a chance de reverter o julgamento. Aduz que, ainda que hipoteticamente se entendesse que a defesa de reconvenção abrange a contratação, não pode ser descartado todo o serviço prestado, eis que toda matéria a ser usada como defesa da reconvenção foi apresentada na inicial e durante a instrução, não sendo absolutamente inútil o serviço, tanto que a sentença reconheceu a dificuldade de reputar inútil o serviço (indica fls. 269/270), entendendo alternativamente a devolução de metade do valor pago pela contratação inicial, com decaimento da quase totalidade do pedido inicial pelo autor, com aplicação da regra do art. 21 do CPC/73.

Processados os recursos com preparos e contrarrazões do autor, nas quais insiste no defeito do serviço prestado a ponto de ter que entrar com outra ação e insiste na gravidade da revelia e que arcou com custos do recurso porque não sabia da revelia e a desistência decorreu de consultas com profissionais por falta de alternativa.

Os autos restaram encaminhados a este C. Tribunal.

É o resumo do essencial.

Consta da sentença que o autor desistiu da ação em face de Paula Ramos e João Antonio, com concordância dos réus, com extinção do feito. Fundamenta que o autor faz jus à compensação pelo descumprimento do pacto celebrado com os requeridos, com devolução dos valores cobrados a título de honorários.

Acesso ao Sumário

Refere o resultado da demanda, com acolhimento do pedido deduzido em reconvenção, sendo que os advogados contratados pelo autor e a contestação à reconvenção intempestiva, falha não negada, sem escusa válida. Considerou que é séria a impropriedade e caracteriza inadimplemento do contrato, pois a medida é imprescindível, determinando a restituição dos honorários contratuais, mas consignou que a falha não tem o alcance pretendido pelo autor, eis que não há como dizer que o resultado derivou dessa falta, pois todas as questões envolvidas foram apreciadas, com avaliação das provas de ambas as partes, tendo no julgado a referência à revelia, mas discorrendo sobre as evidências apresentadas, com pressupostos para atendimento parcial da reconvenção. Considera que as razões do autor foram apreciadas por força do pedido de exoneração, tendo ainda desistido da apelação, pois a controvérsia seria reavaliada, a par da revelia, com chances de modificação. Conclui que não há culpa total pela condenação ao pagamento de prestação alimentar, mas também não isenta os réus diante da abstenção de prática processual essencial, com repercussão, sendo seu direito o de reaver os valores pagos, nos termos do art. 20, II, do CDC, não podendo reclamar recompensa por atividade inepta, mas afastou o pleito de perdas e danos, materiais e morais, sendo que a influência da revelia foi relativa, bem como optou pela desistência do recurso, sendo inaplicável a teoria da perda de uma chance, pois não delineado benefício futuro, sem direito as custas despendidas na ação e honorários da parte adversa ou gastos com a nova ação e por fim, sem lesão extrapatrimonial.

Devem ser separadas as pretensões. No caso do recurso do autor volta-se ao pleito de indenização material decorrente da perda de uma chance e ao pedido de indenização por danos morais.

Marcelo Benacchio, ao discorrer sobre a responsabilidade civil contratual, salienta que "a teleologia de uma norma jurídica de responsabilidade civil é a eleição de quais direitos violados, econômicos ou não, terão qualificação jurídica de dano, ou seja, quais são os interesses juridicamente tutelados e, mais que isso, a quem será transferido esse aspecto desfavorável (dano)".[1]

A ampliação dos danos ressarcíveis é atribuída não apenas à expansão das formas de dano, mas à ampliação do conceito de uma perda, como também do surgimento de novos danos, que se caracterizam pelo fracionamento de prejuízos já conhecidos para dar origem a novos, pela tendência de agrupar dentro de uma mesma categoria todos os prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais que causam um mesmo evento e o aumento de lista de direitos da personalidade que são susceptíveis de sofrer danos.

No caso, a perda em si mesma é que caracteriza o dano, a partir de um fato antijurídico que interrompe a sequencia normal dos acontecimentos,

Acesso ao Sumário

1 BENACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade civil contratual*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 90.

frustrando a oportunidade que a pessoa teria de obter um benefício. Conforme ensinamentos de Fernando Noronha, "parte-se de uma situação real, em que havia a possibilidade de fazer algo para obter uma vantagem, ou para evitar um prejuízo, isto é, parte-se de uma situação em que existia uma chance real, que foi frustrada."[2]

Para Silvio de Salvo Venosa, "a probabilidade de perda de uma oportunidade não pode ser considerada em abstrato"[3]. Antonio Jeová Santos aponta no mesmo sentido, de que a chance configura um dano atual, não hipotético. É ressarcível quando implica uma probabilidade suficiente de benefício econômico que resulta frustrado pelo responsável.[4]

Segundo Peteffi da Silva: "...não é qualquer possibilidade perdida que obrigará o ofensor a ressarcir o dano. Nem todos os casos de perda de chance serão indenizáveis. Isto porque, a chance para poder ser indenizada deverá ser considerada séria e real. Simples esperanças aleatórias não são passíveis de indenização."[5]

Com efeito, resta comprovado que os advogados foram contratados para ingressar com a ação de exoneração de alimentos, o que ocorreu, sendo a mesma extinta por perda de objeto (limitação temporal da obrigação de pagar alimentos que se escoou), porém deixaram de apresentar contestação à reconvenção e na qual a ré reconvinte pediu fixação de alimentos em continuação e em caráter vitalício, sendo esta a motivação para a ação de indenização aqui tratada.

O fato que implicou na condenação à nova obrigação de prestar alimentos foi a alegada enfermidade e dificuldade para exercício de atividade profissional da ex-mulher, bem como o autor defendia, por meio da demanda de exoneração, que a alimentanda tinha condições de sustento. Sua tese de defesa para a reconvenção não foi apreciada diante da não contestação.

Como posto, a ação de exoneração foi extinta por perda do objeto, não havendo análise de mérito, eis que considerada a finalização do prazo do acordo de alimentos ocorrida em 10.07.2012. Passou-se, então, à apreciação da reconvenção, inclusive consignando sua autonomia. Constou que a pensão é devida no caso de não possuir a alimentanda meios próprios de sustento, anotando-se a presunção da enfermidade da ré e o fato de terem sido fixados alimentos por certo tempo a presumir que o estado de saúde da reconvinte já era precário e que, pelo visto, se agravou, havendo referência à documentação dos autos que corrobora o diagnóstico de nefropatia grave, feita citação de

Acesso ao Sumário

2 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 696.

3 3 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*: responsabilidade civil. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007. Vol. 4, p. 1.

4 SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 3 ed. São Paulo: Método, 2001, p. 11.

5 5 SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

laudo emitido pela Secretaria da Receita Federal, anotando-se que não há prova capaz de afastar tais conclusões, referindo ainda o atestado médico de nefrologista, que prescreveu exames e medicamentos, além de tratamentos com outros profissionais e encerramento da atividade profissional, invocando a documentação relativa às condições econômicas do autor. Também se confrontou a manifestação do reconvindo sobre a afirmação de ser a doença genética, hereditária e crônica, consignando a admissão do mal instalado, bem como se dispensou argumentos para a alegação do tempo de casamento, com conclusão de presunção de veracidade acerca da impossibilidade de a mulher prover o próprio sustento, fixando a pensão mensal em valor correspondente a 12 salários mínimos vigentes e pagamento de convênio médico enquanto perdurar a situação (fls. 22/31).

É certo que a revelia decorre da não apresentação de contestação, cabendo observar que foram consideradas provas dos autos, sendo que não incidem os efeitos sobre o direito da parte. O objeto da prova, no caso, era o direito da ex-mulher aos alimentos, por motivo de doença e de impossibilidade de sustento, sendo que foi sopesada sua natureza, a necessidade e a possibilidade do alimentante.

Nesses termos, como posto na sentença, houve sim erro grave dos advogados, mas não se pode enquadrar o erro como causa de indenizar por perda de uma chance ou por danos materiais cujo nexo causal não está diretamente atrelado por causa adequada. Houve entendimento judicial quanto à doença, ressaltado o agravamento pela situação de três abortamentos e do final do casamento. São elementos que permitiram o julgamento favorável à ré.

Embora a certeza de outro julgamento não precise ser absoluta, também não pode ser fundada em dados hipotéticos. Trata-se do grau de probabilidade que deverá ser analisado pelo juiz. Neste ponto é que se infere sobre a probabilidade de reversão do julgado de procedência que foi proferido. O autor limitou-se a apontar a perda do prazo, considerando, nesse aspecto, como sendo este o dano final. Entretanto, não demonstrou por meio de outros precedentes ou mesmo trouxe respaldo legal que concluísse pela probabilidade de êxito na demanda. Diante desses fatores, não sendo aferível uma possibilidade séria de obtenção de julgamento diverso, a indenização referente aos prejuízos decorrentes de custas e honorários sucumbenciais decorrentes da reconvenção, bem como custas e honorários contratuais referentes à nova ação proposta não podem ser impostas aos réus, pois a chance substancial de vantagem representa simples exercício de especulação. Sendo assim, a mera possibilidade não enseja o direito à indenização por despesas desembolsadas.

Mas, há necessidade de se compensar a aflição, o transtorno provocado pelas condutas do escritório e de seus advogados, com manifesto desrespeito a ensejar a reparação moral. Embora desnecessária a prova de prejuízo que se

Acesso ao Sumário

opera pelo simples ato de violação, está fora de dúvida a frustração do autor. A falha do serviço é causa de sofrimento para a cliente, que confiou no advogado e que sofre ao ver frustrada sua possibilidade de concretizar o direito legítimo ou mesmo de ver apreciados judicialmente seus direitos. Em outras palavras, a falha na prestação do serviço conferiu sofrimento e frustração da possibilidade de concretizar direito legítimo, diante do princípio no direito que estabelece a necessidade de o réu se manifestar precisamente sobre os fatos narrados.

O autor depositou total confiança nos advogados, acreditando que seria diligentemente assistido, vendo frustradas suas expectativas. Cabem parênteses para consignar que o dever de contestar a reconvenção não dependia de nova contratação sendo obviamente decorrente da própria ação ajuizada, para a qual foram contratados.

Os subsídios constantes nos autos revelam a personalidade e a conduta inadequada, quebrando o vínculo de confiança que deve existir com o cliente, omitindo por muito tempo a realidade fática do processo, gerando, em consequência, não mero dissabor, mas sentimento de inconformismo que afeta o direito de personalidade do autor.

Quanto ao valor da indenização, se leva em conta as peculiaridades do caso e as condições socioeconômicas das partes, sem que ocorra enriquecimento ilícito. Atento à proporcionalidade e razoabilidade, o juiz deve se orientar pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, valendo-se de regras da experiência e do bom senso. Desse modo, a indenização é arbitrada em R$ 15.000,00 (quinze mil reais), o que se mostra condizente com a situação posta, com atualização monetária da data da publicação da sentença e juros de mora desde a citação.

Em relação ao recurso adesivo, não é possível concluir pelo aproveitamento dos serviços prestados. Trata-se de defeito grave, a ensejar devolução da quantia paga, pois irreversível, eis que o objeto da prova é precisado com a contestação (art. 302, CPC/73) e esse ônus tem suas consequências, pois o fato não impugnado é dispensado de prova. No caso, ainda que a prova tenha sido analisada e mesmo que observada a negação dos fatos em sentença, não se pode considerar a análise global do juízo como excludente do dever do mandatário na defesa do cliente. E, não se trata de contradição conferir o direito à devolução da quantia paga e afastar o pleito de indenização material. São consequências distintas. A primeira decorre do inadimplemento contratual, do defeito e a segunda dependia de prova de êxito na demanda, o que não se configurou. Sendo o dever intrínseco da atividade e de graves consequências para a parte, não é possível falar em adimplemento parcial. O art. 334, IV, do CPC/73 traz o raciocínio da presunção legal de veracidade e, nestes moldes, ainda que não interposto o recurso de apelação por vontade da parte, não se pode dizer que a presunção não tenha alguma incidência no fato concreto, tampouco é possível

Acesso ao Sumário

a valoração subjetiva em relação ao julgamento. O inadimplemento rompeu a confiança nos advogados. Inclusive, o *e-mail* acerca do valor dos honorários para fins de recurso (fl. 44/45 - 12.07.2013) antecedeu aquele no qual se confessou a extemporaneidade da contestação, quando instados os advogados sobre a revelia (fl. 39 - 15.07.2013). Não se podia exigir do autor o prosseguimento, tanto porque o próprio advogado comunicou que a pensão seria devida imediatamente e com efeito retroativo e, como anotou o autor, foi orientado por outros profissionais a desistir e repropor a ação de exoneração. Há lógica na previsão da parte, não de podendo conferir pagamento por tal serviço.

Em suma, acolhe-se o pleito do autor de indenização moral, nos moldes epigrafados, não acolhido o pedido de indenização material referente aos custos processuais, bem como o pedido constante do recurso adesivo não merece provimento. A distribuição da sucumbência é considerada recíproca, pois o autor sucumbiu em um dos três pedidos, mantendo-se a fixação posta na sentença.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso dos réus, provido em parte o do autor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0048175-91.2011.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante/apelado SANTANDER SEGUROS S/A, é apelado/apelante ADAIL GNECCO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso da ré, prejudicado o da autora. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15772)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MILTON CARVALHO (Presidente), JAYME QUEIROZ LOPES e ARANTES THEODORO.

São Paulo, 21 de julho de 2016.

MILTON CARVALHO, Relator

Ementa: SEGURO DE VIDA EM GRUPO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR INVALIDEZ PERMANENTE E TOTAL POR DOENÇA. Incapacidade laboral que não se confunde com a incapacidade para a existência independente,

Acesso ao Sumário

prevista como risco coberto no contrato de seguro de que a autora é titular e beneficiária. Quadro clínico da autora que não se insere nas hipóteses de riscos assumidos pela seguradora. Indenização que não é devida. Inteligência do art. 757 do CC. Recurso da ré provido, prejudicado o da autora.

VOTO

Trata-se de pedido de cobrança de indenização securitária, cumulado com indenização por danos morais, julgados parcialmente procedentes pela respeitável sentença de fls. 328/329vº, cujo relatório se adota, para o fim de condenar a ré a pagar à autora a quantia de R$21.840,00, corrigida monetariamente desde o ajuizamento da ação e acrescida de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação, bem como de ratear entre as partes as custas processuais e determinar que cada uma delas arque com os honorários de seu patrono, embora reconhecida a suspensão da exigibilidade das verbas sucumbenciais com relação à autora, por ser beneficiária da justiça gratuita.

Inconformadas, apelam as partes.

A ré, aduzindo que a apólice de seguro da qual a autora é beneficiária somente prevê cobertura para invalidez funcional permanente total por doença, bem como que é licita a limitação contratual do segurador quanto aos riscos assumidos, de modo que a autora não tem direito à indenização securitária pleiteada (fls. 333/340).

E ***a autora***, adesivamente, sustentando que a recusa da ré em pagar a indenização securitária configurou ofensa à sua dignidade enquanto pessoa humana, não se tratando, pois, de mero aborrecimento, bem como que a ré deve ser condenada ao pagamento de honorários advocatícios (fls. 349/358).

Houve respostas (fls. 360/366 e 370/376).

É o essencial a ser relatado.

O apelo da ré é de ser provido, prejudicado o da autora.

Inicialmente devem ser afastadas as preliminares arguidas pelas partes em suas contrarrazões recursais.

Com efeito, o recurso da ré atende aos requisitos do artigo 514 do Código de Processo Civil de 1973, vigente ao tempo de sua interposição, pois a recorrente argumenta que a sentença se pautou em premissa equivocada ao reconhecer que a autora tem direito ao recebimento do capital segurado apenas por apresentar quadro de incapacidade laborativa, a evidenciar que a decisão foi adequadamente impugnada. Não há que se falar, pois, em inépcia recursal.

Ademais, como leciona **JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA**, ***Não***

Acesso ao Sumário

é requisito de admissibilidade do recurso adesivo a existência de vínculo substancial entre a matéria nele discutida e a suscitada no recurso principal. *Pouco importa que se trate, num e outro, de capítulos perfeitamente distintos da sentença: por exemplo, do relativo ao pedido originário e do atinente à reconvenção. A "sucumbência recíproca" há de caracterizar-se à luz do teor do julgamento considerado* em seu conjunto; *não exclui a incidência do art. 500 o fato de haver cada uma das partes obtido vitória* total *neste ou naquele capítulo. Interpretação diversa contraria a* ratio legis *e reduz a eficácia prática do mecanismo legal* (***Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 317**) (realces não originais).

De fato, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se consolidou no sentido de que: ***A matéria objeto do recurso adesivo não precisa guardar correlação temática com a do principal. Precedentes.*** (*REsp 591.691/BA, 19.08.2004, DJ 01.02.2005 p. 495; REsp 324.032/RJ, julgado em 24.09.2002, DJ 09.12.2002 p. 347; REsp 332.826/MG, julgado em 07.02.2002, DJ 08.04.2002 p. 223; REsp 203.874/SC, julgado em 16.02.2001, DJ 09.04.2001 p. 353; REsp 235.156/RS, julgado em 02.12.1999, DJ 14.02.2000 p. 43*) (**STJ, REsp 1.033.844/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 28/04/2009**) (realces não originais).

Assim, na medida em que houve sucumbência recíproca das partes, já que dentre as pretensões formuladas na petição inicial apenas aquela de cobrança foi acolhida pela sentença, a autora tem interesse processual para perseguir a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais e ao pagamento de honorários advocatícios em favor de sua patrona.

Superadas as preliminares, passa-se à análise do mérito.

A autora ajuizou a demanda alegando ser segurada em seguro de vida contratado junto à ré e que faz jus ao recebimento da indenização securitária por invalidez funcional permanente total por doença, uma vez que no ano de 1989 foi aposentada por invalidez pelo INSS. Esclareceu que apesar de ter requerido administrativamente o pagamento da indenização a ré não se pronunciou, praticando conduta abusiva ao solicitar novos documentos, já que a concessão de aposentadoria por invalidez era suficiente a comprovar seu quadro clínico, o que gerou para ela danos morais. Requereu, assim, a condenação da ré ao pagamento do capital segurado e de indenização por danos morais no valor de R$7.000,00.

Apenas a pretensão de cobrança foi acolhida, mas, respeitada a convicção externada na sentença, a causa comporta solução diversa.

O contrato de seguro de vida em grupo de que a autora é titular (Vida Proteção Exclusiva) prevê cobertura para morte natural ou acidental, invalidez permanente total ou parcial por acidente e invalidez funcional permanente total

Acesso ao Sumário

por doença (fls. 26 e 35/36).

De acordo com Circular Susep 302/2005, que estabelece regras que devem ser observadas pelo referido seguro de vida em grupo, invalidez permanente e total por doença é aquela *que cause a perda da existência independente do segurado*, a qual se caracteriza *pela ocorrência de quadro clínico incapacitante que inviabilize de forma irreversível o pleno exercício das relações autonômicas do segurado* (artigo 17, fls. 77).

Todavia, apurou-se que a autora não ostenta quadro de invalidez funcional total e permanente por doença.

Com efeito, o perito subscritor do laudo técnico de fls. 297/309 observou que a autora, embora apresente doença irreversível que lhe torna incapaz para o trabalho, não depende do auxílio de terceiros para a prática de atividades cotidianas e concluiu pela inexistência de invalidez funcional permanente e total por doença.

O *expert* esclareceu que, segundo instrumento de avaliação de invalidez funcional - IAIF, consistente em tabela de relações existenciais, condições médicas e estruturais e de estados, há invalidez funcional total - caracterizada pela perda da condição autonômica - quando o examinado apresenta pontuação igual ou superior a 60, e que a pontuação da autora foi de apenas 26 (fls. 307).

Neste cenário, ainda que o INSS tenha concedido aposentadoria por invalidez à autora - o que, destaca-se, não vincula o julgamento deste processo -, é inviável o acolhimento da pretensão indenizatória formulada.

Isso porque, por força do disposto no artigo 757 do Código Civil, o segurador se obriga a garantir interesse legítimo do segurado *contra riscos predeterminados*, de modo que não seria possível impor à ré a obrigação de indenizar risco não coberto pelo contrato.

A respeito desse dispositivo legal **CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY** leciona que:

> *Na base do ajuste está a cobertura de um risco que, porém, deve ser predeterminado, vale dizer, previamente estipulado pelas partes, posto se admita aí a incluído o quanto despendido pelo segurado para evitar o sinistro ou minorar suas consequências (VENOSA, Sílvio de Salvo.* Direito civil, *3. Ed.. São Paulo, Atlas, 2003, v. III, p. 383). Trata-se do risco de que sobrevenha um evento futuro e incerto, ou de data incerta, não adstrito à vontade exclusiva de uma das partes, chamado, quando ocorre, de sinistro, que tenha sido previsto e que cause lesão a interesse do segurado, assim operando-se sua garantia, pelo segurador, mediante a entrega, àquele, de um capital previamente limitado.*
>
> *(...)*
>
> *A rigor, todavia, ressalve-se que, no ajuste de seguro, se pressupõe uma*

Acesso ao Sumário

relação mais ampla de mutualismo, em que há um universo de pessoas que, mediante o pagamento do prêmio, compõem um fundo gerido pelo administrador, que calcula a probabilidade dos eventos cobertos para quantificar a soma a ser paga pelos segurados ***(In Código Civil comentado*, 10ª ed., Barueri, Manole, 2016, p. 744).**

Por isso é que, ainda que em virtude de seu quadro clínico a autora se encontre permanentemente incapaz para o trabalho, não é possível considerar nula ou abusiva a cláusula restritiva de cobertura, tampouco interpretá-la de forma favorável à segurada, pois isso significaria alterar os termos do contrato de seguro, o que não é admitido pela legislação que o regulamenta.

Em casos análogos assim vem se posicionando esta Corte:

AÇÃO DE COBRANÇA SEGURO DE VIDA EM GRUPO - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA INVALIDEZ FUNCIONAL PERMANENTE TOTAL - SITUAÇÃO QUE NÃO SE AMOLDA À HIPÓTESE PREVISTA NO CONTRATO - RESPONSABILIDADE DO SEGURADOR LIMITADA AOS DANOS ORIUNDOS DE RISCO EXPRESSAMENTE ASSUMIDO - IMPROCEDÊNCIA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. **(TJSP, Apelação nº 0020607-35.2008.8.26.0590, 31ª Câmara de Direito Privado, Rel. Francisco Casconi, j. 25/03/2014)** (realces não originais)

SEGURO DE VIDA E DE ACIDENTES PESSOAIS EM GRUPO - COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO - INVALIDEZ PARCIAL E PERMANENTE PARA O EXERCÍCIO DE ATIVIDADE LABORAL, QUE NÃO INVIABILIZA A EXISTÊNCIA INDEPENDENTE DO SEGURADO - RISCO NÃO ASSUMIDO PELA SEGURADORA - INDENIZAÇÃO INDEVIDA - SENTENÇA MANTIDA - APELO DO AUTOR IMPROVIDO. *O contrato de seguro não admite interpretação extensiva ou analógica, ou seja, se a apólice limitou ou particularizou os riscos do seguro, o segurador não responderá por outros.* **(TJSP, Apelação nº 0014312-61.2011.8.26.0562, 35ª Câmara de Direito Privado, Rel. Mendes Gomes, j. 02/09/2013)** (realces não originais)

E no mesmo sentido já decidiu esta Colenda Câmara: ***Apelação nº 0009455-34.2013.8.26.0066, 36ª Câmara de Direito Privado, Rel. Jayme Queiroz Lopes, j. 25/06/2015; Apelação nº 0007435-41.2011.8.26.0066, 36ª Câmara de Direito Privado, Rel. Pedro Baccarat, j. 14/05/2015; Apelação nº 0009163-41.2009.8.26.0114, 36ª Câmara de Direito Privado, Rel. Walter Cesar Exner, j. 26/03/2015; Apelação nº 0004170-45.2010.8.26.0396, 36ª Câmara de Direito Privado, Rel. Arantes Theodoro, j. 20/02/2014.***

Destarte, porque a apelante não apresenta invalidez que lhe acarretou a perda da existência independente, ela não tem direito ao recebimento do capital

Acesso ao Sumário

segurado, pois não configurada hipótese de cobertura prevista no contrato de seguro.

Diante disto, não sendo devida a indenização securitária, não há que se falar na prática de conduta abusiva por parte da ré em razão de ela ter solicitado documentos e exames para a liquidação do sinistro e de não ter efetuado administrativamente o pagamento do capital segurado.

Está, pois, prejudicada a apreciação do inconformismo manifestado no recurso adesivo, tendo em vista que, diante do acolhimento do apelo da ré, caberá à autora arcar com o pagamento integral das custas processuais e dos honorários advocatícios, ora arbitrados em 10% sobre o valor atribuído à causa, embora suspensa a exigibilidade das verbas sucumbenciais, por se tratar de parte beneficiária da gratuidade processual.

Por tais fundamentos, ***dá-se provimento*** ao recurso da ré, para julgar improcedente a demanda, e ***julga-se prejudicado*** o da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1049676-69.2015.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ALBENI SANTOS DA SILVA, é apelado ITAÚ UNIBANCO S/A.

ACORDAM, em 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n.º 9725)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO PAZINE NETO (Presidente) e SERGIO GOMES.

São Paulo, 26 de julho de 2016.

PEDRO KODAMA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação. Ação de indenização por danos morais e materiais. Responsabilidade civil em relação bancária. Roubo em caixa eletrônico instalado fora das dependências da instituição bancária. Ausência de responsabilidade do réu. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de fls.

163/166, cujo relatório adoto em complemento, que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação de indenização por danos morais e materiais, proposta por Albeni Santos da Silva contra Itaú Unibanco S/A. Sucumbente, o autor foi condenado ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o valor atribuído à causa, observada a gratuidade processual.

Inconformado, apela o autor alegando que os fatos descritos na inicial estão devidamente comprovados pelo conjunto probatório colacionado aos autos, ressaltando-se que o evento ocorreu no momento em que utilizava o terminal eletrônico do banco requerido. Aduz que experimentou sentimentos negativos de dor, angústia e medo que lhe causaram transtornos e traumas psicológicos impossíveis de serem mensurados precisamente. Ressalta que a segurança dos clientes/usuários é de responsabilidade objetiva do banco réu, sendo este o entendimento pacífico da jurisprudência ao considerar para tanto os riscos do negócio. Invoca a aplicação da Súmula 479 do STJ. Alega que é incontroversa a fragilidade dos meios de seguranças disponibilizados pelo banco requerido, que foram incapazes de impedir a ação fraudulenta e criminosa. Destaca que a fraude perpetrada pelo terceiro/criminoso visa como vítima exclusivamente o banco, não o correntista, sendo os dispositivos de segurança e o cliente apenas o meio para a consecução do fim delituoso, tornando inequívoco o risco da atividade lucrativa empreendida cuja responsabilidade pelo dano é objetiva, conforme expressa previsão legal. Enfatiza ser inexistente a excludente de responsabilidade civil do banco/réu, que para se exonerar da sua responsabilidade objetiva deve comprovar a culpa exclusiva do autor no evento danoso, o que não ocorreu no caso. Acrescenta que o evento narrado lhe causou sérios transtornos, sentimentos negativos, dores, desprestígios, impotência, eminente risco de morte, interrompendo-lhe o equilíbrio psíquico estando abalado até os dias atuais. Requer a aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor e a inversão do ônus da prova. Ressalta que os juros moratórios devem ser aplicados a partir do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ e que o réu deve ser condenado ao pagamento dos ônus sucumbenciais. Pugna pelo o provimento do recurso para que os pedidos iniciais sejam julgados procedentes, assegurando-se justa indenização pelos danos morais sofridos em decorrência do evento descrito na inicial (fls. 168/182).

Recurso tempestivo e sem preparo, anotada a gratuidade concedida ao apelante (fls. 31).

O apelado apresentou contrarrazões, requerendo a manutenção da sentença (fls. 185/189).

É o relatório.

Versa o feito sobre pedido de indenização por danos morais e materiais,

Acesso ao Sumário

proposta por Albeni Santos da Silva contra Itaú Unibanco S/A, julgada improcedente.

A decisão recorrida foi publicada no DJe de 02.05.2016 (fls. 167), na vigência do novo Código de Processo Civil, de modo que o recurso deve ser analisado pelos parâmetros nele previstos. O enunciado nº 3, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, destaca:

> *Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.*

O autor alega na inicial, em síntese, que em 03.02.2015 se dirigiu a agência do banco réu localizada na Avenida Nossa Senhora do Sabará, 900, dentro do Extra Hipermercado, para efetivar um saque de valores de sua conta bancária no caixa eletrônico. No local, foi rendido por dois indivíduos desconhecidos e armados com arma de fogo que anunciaram o assalto. Neste momento, sob grave ameaça, foi obrigado a entregar seu cartão e senha pessoal, tendo os meliantes sacado o total de R$ 1.300,00 de sua conta corrente, empreendendo, em seguida, fuga para local incerto e não sabido. Requer a procedência dos pedidos iniciais para que o réu seja condenado ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.

A r. sentença apelada deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Cabe, contudo, acrescentar ao *decisum* algumas considerações.

Verifica-se que o autor não demonstrou o fato constitutivo de seu direito, ônus que lhe cabia nos termos do previsto no artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil/2015.

O ilustre doutrinador Vicente Greco ensina:

> "*O autor, na inicial, afirma certos fatos porque deles pretende determinada consequência de direito; esses são os fatos constitutivos que lhe incumbe provar sob pena de perder a demanda. A dúvida ou insuficiência de prova quanto a fato constitutivo milita contra o autor. O juiz julgará o pedido improcedente se o autor não provar suficientemente o fato constitutivo de seu direito.*" (*in* Direito Processual Civil Brasileiro, 2º vol., 14ª ed., pág. 189).

Não há falar em inversão do ônus da prova por falta do requisito da verossimilhança das alegações do autor. A inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor não é automática e necessita da análise de seus requisitos, que não estão presentes no caso. Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> "*... A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA FICA A CRITÉRIO DO JUIZ, CONFORME APRECIAÇÃO DOS ASPECTOS DE VEROSSIMILHANÇA*

Acesso ao Sumário

DA ALEGAÇÃO DO CONSUMIDOR E DE SUA HIPOSSUFICIÊNCIA, CONCEITOS INTRINSECAMENTE LIGADOS AO CONJUNTO FÁTICOPROBATÓRIO DOS AUTOS DELINEADO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, CUJO REEXAME É VEDADO EM SEDE ESPECIAL PELO ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ". (AgRg no Ag 967.393/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 10/09/2010)

Não se verifica a responsabilidade do banco pelo evento narrado. Isso porque a prova dos autos revela que os fatos se deram em endereço em que não havia agência bancária do réu, ou seja, ocorreram em um caixa eletrônico localizado nas dependências de uma loja do Extra, conforme se depreende do depoimento pessoal do autor (fls. 154):

"*Que o depoente já havia utilizado o caixa eletrônico onde ocorreram os fatos. Na época, era um caixa eletrônico do próprio banco Itaú, sendo que hoje é um caixa 24 horas. Ao lado do caixa eletrônico existe uma lotérica e o depoente pretendia pagar uma conta de água no local*".

Ressalte-se que o apelado não pode ser responsabilizado pelos fatos que acontecerem fora de suas dependências, como caixas eletrônicos instalados em outros estabelecimentos comerciais. Não existe falha na prestação dos serviços quando o evento lesivo se dá externamente às suas dependências.

Nesse sentido, confira-se:

"*RESPONSABILIDADE CIVIL. Danos morais. Roubo a caixas eletrônicos em campus universitário durante a madrugada. Vigia da universidade vítima dos criminosos fora das dependências de agências bancárias. Ausência de responsabilidade das instituições financeiras. Risco, ademais, inerente à atividade profissional do autor. Ação improcedente. Sentença correta. Inexistência de cerceamento de provas. Apelação não provida.*" (Apelação nº 0005975-79.2010.8.26.0510, Relator(a): GUILHERME SANTINI TEODORO; Comarca: Rio Claro; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 05/08/2014)

"*INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Vigilante de universidade que foi vítima de assalto a caixas eletrônicos do campus. Ausência de falha na prestação do serviço. Sinistro ocorrido fora das dependências das instituições financeiras. Impossibilidade de equiparação a consumidor. Evento danoso que não pode ser imputado ao banco mantenedor do caixa eletrônico. Ausência de ato ilícito. Caso fortuito. Recurso desprovido.*" (Apelação nº 0005974-94.2010.8.26.0510, Relator(a): MILTON CARVALHO; Comarca: Rio Claro; Órgão julgador: 13ª Câmara Extraordinária de Direito Privado; Data do julgamento: 01/07/2015)

Além disso, ressalte-se que o próprio roubo não restou comprovado de

Acesso ao Sumário

forma inequívoca, tendo tão somente produzido de forma unilateral o boletim de ocorrências de fls. 22/24. A alegação do autor de que foram sacados R$ 1.300,00 de sua conta também não encontrou respaldo na prova dos autos, conforme se verifica do extrato juntado a fls.58.

Nesse sentido, bem destacou a MMª. Juíza *a quo* (fls. 165/166):

"*Mas não é só. Ao cabo da instrução processual, a parte Autora não demonstrou a ocorrência do roubo, sendo certo que o único elemento trazido aos autos é o Boletim de Ocorrência elaborado unilateralmente e com relação ao qual não há notícia de instauração de inquérito policial.*

Ademais, além de inexistentes testemunhas ou outros aspectos comprobatórios do ilícito, tem-se que, de fato, houve contradições do Autor no que se refere à dinâmica do alegado crime e quanto ao próprio valor supostamente subtraído, destacando-se, a propósito, que um dos saques mencionados por ocasião do depoimento pessoal, no valor de R$50,00, foi realizado em data anterior.

Assim sendo, porque absolutamente frágeis as alegações, têm-se os fatos alegados por não demonstrados, já que, por evidente, não se exige do Réu a prova de fato impossível, tal seja a própria inexistência do roubo."

Destarte, o recurso de apelação deve ser desprovido, mantendo-se a r. sentença apelada pelos seus próprios fundamentos e pelos ora acrescentados.

Cabível a majoração dos honorários advocatícios sucumbenciais, nos termos do art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, diante do trabalho adicional realizado em grau recursal:

"*O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento*".

Os honorários advocatícios foram arbitrados na r. sentença em 15% sobre o valor atribuído à causa (R$ 10.000,00 - fls. 12). Diante do trabalho adicional realizado em grau de recurso pelo apelado, que ofertou contrarrazões (fls. 185/189), elevo os honorários para 20% sobre o valor da causa, observada a gratuidade concedida ao autor (fls. 31).

Por fim, já é entendimento pacífico o de que não está obrigado o julgador a citar todos os artigos de lei e da Constituição Federal para fins de prequestionamento. Assim, ficam consideradas prequestionadas toda a matéria e disposições legais discutidas pelas partes.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0023739-45.2013.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante WALDIR RODRIGUES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado COSESP COMPANHIA DE SEGUROS DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.207)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente sem voto), CARLOS RUSSO e MARCOS RAMOS.

São Paulo, 27 de julho de 2016.

LINO MACHADO, Relator

Ementa: Apelação - Seguro. O longo tempo de vigência e cumprimento do contrato infundiu no segurado a confiança de que a seguradora o cumprisse até o evento certo estipulado para obtenção do seguro: a morte do segurado; o exercício do direito de resilir o contrato veio em contraposição às expectativas do segurado, e, diante da boa-fé em conformidade com a qual os negócios jurídicos devem ser interpretados, caracterizou abuso de direito, suscetível de indenização como ato ilícito. Apelação provida.

VOTO

Vistos.

A r. sentença de fls. 232/234 julgou improcedente o pedido, sem condenação do autor ao pagamento das verbas sucumbenciais, em razão do benefício da justiça gratuita. Apela o autor a fls. 236/245 e argui que faz jus ao recebimento de uma indenização em razão da impossibilidade de renovação do contrato de seguro nas condições impostas. Contrarrazões a fls. 249/256.

É o relatório.

Segundo consta, por vários anos o autor esteve vinculado à apólice de seguro indicada na inicial. Resolveu a seguradora valer-se de cláusula contratual que lhe possibilitava resilir o contrato ao fim de mais um período certo de sua vigência. Direito pactuado, direito exercido. Sendo assim, não há razão para

Acesso ao Sumário

obrigá-la à manutenção do contrato ou ao oferecimento de outro nas mesmas condições do contrato não renovado.

No entanto, o longo tempo de vigência e cumprimento do contrato infundiu no segurado a confiança de que a seguradora o cumprisse até o evento certo estipulado para obtenção do seguro: a morte do segurado. O exercício do direito de resilir o contrato veio em contraposição às expectativas do segurado, e, diante da boa-fé em conformidade com a qual os negócios jurídicos devem ser interpretados (arts. 113 e 765 do CC de 2002), caracterizou abuso de direito, suscetível de indenização como ato ilícito (art. 188, *caput*, I, do CC de 2002; art. 160, I, do CC de 1916), o que implica direito do autor de ser indenizado do prejuízo com isso sofrido.

Tal perda consistiu no dinheiro despendido pelo segurado para pagamento dos prêmios, não, todavia, em sua integridade, pois ao longo do tempo, antes de resilido o contrato pela seguradora, assumiu esta o risco de pagar o seguro se no curso do cumprimento do pacto o autor tivesse morrido. Sendo assim, conforme a diversos precedentes desta Câmara, razoável, pois, a condenação da ré ao pagamento de quantia equivalente a um terço do capital segurado. Neste sentido, as apelações nºs 0265256-91.2009.8.26.0000 e 0265256- 91.2009.8.26.0000.

Pouco importa que a seguradora ofereceu ao segurado novas condições para que o vínculo fosse mantido, pois, ainda que laudo pericial não tenha considerado abusiva a atualização atuarial imposta pela seguradora para essa nova avença, trata-se de condição que não é favorável ao consumidor e não foi por ele aceita, sendo, de qualquer modo, diferente da que há anos vigia, ao menos em relação ao valor do prêmio.

Por conseguinte, dou provimento à apelação para julgar procedente o pedido inicial para condenar a ré ao pagamento de indenização equivalente a um terço do capital segurado, no último dia de vigência do contrato, para o evento morte natural, com correção monetária desde a mesma data, conforme à Tabela Prática desta Corte, e incidência de juros moratórios, estes contados desde a citação, sendo a alíquota dos juros de um por cento ao mês. Arcará a ré ainda com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em dez por cento sobre o valor da condenação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000786-09.2013.8.26.0281, da Comarca de Itatiba, em que é apelante ITAU SEGUROS DE AUTO E RESIDENCIA S/A, é apelado GILSON ANDRE LOPES DE CAMPOS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao agravo retido, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.510)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente) e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 28 de julho de 2016.

RENATO SARTORELLI, Relator

Ementa: ACIDENTE DE VEÍCULO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO AJUIZADA DIRETA E EXCLUSIVAMENTE EM FACE DA SEGURADORA - IMPOSSIBILIDADE - OBRIGAÇÃO DA SEGURADORA DE INDENIZAR QUE PRESSUPÕE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO SEGURADO - RESP. Nº 962.230/RS, SUBMETIDO AO REGIME DO ARTIGO 543-C DO CPC/73 - AGRAVO RETIDO PROVIDO.

Não basta o envolvimento do veículo segurado em acidente para que a seguradora seja compelida a indenizar terceiro, sendo necessária a caracterização da responsabilidade do condutor.

VOTO

Ação de indenização, fundada em acidente de veículo, julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 309/312, cujo relatório adoto.

Inconformada, apela a ré. Reitera, preliminarmente, o exame de agravo retido que interpôs arguindo ilegitimidade ***ad causam*** passiva. No mérito, sustenta, em apertada síntese, que na hipótese de engavetamento de veículos o primeiro a colidir é responsável pelos demais abalroamentos, argumentando, em acréscimo, que o autor não demonstrou a culpa da segurada, nos termos do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973. Aduz, também, que os danos materiais não ficaram comprovados, buscando, por isso, a inversão do resultado do julgamento ou, alternativamente, a limitação de sua responsabilidade de acordo com os termos da apólice.

Houve resposta. O preparo está anotado.

É o relatório.

1) Ressalto, de início, que a r. sentença foi disponibilizada no DJe em

Acesso ao Sumário

1º/04/2014 (*cf. fl. 313*) e a apelação interposta em 22/04/2014 (*cf. fl. 318*), antes, portanto, da entrada em vigor da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, de tal sorte que se faz necessária observância ao princípio ***tempus regit actum***, aplicando-se, ao caso, as disposições do Código de Processo Civil de 1973.

Destaco, a propósito, o enunciado administrativo nº 2 do E. Superior Tribunal de Justiça, ***verbis***:

> "***Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça***".

2) O agravo retido comporta provimento.

Na verdade, o autor ajuizou a presente ação de indenização em face de Itaú Seguros de Auto e Residência S/A, em razão de acidente envolvendo o veículo de propriedade da sua segurada, Maria Dalva Nascimento Rinaldi, que não integrou o polo passivo da lide.

O E. Superior Tribunal de Justiça definiu, por unanimidade, as seguintes teses ao julgar o REsp. nº 962.230/RS, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC/73 - *recurso repetitivo*, sob a relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, ***verbis***:

> "***PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS AJUIZADA DIRETA E EXCLUSIVAMENTE EM FACE DA SEGURADORA DO SUPOSTO CAUSADOR. DESCABIMENTO COMO REGRA.***
>
> ***1. Para fins do art. 543-C do CPC: 1.1. Descabe ação do terceiro prejudicado ajuizada direta e exclusivamente em face da Seguradora do apontado causador do dano.***
>
> ***1.2. No seguro de responsabilidade civil facultativo a obrigação da Seguradora de ressarcir danos sofridos por terceiros pressupõe a responsabilidade civil do segurado, a qual, de regra, não poderá ser reconhecida em demanda na qual este não interveio, sob pena de vulneração do devido processo legal e da ampla defesa.***
>
> ***2. Recurso especial não provido.***" *(REsp. nº 962.230/RS, Segunda Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão).*

Com efeito, não basta o envolvimento do veículo segurado em acidente para que a seguradora seja compelida a indenizar terceiro, sendo necessária a caracterização da responsabilidade do condutor.

No caso, imputar culpa à segurada Maria Dalva que, repita-se, não integrou

Acesso ao Sumário

o polo passivo da lide, configuraria clara violação aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo retido para julgar o autor carecedor da ação, por ilegitimidade de parte passiva, com fulcro no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil de 1973, arcando o vencido com os ônus das custas processuais e honorários advocatícios de 10% (*dez por cento*) sobre o valor da causa (*art. 20, § 4º, do CPC/73*), com atualização monetária a partir do ajuizamento (*Súmula nº 14 do STJ*).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001620-10.2015.8.26.0588, da Comarca de São José do Rio Pardo, em que é apelante OLX BOM NEGÓCIO ATIVIDADES DE INTERNET LTDA., é apelado LUIS ANTONIO LEONI (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.564)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (Presidente), SÁ DUARTE e LUIZ EURICO.

São Paulo, 1º de agosto de 2016.

EROS PICELI, Relator

Ementa: Ação de indenização por danos materiais e morais - Compra e venda de bicicleta anunciada em plataforma virtual disponibilizada pela ré - Serviço prestado que se restringiu apenas a disponibilizar espaço virtual em que os fornecedores, pessoa física ou jurídica, anunciam produtos - Não participação da ré na aquisição do bem - Termo de uso que alerta os cuidados que o comprador deve ter no momento de fechar o negócio - Empresa de comunicação que não responde pelos anúncios dos fornecedores anunciantes - Falta de nexo de causalidade - Sentença reformada - Apelação provida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Ação de indenização por danos materiais e morais com fundamento em contrato de compra e venda de bicicleta negociada em plataforma virtual disponibilizada pela ré, julgada parcialmente procedente para condenar a requerida ao pagamento de R$ 1.450,00 a título de danos materiais e R$ 5.000,00 de danos morais, nos termos da sentença proferida pela M. Juíza Valéria Carvalho dos Santos.

A ré apela. Sustenta a sua ilegitimidade por ser provedora de aplicação, e por isso não pode responder pelos anúncios feitos por terceiro. Não anuncia produtos e serviços em nome próprio nem faz intermediação entre vendedor e interessados. Também não aufere lucro ou comissão sobre os anúncios veiculados.

Diz que os anúncios elaborados na plataforma *on line* são confeccionados por terceiros sem qualquer interferência ou controle da requerida. A apelante, na condição de mera provedora de aplicação, tem como atividade apenas o oferecimento de espaço virtual para que as pessoas físicas ou jurídicas anunciem ao público os seus produtos de forma gratuita.

Fala que o prejuízo ocorreu por culpa do autor que deveria ter agido com mais precaução. Disponibiliza em sua plataforma informações de segurança aos usuários com o fim de alertar quais as cautelas que devem ser adotadas nessas negociações. O apelado não seguiu nenhuma delas.

Na plataforma, o comprador entra em contato direto com o vendedor. Aplica-se, ao caso, a Lei nº 12.965/14 e não o Código de Defesa do Consumidor. Defende que a responsabilidade é subjetiva.

A responsabilidade de um provedor, como é o caso da ré, restaria configurada em caso de eventual inércia frente a uma notificação da existência de conteúdo tido como irregular, o que não ocorreu no presente caso.

Não há responsabilidade por falta de nexo de causalidade, assim como não houve danos materiais nem morais.

Recurso preparado e respondido.

É o relatório.

O autor comprou uma bicicleta anunciada no site da ré e pagou o valor de 468 libras esterlinas equivalente a R$ 1.450,00 por meio de transferência bancária diretamente em nome de Chris Jonson, fls. 9/15. No entanto, não recebeu o produto.

O presente caso apresenta duas relações jurídicas distintas. A primeira, do autor em relação à ré. E outra, entre o autor e o fornecedor anunciante.

A relação jurídica com a ré consiste na oferta aos usuários de internet de

plataforma de classificados virtuais que hospeda gratuitamente anúncios virtuais postados por seus usuários, fls. 62.

Já a outra, consiste na efetiva contratação do bem ou serviço realizado diretamente entre as partes, sem intervenção do provedor da plataforma virtual.

O autor sustenta a responsabilidade da ré, pois entende que a plataforma virtual gerida por ela tinha o dever de fiscalizar as informações dos anúncios, assim como entende que ela integra a cadeia de fornecimento do produto.

Como mencionado, a obrigação da ré se restringe apenas a permitir o uso da plataforma para anúncios entre particulares. Não há cobrança pelo serviço nem sequer auxílio nas contratações.

Destaca-se que em diversas cláusulas do termo de uso, a ré não se responsabiliza pelos anúncios ofertados, assim como não fiscaliza os anúncios ofertados pelos usuários, fls. 62/75.

Impor à ré a obrigação de reparar o dano sofrido com a negociação, com todo o respeito, extrapola os limites avençados entre as partes.

Por mais que se questione, os serviços da ré funcionam como mero instrumento de comunicação. O fornecedor se vale da plataforma para anunciar o seu produto ou serviço aguardando que algum comprador adquira aquilo ofertado. A efetivação da negociação ocorre diretamente entre as partes, sem interferência do provedor da plataforma.

Nos autos, não há elementos que demonstrem que a ré atuou como representante ou corretor. Nem sequer participou do contrato de compra e venda da bicicleta.

Além disso, quando comunicada da fraude pelo autor, imediatamente excluiu a página do terceiro, fls. 30/31.

No mais, como bem salientado na contestação, o vendedor do produto se chama Tomas Bauler, fls. 9 e 15/28, e o depósito da quantia foi feita diretamente na conta de um terceiro, Chris Jonson, fls. 9 e 12/14.

Atuando como mero instrumento de comunicação, o Código de Defesa do Consumidor exclui a apelante da cadeia de fornecedores, nos termos do artigo 38: "O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.".

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de que as empresas de comunicação não respondem pelas publicações enganosas realizadas por fornecedores anunciantes:

> **CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. PUBLICAÇÃO DE ANÚNCIO EM CLASSIFICADOS DE JORNAL. OCORRÊNCIA DE CRIME DE ESTELIONATO PELO ANUNCIANTE. INCIDÊNCIA DO CDC. RESPONSABILIDADE DO JORNAL.**

Acesso ao Sumário

1. O recorrido ajuizou ação de reparação por danos materiais, em face da recorrente (empresa jornalística), pois foi vítima de crime de estelionato praticado por meio de anúncio em classificados de jornal.

2. Nos contratos de compra e venda firmados entre consumidores e anunciantes em jornal, as empresas jornalísticas não se enquadram no conceito de fornecedor, nos termos do art. 3º do CDC.

3. A responsabilidade pelo dano decorrente do crime de estelionato não pode ser imputada à empresa jornalística, visto que essa não participou da elaboração do anúncio, tampouco do contrato de compra e venda do veículo.

4. O dano sofrido pelo consumidor deu-se em razão do pagamento por um veículo que não foi entregue pelo anunciante, e não pela compra de um exemplar do jornal. Ou seja: o produto oferecido no anúncio (veículo) não tem relação com o produto oferecido pela recorrente (publicação de anúncios).

5. Assim, a empresa jornalística não pode ser responsabilizada pelos produtos ou serviços oferecidos pelos seus anunciantes, sobretudo quando dos anúncios publicados não se infere qualquer ilicitude.

6. Dessarte, inexiste nexo causal entre a conduta da empresa e o dano sofrido pela vítima do estelionato.

7. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1.046.241/SC, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 19/8/2010)

RECURSO ESPECIAL - PREQUESTIONAMENTO - INOCORRÊNCIA - SÚMULA 282/STF - FALTA DE COMBATE AOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA 182 - PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONSUMIDOR - VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO - EVENTUAL PROPAGANDA OU ANÚNCIO ENGANOSO OU ABUSIVO - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE - CDC, ART. 38 - FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS.

I - Falta prequestionamento quando o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão recorrido.

II - É inviável o recurso especial que não ataca os fundamentos do acórdão recorrido. Inteligência da Súmula 182.

III - As empresas de comunicação não respondem por publicidade de propostas abusivas ou enganosas. Tal responsabilidade toca aos fornecedores-anunciantes, que a patrocinaram (CDC, Arts. 3º e 38).

IV - O CDC, quando trata de publicidade, impõe deveres ao anunciante - não às empresas de comunicação (Art. 3º, CDC).

Acesso ao Sumário

V - Fundamentação apoiada em dispositivo ou princípio constitucional é imune a recurso especial.

(REsp 604.172/SP, Relator Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, DJ 21/5/2007)

Esclarece-se que é impensável excluir o CDC frente às disposições contidas na Lei nº 12.965/2014, marco civil da internet, tendo em vista a sua natureza de ordem pública e lastro constitucional. Além disso, a parte final do artigo 19 expressamente ressalva a responsabilidade civil caso a lei determine o contrário da regra expressa no dispositivo.

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Assim, falta nexo de causalidade que imponha a ré o dever de indenizar, pois embora tenha disponibilizado a plataforma virtual para publicar anúncios, a sua conduta não foi o suficiente para influenciar o autor a contratar com o anunciante que, no exercício da sua capacidade, gostou do produto ofertado e fechou o negocio proposto, sem as devidas cautelas, o que acarretou o prejuízo descrito na inicial.

Ainda mais, em reforço, verifica-se que na página da ré constam informações de segurança, seja em relação a vendedores que insistem no negócio, seja em razão do preço da coisa vendida, que não pode ser muito inferior ao mercado.

Do exposto, dá-se provimento à apelação para julgar improcedente a demanda, invertido o ônus da sucumbência, observada a gratuidade concedida ao autor.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011123-52.2011.8.26.0020, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado AYMORÉ CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S.A., é apelado/apelante CARLOS ALBERTO COSTA.

ACORDAM, em 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao apelo

do réu, ficando prejudicado o recurso adesivo do autor. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30508)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente sem voto), ACHILE ALESINA e EDUARDO SIQUEIRA.

São Paulo, 3 de agosto de 2016

FLÁVIO CUNHA DA SILVA, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Alegação de ilegitimidade passiva afastada. Falha na prestação dos serviços bancários. Responsabilidade objetiva. Dano moral caracterizado. Dever de indenizar. Sentença mantida no ponto. Valor da indenização. Necessidade de adequação aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Redução para R$10.000,00, que se mostra adequado ao caso concreto. Sentença parcialmente reformada. Apelação do réu parcialmente provida, prejudicado o recurso adesivo do autor.

VOTO

Trata-se de apelação e recurso adesivo interpostos contra a r. sentença de fls. 369/373, que julgou procedente ação declaratória c.c. indenização por danos morais, para declarar a inexistência de relação jurídica e condenar o réu a pagar indenização por danos morais no valor de R$20.000,00, corrigida a partir da sentença, com juros legais de 1% ao mês, a partir da negativação indevida, além de custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 15% sobre o valor da condenação.

Alega o banco apelante, em síntese, ilegitimidade passiva por não ter participado dos fatos mencionados, primeiro porque não lhe foi prestada qualquer informação a esse respeito e segundo porque a guarda e conservação das informações e documentos compete exclusivamente ao cliente.

Aduz ausência de nexo causal e de conduta ilícita e pede subsidiariamente a redução do valor da indenização por danos morais, que entende excessivo.

O autor recorre em busca da majoração da quantia indenizatória, para R$73.000,00, valor do financiamento concedido ao terceiro estelionatário.

Recursos recebidos (fls. 394, 432) e contrariado o apelo do réu (fls.

Acesso ao Sumário

397/408).

Valor da causa em 29/08/2011: R$73.000,00 (fls. 20).

É o relatório.

Cuida-se de ação declaratória de inexistência de relação jurídica c.c. indenização por danos morais, advindos de fraude na compra de veículo automotor em nome do autor, bem como na negativação em cadastros de inadimplentes (fls. 01/20).

E correto foi o reconhecimento da responsabilidade do banco pelos danos e prejuízos causados ao consumidor, pois ficou comprovado que o serviço disponibilizado pelo banco não é suficientemente seguro ou fornece a segurança que dele se espera, devendo responder pelo risco da atividade que exerce.

Nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, o réu tinha o ônus de comprovar que a contratação só ocorreu por desídia do consumidor na guarda de sua senha e dados pessoais, viabilizando assim a conduta do terceiro fraudador. No entanto, desse ônus não se desincumbiu, apenas sustentando não ter contribuído para a ocorrência dos fatos.

O artigo 14 da lei consumerista estabelece a responsabilidade do fornecedor de serviço por eventuais danos causados aos consumidores em razão de defeitos na prestação dos serviços. O parágrafo terceiro do mesmo dispositivo traz uma ressalva, permitindo a exclusão da culpa do fornecedor, caso prove a inexistência do defeito ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro; o próprio texto da lei dispõe sobre a desnecessidade de se provar a culpa do fornecedor (no caso, da instituição financeira), sendo bastante a demonstração do dano.

Vejamos trechos da r. sentença que assentou:

"*não vinga a preliminar de ilegitimidade passiva. Os requeridos celebraram o contrato cuja inexistência visa a declarar o Autor, sendo, portanto, evidente a legitimidade de ambos no pólo passivo da demanda. Por isso, dou por afastada a preliminar arguida." (fls. 370).*

(...)

"Restou provado nos autos que o Autor teve seus documentos pessoais roubados em 09 de agosto de 2009, em consonância com o boletim de ocorrência de fls. 24/28, e que pessoa não identificada utilizou-se de tais documentos para financiar automóvel em nome do Autor perante as instituições financeiras ora requeridas. Por conta de toda esta empreitada, o Autor teve seu nome lançado no rol de maus pagadores (fls. 33), bem como teve seu nome vinculado a ações criminosas, uma vez que o veículo financiado em seu nome era utilizado para práticas ilícitas (fls. 49/95).

Acesso ao Sumário

Da prova dos autos, plenamente possível aferir a culpa dos requeridos no evento danoso.

Evidente que o Autor, além de ter sido vítima de roubo, foi vítima também de estelionato, na medida em que seus documentos outrora roubados foram usados para a obtenção de financiamento de veículo usado com intuito criminoso." (fls. 370/371)

Nesse contexto, incide a teoria do risco profissional, consagrada pela jurisprudência a ponto de ensejar a edição da Súmula 479, pelo Superior Tribunal de Justiça: "*As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias*".

No tocante ao valor arbitrado, merece reparo a r. sentença.

É cediço que na fixação do *quantum* indenizatório o juiz deve observar as funções ressarcitória e punitiva da indenização, bem como a repercussão do dano, a possibilidade econômica do ofensor e o princípio de que o dano não pode servir de fonte de lucro ou enriquecimento.

Não existindo um critério legal, objetivo e tarifado, as situações devem ser analisadas *in concreto*, de acordo com as peculiaridades que se apresentam.

O doutrinador Antonio Jeová Santos ensina: "*O problema da avaliação da quantia do ressarcimento constitui uma dificuldade comum e geral do dano moral; também se requerem soluções comuns e gerais no que concerne, ao menos, ao esqueleto primário do assunto. Não pode nem deve pretender-se uma concepção matemática totalizadora da questão, o que, além de impossível, prenderia a Justiça em prol de uma cega e inamovível segurança; porém, tampouco a fluidez e arbítrio irrestritos, que significaria uma completa liberdade para fazer justiça, porém a liberdade do náufrago" (...) "Por isso, na motivação da sentença, deve especificar claramente quais foram as pautas tomadas em conta para chegar ao montante determinado, as provas que se ponderaram e os precedentes jurisprudenciais, sobre os quais o juiz adaptou a solução ao caso concreto*".[1]

Acesso ao Sumário

Consideradas tais balizas, bem como demais elementos de análise indicados pela doutrina e jurisprudência, o valor arbitrado de R$20.000,00 mostra-se excessivo, não se coadunando com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Desse modo, acolho o recurso do banco réu para reformar a r. sentença e reduzir o valor fixado a título de indenização por dano moral para R$10.000,00, com correção monetária a partir deste arbitramento, conforme prevê a Súmula 362 do STJ[2], e juros de mora de 1% ao mês desde o evento danoso, por se tratar

1 Dano Moral Indenizável - 2ª Edição - pp. 165/167

2 A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.

de dano decorrente de relação extracontratual, aplicando-se a Súmula nº 54 do Superior Tribunal de Justiça.

Diante do decidido, fica prejudicado o recurso adesivo do autor, mantendo-se a disciplina de sucumbência fixada na sentença.

Para fins de acesso aos Egrégios Tribunais Superiores, ficam expressamente prequestionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados.

Ante o exposto, **dá-se provimento parcial ao apelo do réu**, ficando **prejudicado o recurso adesivo do autor**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0040865-08.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARIA TEREZINHA GARCIA BARRETO, são apelados ECONOMUS INSTITUTO DE SEGURIDADE SOCIAL e BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32774)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (Presidente) e SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA.

São Paulo, 22 de agosto de 2016.

MARIO A. SILVEIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Interposição contra a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação pelo rito ordinário em que objetiva complementação de aposentadoria. Ilegitimidade passiva do banco não reconhecida, todavia, que se impõe. Matéria de ordem pública cognoscível de ofício. Mérito. Reclamação trabalhista. Verbas eventualmente incorporadas ao salário que não integravam os ganhos da autora quando de sua aposentadoria. Requerente que não faz jus a recebimento de complementação do benefício, ante a ausência de fonte de custeio correspondente. Ação improcedente. Sentença, de ofício, parcialmente reformada.

Acesso ao Sumário

Apelação não provida.

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 1105/1147) interposta por Maria Terezinha Garcia Barreto contra a sentença (fls. 1074/1080 e 1100) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 41ª Vara Cível do Foro Central, na Comarca da Capital, que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação pelo rito ordinário em que objetiva complementação de aposentadoria ajuizada por ela contra Banco do Brasil S/A e Economus Instituto de Seguridade Social. Em preliminar, sustenta que o banco é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda, por ser o responsável pelo recolhimento a menor do custeio de benefícios, devendo ser considerada a solidariedade entre os apelados. Pretende ver reconhecido o pagamento de diferenças em relação às parcelas vencidas e vincendas na complementação de aposentadoria. Tece considerações a respeito da integração das horas extras e demais verbas relacionadas à reclamatória trabalhista, bem como acerca do saldamento e das contribuições do custeio do benefício e do equilíbrio financeiro atuarial nas reservas do plano. Lança argumentos sob a alegação de descumprimento contratual e do *pacta sunt servanda* e do Código de Defesa do Consumidor. Prequestiona a matéria. Caso mantida a condenação, pleiteia a redução dos honorários de sucumbência. Objetiva e requer a procedência dos pedidos formulados na exordial. Pugna pelo provimento do apelo e, por conseguinte, a reforma da sentença.

As contrarrazões foram apresentadas tanto pela Economus Instituto de Seguridade Social (fls. 1178/1195) quanto pelo Banco do Brasil S/A (fls. 1197/1218). Em suma, ambas requerem o não provimento do apelo, bem como a manutenção da sentença. O Banco do Brasil S/A suscita preliminar em relação à ilegitimidade passiva.

É o relatório.

A sentença, em que pese motivada e fundamentada, não prevalece apenas e tão somente em relação à questão da ilegitimidade passiva do Banco do Brasil S/A e, por conseguinte, quanto à solidariedade entre as corrés. Importante relevar que não se aplica ao presente caso a suspensão do feito em razão de decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

De início, a preliminar suscitada pela autora quanto à legitimidade passiva do banco, a qual diz acolhida pelo Juízo do feito, ou seja, o de Primeiro grau, não se afina com o teor da sentença combatida.

Isso porque, diferentemente do que alega, a sentença combatida – não – acolheu a então suscitada preliminar de ilegitimidade passiva do Banco do Brasil S/A, tanto assim que o d. Magistrado sentenciante inferiu que *ambos os requeridos são partes legítimas* (fls. 1076, último parágrafo).

Acesso ao Sumário

De todo modo, tal preliminar, por se tratar de matéria de ordem pública pode ser conhecida de ofício. Aliás, tal questão também foi suscitada em contrarrazões do banco.

A partir de referida premissa, a sentença combatida não prevalece na parte que inferiu tanto pela legitimidade do banco quanto pela solidariedade de referido com a Economus.

Isso porque, o apelado Banco do Brasil S.A. era mero patrocinador, motivo pelo qual não há falar em solidariedade entre os apelados. O banco figura como mero empregador (sucessor do Banco Nossa Caixa S.A.) e a questão no âmbito da Justiça Estadual não discute relação trabalhista. Frise-se que a relação contratual da apelante com a Economus é de natureza previdenciária. As relações contratuais são, portanto, diversas. Sendo assim, não há motivo que justifique a manutenção do Banco do Brasil S/A no polo passivo da demanda, devendo ser rechaçada tanto a alegação de legitimidade passiva do Banco do Brasil S/A quanto à alegação de que existe responsabilidade solidária entre os réus. Logo, impõe-se a extinção do feito, sem resolução do mérito, em relação ao Banco do Brasil S/A.

Importante salientar que o alegado direito da recorrente quanto à percepção de valores referentes a horas extras e demais verbas reclamadas no âmbito trabalhista não encontra guarida para fins da complementação requerida no âmbito da ação aqui tratada. Não faz jus a apelante à complementação de aposentadoria.

Isto porque a apelante ajustou em 26 de julho de 2006 o Termo de Adesão ao Saldamento e ao Prevmais (fls. 359), que de forma irretratável e irrevogável fixou o valor do *benefício saldado em R$ 2.065,13*, na data de *01/8/06*, e na *modalidade benefício definido*.

Logo, tendo a apelante anuído ao saldamento do benefício, sem a inclusão das verbas salariais pleiteadas na reclamação trabalhista, de rigor concluir que houve sua concordância com o cálculo do benefício de acordo com a remuneração obtida nos últimos doze meses, sem as demais verbas mencionadas. Entendimento diverso deste resultaria, inclusive, em violação ao ato jurídico perfeito.

Nesse sentido já decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça: *Previdência complementar. Ação de revisão de renda mensal de aposentadoria complementar. Ilegitimidade passiva do Banco do Brasil. Reconhecimento. O patrocinador não possui legitimidade para figurar no polo passivo da demanda que visa a revisão de suplementação paga pelo plano de previdência. Autor que não faz jus à incorporação de verbas eventualmente reconhecidas em ação trabalhista tendo em vista opção por saldamento do benefício na modalidade definida em valor expresso. Precedentes deste E. Tribunal de Justiça. Pleito de suspensão do feito*

Acesso ao Sumário

até julgamento da reclamação trabalhista que se mostra desnecessário. Sentença de improcedência (Apelação com revisão n.º 0056248-26.2013.8.26.0100, Rel. Des. Jayme Queiroz Lopes, 36ª Câmara de Direito Privado, j. 26/11/15, v.u.).

Por todo o exposto, ainda que reconhecido o direito da apelante ao recebimento de outras verbas trabalhistas, sem razão a pretendida complementação, ante sua anuência ao Termo de Adesão ao Saldamento e ao Prevmais, como já observado.

Portanto, tampouco há falar em não conformidade com a legislação consumerista, ainda que incidente à situação tratada nos autos, até porque a adesão feita pela apelante não é daqueles casos em que constante abusividade de cláusulas ou algo que o valha, ainda que assim não entenda a insurgente.

Deste modo, no mérito propriamente dito, houve por bem o d. Magistrado julgar improcedentes os pedidos formulados na exordial.

Por fim, a apelante reclama o prequestionamento *da matéria*, contudo, sequer se digna a ventilar qual ou tal dispositivo de norma pretende ver prequestionado. De todo modo, por tudo quanto acima expendido, de forma contextualizada dos autos, não há ofensa a quaisquer dispositivos constitucionais ou infraconstitucionais aplicáveis à espécie, os quais foram mencionados no essencial ao deslinde da controvérsia.

Destarte, nega-se provimento à apelação e reforma-se em parte a sentença para, de ofício e por se tratar de matéria de ordem pública, reconhecer a ilegitimidade do Banco do Brasil S/A, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil de 1973.

No mérito, em relação à improcedência dos pedidos formulados na exordial, a sentença fica mantida, nos termos em que proferida.

A autora se mantém sucumbente, portanto, mantida a condenação de referida ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 3.000,00 (três mil reais).

Posto isto, nega-se provimento à apelação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000485-08.2014.8.26.0320, da Comarca de Limeira, em que é apelante/apelada MAPFRE VERA CRUZ SEGURADORA S/A, é apelado/apelante OTONIEL FERREIRA DE FREITAS.

ACORDAM, em 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso,

nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.408)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADILSON DE ARAUJO (Presidente) e ANTONIO RIGOLIN.

São Paulo, 23 de agosto de 2016.

PAULO AYROSA, Relator

Ementa: SEGURO DE VEÍCULO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – OCORRÊNCIA DE SINISTRO – ASSISTÊNCIA E SOCORRO VEICULAR EM RODOVIA – DEMORA DEMASIADA POR PARTE DA SEGURADORA INCONTROVERSA – VÍCIO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS RECONHECIDO – QUEBRA DA EXPECTATIVA EM RELAÇÃO AO PRODUTO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EXPERIMENTADOS – PERTINÊNCIA – REDUÇÃO DA QUANTIA FIXADA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, CONSIDERANDO AS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA TAL FIM. Restando incontroversa a falha na prestação dos serviços contratados por parte da seguradora em relação ao segurado, consubstanciado na demora demasiada em ofertar a assistência veicular almejada, cabível era mesmo a respectiva indenização diante do descaso da requerida, que agravou os desconfortos causado pela quebra do veículo em rodovia. De outra parte, diante das peculiaridades do presente caso, reputa-se como necessária a redução do valor da indenização pelos danos morais experimentados, eis que na eleição de tal valor há que se considerar uma quantia capaz de aplacar o sofrimento suportado pelo ofendido, derivada da análise da extensão do dano causado, o grau de culpa do causador, a capacidade contributiva deste, a condição pessoal daquele, dentre outras, em atenção aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sendo de rigor, portanto, o parcial provimento do recurso para tal fim.

Acesso ao Sumário

VOTO

OTONIEL FERREIRA DE FREITAS propôs ação de indenização por danos materiais e morais em face de **MAPFRE VERA CRUZ SEGURADORA S/A** e **MIANE E QUEIROZ CORRETORA DE SEGUROS LTDA**.

A r. sentença de fls. 168/174, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedente a ação para condenar a corré Mapfre a pagar ao autor indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00, com juros e correção monetária a partir da sentença, devendo as custas, despesas processuais e honorários ser rateadas entre as partes diante da sucumbência recíproca. Em relação à corré Miane Queiroz, foi a ação julgada improcedente, condenado o autor a arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00.

Inconformada, apela a seguradora corré às fls. 182/195 almejando a reforma da r. sentença. Aduz, em síntese, que não restou comprovado que o autor experimentou danos morais, eis que não podem ser confundidos com meros transtornos ou aborrecimentos cotidianos, mormente pelo fato de que somente uma fragilidade preexistente psíquica poderia ensejar um desequilíbrio psicológico a autorizar uma condenação desse jaez. Aduz, no mais, que o valor indenizatório deve levar em conta os pressupostos autorizadores, quais sejam, o grau de responsabilidade do agente e as condições econômicas do ofensor e ofendido, de forma a se evitar o enriquecimento ilícito, ressaltando que não foram preenchidos os requisitos contidos nos arts. 186, 944 e 945 do CC. Subsidiariamente, pugna pelo reconhecimento de que a correção monetária incide desde o arbitramento, bem como que o valor condenatório deve ser reduzido, tudo a ensejar, pois, o provimento recursal.

O recurso foi respondido (fls. 207/213).

É O RELATÓRIO.

Conheço do recurso para lhe dar parcial provimento nos termos abaixo.

Conforme se depreende dos autos, propôs o autor a presente ação de reparação de danos materiais e morais em face da seguradora Mapfre e da corretora de seguros Miane e Queiroz alegando que no dia 03.01.2014, por volta das 9h15min, o veículo segurado marca GM, modelo Prisma Joy, ano 2010, de propriedade de sua esposa, Eliana Regina dos Santos Oliveira, apresentou falha mecânica na rodovia Oswaldo Cruz, que liga Taubaté a Ubatuba, razão pela qual, em plena serra, em local isolado e descampado, acionou a seguradora para lhe prestar a respectiva assistência mecânica e, sem obter êxito, também contatou a corretora de seguros, que somente enviaram, por volta das 17 horas, um motociclista para efetuar o reparo, mostrando-se também inócua tal tentativa, dando ensejo ao acionamento de um guincho, que chegou às 18 horas, tendo ele e sua família sido transportados para uma oficina mecânica em Ubatuba onde

Acesso ao Sumário

permaneceram até às 20 horas, somente chegando ao destino final (praia de Alagoinha) porque o dono da oficina pagou um táxi para tal fim.

Aduz que do infortúnio restaram sequelas concernentes a queimaduras de 2º grau nele e em sua esposa, mormente porque tiveram que proteger com o próprio corpo seu filho de 12 anos, razão pela qual entende fazer jus a indenizações pelos danos materiais e morais experimentados.

As rés apresentaram as respectivas contestações, tendo o MM. Juízo de primeiro grau julgado parcialmente procedente a ação em relação à seguradora, condenando-a a pagar ao autor indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00, e improcedente quanto à corretora de seguros. Inconformada, apelou a corré seguradora – e é de ser dado parcial provimento ao seu recurso, nos termos abaixo delineados.

A presente ação tem como suporte três fatores fundamentais, a saber: a ocorrência do dano material e ou moral; o nexo de causalidade entre o fato e o dano e a culpa (negligência, imprudência, imperícia) do agente.

Pois bem. Considerando os aspectos contidos nos autos, é incontroverso o inadimplemento contratual do contrato de seguro por parte da seguradora, que incluía serviço de assistência e socorro veicular.

Nesse aspecto, não houve a disponibilização de tal serviço ao consumidor na data de 03.01.2014, sob o fundamento de que muitos foram os pedidos de assistência naquele fatídico dia causando, assim, prejuízos à qualidade e agilidade do atendimento.

Como se vê, restou comprovada a falha na prestação de serviços contratados, mormente porque se encontrava o consumidor em situação delicada em ponto perigoso da rodovia Oswaldo Cruz, isto é, no trecho de serra, o que, por óbvio, pressupunha a rápida e efetiva resolução do problema. Além disso, viu-se que a parte autora, privada do serviço contratado, teve que recorrer a terceiro para obter resultado prático equivalente.

Ora, de acordo com as peculiaridades descritas, é de se ver que, conquanto, em regra, o mero inadimplemento contratual não configure dano moral (conforme REsp 202.564-RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 02.08.2001), as circunstâncias em que se deu a falha na prestação dos serviços contratados ensejam o seu reconhecimento no caso em tela, eis que o autor sofreu mais do que mero aborrecimento, primeiro por estar com sua família – com criança de 12 anos, inclusive – em perigoso trecho de serra de rodovia por mais de 8 horas com o veículo parado no acostamento, fato que agravou o desconforto causado pela quebra do veículo, tendo que se submeter ao desgaste de procurar serviços emergenciais mesmo após ter contatado, sem sucesso, a seguradora, gerando, assim, inconteste abalo moral e justificando a reparação do dano a esse título.

Acesso ao Sumário

Mas para a fixação do valor da indenização, hão que ser consideradas as peculiaridades do caso concreto, de acordo com o prudente arbítrio judicial, que deve considerar, na sua eleição, uma quantia capaz de aplacar o sofrimento suportado pelo autor, derivada da análise da extensão do dano causado, o grau de culpa do causador, a capacidade contributiva deste, da condição pessoal dos autores, dentre outras. Tem o arbitramento não só o efeito reparador, na medida do possível, mas um caráter punitivo/educativo, específico e geral, sem, contudo, servir de motivo para enriquecimento sem causa dos autores. Em suma, deve se pautar pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

"In casu", como bem se vê dos presentes autos, muito embora não tenha enviado guincho para rebocar o veículo, a seguradora se responsabilizou por eventual contratação de serviços (guincho e táxi) perante terceiros ao responder que ressarciria os valores despendidos (fls. 36), mesma alternativa aventada pela corretora de seguros (fls. 65), além de ter sido enviado um mecânico por motocicleta para que houvesse a tentativa de conserto do veículo por volta das 15 horas, ainda que tenha se mostrado insuficiente, no entanto.

Além disso, mister ressaltar mais alguns fatores, quais sejam, o fato de que naquele trecho de serra o DER – Departamento de Estradas de Rodagem, administrador da rodovia, disponibiliza gratuitamente serviços de guincho, inspeção de tráfego, socorro mecânico e ambulância, como bem se vê do respectivo sítio eletrônico (endereço eletrônico constante do texto original), além do fato de que na data em que ocorreu o sinistro, 3 de janeiro de 2014, uma sexta-feira logo após as festas de fim de ano, é notório e de conhecimento vulgar que o fluxo de veículos que se dirigem à cidade de Ubatuba por aquela peculiar rodovia é imenso, fato que ocasiona naturalmente maior dificuldade para o envio, em prazo razoável, de um guincho por parte da seguradora, que mesmo assim chegou e colheu o autor e sua família, bem como o veículo objeto do contrato de seguro, antes que anoitecesse.

Logo, diante de tais elementos, o valor arbitrado no *decisum* (R$ 5.000,00) merece ser reduzido para R$ 1.000,00 (um mil reais), que bem atende aos princípios que o norteiam, corrigido a partir da data da publicação do presente acórdão e com juros a partir da citação, mantida a sucumbência recíproca.

Por fim, deixo de aplicar a nova sistemática do atual CPC para fins de arbitramento de honorários advocatícios sucumbenciais para a fase recursal, considerando-se que a data da interposição do apelo foi anterior à vigência do novo CPC e, conforme o Enunciado administrativo 7 do STJ, **"Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC"**.

Posto isto, dou parcial provimento ao recurso nos termos acima colimados.

Acesso ao Sumário

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0002143-25.2015.8.26.0102/50000, da Comarca de Cachoeira Paulista, em que é embargante BANCO CRUZEIRO DO SUL S/A (MASSA FALIDA), é embargado JOÃO FRANCISCO DOS REIS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7639)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAURÍCIO PESSOA (Presidente), THIAGO DE SIQUEIRA e LÍGIA ARAÚJO BISOGNI.

São Paulo, 29 de agosto de 2016.

MAURÍCIO PESSOA, Relator

Ementa: Embargos de declaração - Finalidade de prequestionamento - Matéria dirimida no julgamento colegiado - Medida inconsistente para acesso às instâncias superiores - Art. 1.025 do Novo Código de Processo Civil - Hipóteses do art. 1.022 do Novo Código de Processo Civil não verificadas - Embargos rejeitados com observação.

VOTO

São embargos declaratórios opostos ao v. acórdão que negou provimento à apelação (fls. 187/193) para fins específicos de pré-questionamento dos dispositivos neles elencados (art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal; art. 98 do Código de Processo Civil, Lei nº 1.060/50 e Súmulas 98 do STJ e 356 do STF).

É o relatório.

Os embargos de declaração se destinam a sanar omissão, contradição e obscuridade porventura existentes no próprio corpo do julgado, quando não tiver sido apreciada matéria arguida nas razões apresentadas pelo recorrente ou quando as afirmações contidas em sua fundamentação forem desconexas ou incongruentes em relação ao dispositivo.

Aqui, a Turma Julgadora apreciou as razões do apelo e os elementos

Acesso ao Sumário

constantes dos autos em sua inteireza para decidir, nos limites da insurgência, pelo indeferimento da gratuidade ao embargante, bem como de diferimento do recolhimento das custas ao final da ação monitória, o que ensejou o desprovimento do recurso e, por conseguinte, a manutenção da r. sentença que julgou extinto o processo, com fundamento no artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil revogado (art. 485, IV, NCPC).

Os argumentos expendidos pelo embargante revelam a nítida intenção de contrariar a fundamentação inserta no v. acórdão embargado e, por conseguinte, rediscutir questão exaustivamente discutida também nos autos do Agravo de Instrumento nº 2154929-35.2015.8.26.0000; Agravo Interno nº 2154929-35.2015.8.26.0000/50000; e Embargos de Declaração nº 2154929-35.2015.8.26.0000/50001) - tudo a aproximar, perigosamente, estes embargos da protelação.

De outra banda, o Novo Código de Processo Civil é expresso, no seu artigo 1.025, ao proclamar a imprestabilidade dos embargos de declaração opostos com propósito de prequestionar matéria para fins de recursos às instâncias superiores.

Conclui-se que os embargos de declaração não preenchem os pressupostos específicos de admissibilidade previstos no artigo 1.022 do Novo Código de Processo Civil e, ainda, beiram a má-fé.

Assim, fica o embargante ciente que, havendo reiteração de embargos de declaração, eles serão considerados protelatórios com condenação em multa e condicionamento da interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo (artigo 1.026, § 2º, do Novo Código de Processo Civil).

Ante o exposto, meu voto **REJEITA** os embargos de declaração, com observação.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2131603-12.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SNG COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA. EPP, é agravado FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.566/2016)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS GANZERLA (Presidente sem voto), OSCILD DE LIMA JÚNIOR e AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 1º de setembro de 2016.

JARBAS GOMES, Relator

Ementa: LIMINAR – Suspensão da exigibilidade de crédito tributário. Decisão agravada que se mostra em consonância com a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça que, em julgamento submetido ao rito dos recursos repetitivos, asseverou no sentido de que sendo necessário mero cálculo aritmético, para expurgar a parcela indevida, remanesce a exigibilidade parcial do valor inscrito na dívida ativa, sem necessidade de emenda ou substituição da CDA (REsp nº 1.115.501/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 10/11/2010, DJe 30/11/2010). Decisão mantida.
RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por "*SNG COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA. - EPP*" contra a r. decisão que, em sede de ação ordinária

ajuizada contra a "*FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO*", indeferiu o pedido de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Sustenta, em síntese, que há ilegalidade no cálculo dos juros de mora incidentes no crédito tributário constituído pelas CDA's de nº 1.213.626.062 e 1.202.848.015, como também do AIIM nº 4.055.938-5, fazendo jus à suspensão da exigibilidade do crédito tributário e não apenas à atinente aos juros moratórios superiores a SELIC.

A liminar foi indeferida (fls. 174-176), sobrevindo a respectiva contraminuta (fls. 183-196).

É o breve relato.

Como já asseverado quando da apreciação do pedido de liminar, o artigo 1.019, do novo Código de Processo Civil, permite ao relator atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal.

No caso específico dos autos, o recurso não comporta provimento.

E isso ocorre porque, a r. decisão agravada está em consonância com a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento submetido ao rito dos recursos repetitivos, no sentido de que sendo necessário mero cálculo aritmético, para expurgar a parcela indevida, remanesce a exigibilidade parcial do valor inscrito na dívida ativa, sem necessidade de emenda ou substituição da CDA (REsp nº 1.115.501/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 10/11/2010, DJe 30/11/2010).

Daí porque, a continuidade dos atos executórios, na forma em que determinada pela r. decisão agravada não padece de ilegalidade.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2139650-72.2016.8.26.0000, da Comarca de São Sebastião, em que é agravante MUNICÍPIO DE ILHABELA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.423)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente sem voto), EDUARDO GOUVÊA e LUIZ

SERGIO FERNANDES DE SOUZA.

São Paulo, 3 de outubro de 2016.

MAGALHÃES COELHO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação civil pública com pedido de liminar – Suspensão do contrato para elaboração do "projeto executivo de Arquitetura, Estrutura e Fundações" – Arquiteto contratado para execução da obra principal preenche os requisitos da singularidade do objeto e da notória especialização – Projetos complementares são absolutamente ordinários e podem ser executados por terceiros, contratados mediante certame licitatório – Recurso não provido.

VOTO

Vistos, etc.

I. Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo **Município de Ilhabela**, nos autos de ação civil pública, proposta pelo **Ministério Público do Estado de São Paulo**, por meio do qual insurge contra decisão monocrática que deferiu a liminar para suspender o contrato nº 005/2016 referente à elaboração dos Projetos Executivos de Instalações Elétricas, Instalações Hidráulicas, Ar-condicionado e Paisagismo, com a proibição de repasse de verbas da Prefeitura Municipal para a empresa Ruy Ohtake Arquitetura e Urbanismo S/C Ltda., bem como a proibição de a Administração Municipal colocar em licitação a execução de obras ou executá-las mediante contratação direta com base nos projetos executivos de instalações elétricas, hidráulicas, ar-condicionado e paisagismo realizados pela empresa, sob pena de responsabilidade criminal, improbidade administrativa e pagamento de multa de R$ 175.000,00 (cento e setenta e cinco mil reais) a ser cobrada solidariamente dos requeridos.

Sustenta, em síntese, que o fato de a proposta originária do requerido Ruy Ohtake Arquitetura e Urbanismo Ltda., datada de 21/10/2015, ser diferente da datada de 29/10/2015 (e que contempla o Projeto Executivo Completo) não muda a singularidade dos serviços especializados de arquitetura, por se tratar de trabalho arquitetônico único, assinado por arquiteto de renome nacional e internacional, a ser futuramente instalado no Mirante do Morro da Cruz em Ilhabela. Aliás, a complementação visa a evitar sobretudo falhas ou até mesmo divergências entre o projeto original e os projetos executivos de Instalações Elétricas, Instalações Hidráulicas, Ar-condicionado e Paisagismo. Sustenta ainda que o parecer jurídico constante do Processo Administrativo nº 16709-

Acesso ao Sumário

4/2015 é voltado à inexigibilidade de licitação pela contratação da empresa requerida, pois o objeto do contrato é a feitura do Projeto de Arquitetura do Mirante do Morro da Cruz. Ademais, aduz que o contrato está em execução e a empresa Ruy Ohtake Arquitetura e Urbanismo S/C Ltda. já recebeu a quantia de R$ 276.500,00 (duzentos e setenta e seis mil e quinhentos reais), existindo dano ao erário. Em razão disso, pugna pela reforma da decisão.

II. Foi concedido o efeito suspensivo ativo.

É o relatório.

Trata-se, como se vê, de agravo e instrumento interposto pela municipalidade de Ilhabela em ação civil pública promovida pelo Ministério Público, insurgindo-se em face da decisão monocrática que determinou a suspensão de contrato firmado com o arquiteto Ruy Ohtake e que tem por objeto a elaboração dos "Projetos Executivos e de Instalações elétricas, hidráulicas, ar-condicionado e paisagismo", proibindo-se, d'estarte, o repasse de verbas e a contratação direta.

O agravo não merece provimento.

Com efeito não está em questão, na hipótese, a contratação do arquiteto Ruy Ohtake para elaboração do "projeto executivo de Arquitetura, Estrutura e Fundações" do denominado Mirante do Morro da Cruz que, induvidosamente, preenche os requisitos da singularidade do objeto e da notória especialização.

Situação diversa, porém, é aquela referente à contratação dos projetos complementares já referidos, cuja licitação é materialmente possível.

Certo que, à primeira vista, pode parecer que essa contratação haveria de seguir aquela dos projetos executivos principais, como, aliás, apontei no despacho inicial.

Todavia, melhor analisando-se a questão, verifica-se que não há lógica ou materialmente razão para essa vinculação.

Tanto assim que, como apontou o Ministério Público, na proposta original do Arquiteto Ruy Ohtake essa possibilidade, qual seja, a dissociação dos projetos foi por ele admitida, no sentido de que os demais projetos complementares de instalações elétricas, hidráulicas, incêndio, ar condicionado e paisagismo poderiam ser objeto de contratação autônoma pela Municipalidade de Ilhabela.

Aqui nesse aspecto, não há que se falar em singularidade do objeto ou mesmo em notória especialização.

Em outros termos, cuida-se de projetos cujos objetos são absolutamente ordinários e, por essa razão mesma, podem ser executados por terceiros, contratados mediante certame licitatório.

Não há que se falar, portanto, em obra única, na exata medida em que o renomado arquiteto admite que esses projetos possam ser executados por

Acesso ao Sumário

terceiros.

Fossem eles absolutamente essenciais para o conjunto da obra, de modo a comprometer a sua singularidade, à evidência, que o arquiteto Ruy Ohtake teria se oposto e de maneira fundamentada a essa solução.

Não é essa a solução que, todavia, se verifica da manifestação do renomado profissional, tudo a admitir-se, portanto, a contratação autônoma, após certame licitatório.

Daí o porquê, nega-se provimento do Agravo para se restabelecer a decisão monocrática.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2101188-46.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SABESP – COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e ASSOCIAÇÃO UNIÃO DOS MORADORES DO JARDIM MANACÁ DA SERRA.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.314)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente) e JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA.

São Paulo, 6 de setembro de 2016.

CAMARGO PEREIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPLANTAÇÃO DE REDES DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E DE CAPTAÇÃO DE ESGOTO. Loteamento irregular pendente de regularização. Moradores que utilizam água imprópria para o consumo, ocasionando doenças de pele, diarreia e vômitos. Serviço essencial. Inteligência do artigo 196 da Constituição Federal. Concessão de liminar. Insurgência. A medida liminar é provimento cautelar admitido pela própria lei da

Acesso ao Sumário

ação civil pública. A liminar é ato discricionário do julgador, que deve analisar, caso a caso, se a medida se afigura necessária, examinando atentamente as provas produzidas até então. Presença dos requisitos autorizadores da concessão da liminar.

Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de agravo de instrumento contra decisão (fls. 160/161), proferida nos autos de ação civil pública promovida pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, que concedeu a antecipação de tutela, determinando que a Sabesp e o Estado de São Paulo promova a implementação do serviço de fornecimento de água e coleta de esgoto no loteamento irregular denominado Jardim Manacá ou Jardim Manacá da Serra, no prazo de 01 (um) ano, sob pena da incidência de multa diária de R$ 10.000,00 por dia de descumprimento.

Aduz a agravante, em síntese, que dos documentos juntados com a inicial não há uma prova hábil sequer do suposto aviltamento por parte da Sabesp, dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais elencados na exordial que impõe o dever de fornecimento de água, enquanto serviço público essencial, de forma contínua, bem como o alegado risco de ocorrência de danos de difícil reparação dos moradores que ocupam o loteamento, de modo a fundamentar o pedido de antecipação da tutela provisória de urgência de natureza satisfativa. Sustenta que o pedido formulado pela agravada, de prestação de serviço público essencial de fornecimento de água e coleta de esgotos aos moradores, está intimamente relacionado não somente com os estudos de impacto ambiental pelos órgãos competentes, mas principalmente com a regularização desse loteamento.

Alega que o uso do solo para a proteção dos mananciais, cursos, reservatórios e demais recurso hídricos de interesse da Região Metropolitana da Grande São Paulo está condicionada à aprovação de projetos com a prévia anuência da Secretaria dos Negócios Metropolitanos e da Secretaria de Obras e Meio Ambiente, bem como de parecer da Companhia Estadual de Tecnologia de Saneamento Básico e Defesa do Meio Ambiente. Pugna pela concessão de efeito suspensivo ao recurso para que seja cassada a tutela provisória de urgência deferida, ou, alternativamente, seja fixado o prazo total de 36 (trinta e seis) meses para o cumprimento da tutela provisória de urgência deferida, com a redução da multa diária no caso de eventual descumprimento.

Acesso ao Sumário

Verifica-se às fls. 610 que os autos foram distribuídos por prevenção ao Des. Marcos Pimentel Tamassia, da 1ª Câmara de Direito Público, que se

declarou impedido.

Após representação ao Exmo. Presidente da Seção de Direito Público sobreveio determinação para a redistribuição dos autos, com observância do artigo 181, § 2º do Regimento Interno do Tribunal de Justiça (fls. 612/613).

Processado o recurso sem o pretendido efeito suspensivo (fls. 614/618) sobreveio contraminuta (fls. 621/641 e 839/847).

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fls. 849/850, opinando pelo não provimento do agravo.

É o relatório.

O recurso não merece prosperar.

Com efeito, cuida-se de ação civil pública ajuizada pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em face da Sabesp – Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo, Município de São Paulo e Fazenda Pública do Estado, visando o fornecimento de água e coleta de esgoto à Comunidade Jardim Manacá da Serra, de forma contínua, tendo em vista que, apesar do determinado em sentença datada de agosto de 2012, nos autos da ação civil pública em que o Ministério Público figura como autor (autos do processo nº 0032204-55.2011.8.26.0053), que a Municipalidade tomasse medidas concretas para a regularização dos lotes, não existe, até a presente data, infraestrutura básica para conferir dignidade aos moradores.

O douto magistrado deferiu a liminar deixando consignado que:

"1. A imperatividade de regularização do serviço de esgoto decorre de diversos comandos e princípios constitucionais e infraconstitucionais, e ainda do senso comum.

Nesse ponto, todas as partes estão de acordo.

A controvérsia diz respeito à possibilidade de se determinar, pela via jurisdicional, prazos mais enxutos para a regularização dos serviços.

Os limites da atividade jurisdicional face aos atos administrativos discricionários sempre constituíram "vexata quaestio" (questão controversa e de difícil solução), no sentido de se determinar até que ponto é dado ao juiz, em casos como o ora em pauta, a apreciação da "oportunidade e conveniência" de atos tipicamente administrativos.

Pois bem, na espécie, dentre os requeridos, é a ***Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp*** *quem detém direta atribuição administrativa para a implantação de redes de abastecimento e de captação de esgoto.*

Na contestação, a Sabesp mencionou que a implantação da rede dependeria principalmente de autorizações ambientais da Cetesb e da Secretaria Estadual do Meio Ambiente (fls. 377).

Note-se que a contestação foi ofertada em 22 de abril de 2013, sendo que, passados quase três anos, a Sabesp novamente informou que

Acesso ao Sumário

está encontrando dificuldades pertinentes ao licenciamento ambiental "especialmente junto à Cetesb e à Secretaria Estadual do Meio Ambiente " (fls. 999).

Nesse ponto, não se nega a relevância dos estudos de impacto ambiental aos órgãos competentes.

Todavia, o bem jurídico tutelado, pertinente à vida e a saúde dos moradores do Jardim Manacá, deve preponderar.

Ademais, por mais complexo que seja o procedimento de aprovação dos projetos junto a órgãos ambientais, nada justifica tamanho elastério.

Por tudo isso, forçoso concluir que a demora da Administração Pública em instituir os serviços essenciais em tela extrapolou em muito aquilo que poderia ser entendido como razoável, autorizando a intervenção jurisdicional, não somente à luz dos princípios da moralidade e da eficiência, como também em observância à primazia dos direitos fundamentais envolvidos, correlatos à saúde e à vida de centenas de famílias.

Em suma, está muito bem caracterizada a "verossimilhança do alegado", bem como a " urgência da medida".

Cumpre lembrar que a medida liminar é provimento cautelar admitido pela própria lei da ação civil pública.

Assim, para a concessão da liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do autor, se vier a ser reconhecido na decisão de mérito. A medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final, é procedimento acautelador do possível direito do autor, justificado pela iminência de dano irreversível.

A concessão de liminar é ato discricionário do julgador, que deve analisar, caso a caso, se a medida se afigura necessária, examinando atentamente as provas produzidas até então, o que de fato ocorreu, como se verifica nas próprias razões trazidas pelo magistrado de primeiro grau e nestes termos, inexistem motivos para alterar a conclusão.

Acesso ao Sumário

A Constituição Federal em seu artigo 196 prevê que: "***A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação***".

Assim, o serviço de saneamento básico é considerado essencial, e em que pese os moradores estarem ocupando área de loteamento irregular, o que já foi objeto de ação civil pública, onde se determinou a regularização da área, não há como negar aos moradores o direito ao saneamento básico.

Verifica-se nos autos que os projetos de regularização estão em andamento desde 2012, sem prazo para sua efetivação. Não pode a população pagar pela

burocratização do serviço público, uma vez que a comunidade, composta por inúmeras crianças, idosos e pessoas com deficiência, está utilizando água contaminada e sendo acometida por doenças, tais como, processo infeccioso, presença em alto grau de bactérias na corrente sanguínea, constantes coceiras pelo corpo, aparecimento de manchas e processo alérgico (fls. 137/156).

Desta forma, em sede de cognição sumária, adequada na fase vestibular do processo, aparenta inegável acerto a decisão de primeiro grau que deferiu a liminar requerida.

Portanto, da leitura do pleito e da decisão recorrida constata-se que o magistrado vem conduzindo a lide de maneira segura e cautelosa, tendo em vista que a situação posta nos autos é delicada e versa sobre serviços essenciais à população.

Pelo exposto, pelo meu voto, nego provimento ao presente recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2120650-86.2016.8.26.0000, da Comarca de Atibaia, em que é agravante MUNICÍPIO DE JARINU, é agravado PÉRCIO ANTÔNIO DOS REIS E OUTRO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.560)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RAUL DE FELICE (Presidente) e EUTÁLIO PORTO.

São Paulo, 12 de setembro de 2016.

RODRIGUES DE AGUIAR, Relator

Ementa: AGRAVO – EXECUÇÃO FISCAL – IPTU de 2012 – Jarinu – Requerimento de penhora e bloqueio *on line* – Cabimento ao caso, pois a pretensão é contra o executado e está de acordo com a ordem de preferência legal do art. 11, I, da LEF e art. 835, I, NCPC – Constrição limitada ao valor atualizado da dívida e não deve recair sobre valor impenhorável – RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Agravo de instrumento interposto pelo exequente MUNICÍPIO DE JARINU contra r. decisão copiada às fls. 17/8, proferida em execução fiscal proposta contra PÉRCIO ANTÔNIO DOS REIS e MARIA APARECIDA DOS REIS, referente a IPTU de 2012, pelo qual o agravante pretende seja deferido requerimento de penhora *on line* pelo sistema Bacen Jud, alegando em suma que haveria celeridade processual (art. 5º LXXVIII, CF), cuida-se de constrição que goza de preferência legal (art. 11 da LEF), há previsão no art. 655-A do CPC e no art. 185-A do CTN; a CDA é ato com presunção de veracidade (arts. 202 do CTN c.c. 204 e 2º c.c. 3º da LEF).

2. A r. decisão agravada, proferida pela MMª Juíza Roberta Virginia dos Santos, indeferiu tal pretensão ao fundamento de que, levando em conta as mais de 10.000 execuções fiscais aforadas no Juízo, está convencida de que o cadastro municipal está desatualizado quanto ao sujeito passivo, tanto que há feitos ajuizados contra pessoas falecidas, não proprietárias ou não possuidoras do imóvel tributado, entre outras pessoas diferentes das reais devedoras, de modo que os deferimentos anteriores de pedidos de penhora *on line* não resultaram no esperado sucesso (bloquear dinheiro do verdadeiro devedor depositado instituição financeira), mas apenas em vinda de pessoas ao fórum para reclamar verbalmente da medida constritiva, com nítido constrangimento. A d. Juíza ainda assinalou que foram feitas reuniões com Procuradores do Município para esclarecimento da questão, mas nada mudou. A priori, deferiu-se penhora sobre o imóvel.

3. Deferida a liminar (fls. 20/1).

4. Recurso tempestivo, isento de preparo, peças obrigatórias (fls. 11, 17/8, 18), sem contraminuta e sem oposição ao julgamento virtual (fls. 30).

É o relatório.

5. Com relação à penhora *on line*, ou por sistema eletrônico gerido pelo Bacen Jud, depreende-se do art. 854, *caput*, do NCPC, que corresponde ao art. 655-A do CPC/73, que o ato de indisponibilidade de ativos financeiros depositados ou aplicados em instituição financeira, deve recair em valor vinculado ao nome do executado. No mesmo sentido o § 2º do mencionado artigo.

No caso, a inicial da execução e sua respectiva CDA (fls. 12, 13), indicam como executado PÉRCIO ANTÔNIO DOS REIS e MARIA APARECIDA DOS REIS.

No endereço do imóvel tributado, o AR de citação postal foi assinado por MARIA APARECIDA DOS REIS (fls. 15, 16), ou seja, uma das pessoas executadas.

Dessa forma, por ora, nada há que possa impedir o deferimento da

Acesso ao Sumário

pretendida penhora *on line* via Bacen Jud.

Isso porque, não bastasse o acima exposto, conforme art. 11, I, da LEF, a penhora ou arresto de bens recairá, primeiramente, em dinheiro, que pode ser aquele depositado em instituição financeira, tal como deixa claro o art. 835, I, do NCPC, ao estabelecer que a penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira.

Registre-se que a constrição deve se limitar ao valor atualizado da dívida, bem como, não alcançar quantia acobertada por hipóteses de impenhorabilidade previstas no art. 833 do NCPC, no que couber.

Pelo meu voto, **recurso provido** para deferir a pretendida penhora *on line*. Providência a cargo do d. juízo *a quo*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2128414-26.2016.8.26.0000, da Comarca de Taubaté, em que é agravante MUNICÍPIO DE TAUBATÉ, é agravado SEBASTIÃO MONTEIRO BONATO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.479)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RAUL DE FELICE (Presidente sem voto), SILVA RUSSO e RODRIGUES DE AGUIAR.

São Paulo, 14 de setembro de 2016.

ERBETTA FILHO, Relator

Ementa: PENHORA – EXECUÇÃO FISCAL – Insurgência contra determinação de liberação da penhora *on line* sobre ativos financeiros em razão de adesão a acordo de parcelamento – Garantia que persiste – Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de decisão que, nos autos da execução fiscal promovida

em face do ora agravado, deferiu o pedido de desbloqueio dos ativos financeiros por meio do sistema BACENJUD (fls. 12/13). Busca o agravante a reforma do *decisum* argumentando, em síntese, que o parcelamento da dívida não importa, necessariamente, em quitação do débito, e sim em mera expectativa de recebê-lo, de modo que a penhora não poderia ter sido liberada pelo Juízo de primeiro grau.

Regularmente processado, com a concessão de tutela antecipada, seguindo-se a contraminuta.

É o relatório.

Procede a insurgência do agravante.

A presente execução se funda em IPTU dos exercícios de 1995 e 1996, do Município de Taubaté, no âmbito da qual se operou a penhora pelo sistema BACENJUD (fls. 116/117).

Em virtude de acordo entabulado entre as partes (Termo de Confissão de Dívida), porém, o Juízo de primeiro grau, em 20/06/16, deferiu o pedido formulado pelo agravado a fim de que seus ativos financeiros fossem desbloqueados (fls. 12/13).

De fato, a jurisprudência remansosa do Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento segundo o qual a adesão a programa de parcelamento de débito não autoriza a desconstituição da penhora ou garantia dada em juízo.

Nesse sentido, por ocasião do julgamento do AgRg no REsp nº 1.539.840 – RS (2ª Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, v.u., DJe de 28/09/15), assim ficou registrado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. MANUTENÇÃO DA PENHORA EFETIVADA ANTES DA ADESÃO DO CONTRIBUINTE A PARCELAMENTO TRIBUTÁRIO. 1. Esta Corte possui entendimento pacífico no sentido de que o parcelamento tributário possui o condão de suspender a exigibilidade do crédito, porém não tem o condão de desconstituir a garantia dada em juízo. Precedentes: AgRg no REsp 1249210/MG, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 24.6.2011; AgRg no REsp 1208264/MG, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe de 10.12.2010. 2. Ocorre que "o art. 11, I, da Lei 11.941/2009 não prevê que a manutenção da garantia encontra- se vinculada a espécie de bem que representa a garantia prestada em Execução Fiscal. Dito de outro modo, seja qual for a modalidade de garantia, ela deverá ficar atrelada à Execução Fiscal, dependendo do resultado a ser obtido no parcelamento: em caso de quitação integral, haverá a posterior liberação; na hipótese de rescisão por inadimplência, a demanda retoma o seu curso, aproveitando-se a garantia prestada para fins de satisfação da pretensão da parte credora" (REsp 1.229.025/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 22.2.2011, DJe 16.3.2011). 3.

Acesso ao Sumário

Agravo regimental não provido.

A aludida adesão, pois, tem o condão unicamente de suspender a exigibilidade do crédito exequendo, nos termos do que dispõe o art. 151, inciso IV, do CTN, até ulterior pagamento da dívida, de modo que, diante de eventual descumprimento, a Municipalidade poderá levar a cabo a execução fiscal em referência.

Quanto à alegação feita pelo agravado em contraminuta acerca da existência de penhora anterior de imóvel, cumpre destacar que, embora tenha sido oferecido o lote de terreno descrito na petição copiada a fls. 41, não houve formalização desta constrição. Sequer houve pronunciamento judicial nesse sentido, uma vez que a análise do pedido de nomeação do bem imóvel fora postergada para apreciação em momento oportuno (fls. 63).

Por outro lado, eventual formalização na constrição do terreno, o que, repita-se, não ocorreu, em nada obstaria ao deferimento do pedido de penhora *on line*, uma vez que esta atende à ordem de que fala o art. 11 da Lei nº 6.830/80.

Com efeito, não há ofensa ao estatuído no art. 805 do NCPC, pois que, de um lado, a execução realiza-se invariavelmente no interesse do credor (art. 797 do mesmo diploma), e, de outro, não se pode vislumbrar imposição de ônus excessivo ao devedor a pretensão a que a penhora recaia sobre bens que possam melhor garantir a satisfação de seu crédito.

Indiscutível, portanto, a possibilidade de recair a penhora sobre numerário depositado em instituições bancárias do executado, sendo difícil sustentar o contrário, uma vez figurando o dinheiro em primeiro lugar na ordem estabelecida pelo art. 11 da Lei nº 6.830/80.

A propósito, convém destacar o decidido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema quando do julgamento do REsp 1337790/PR (1ª Seção, Relator Ministro Herman Benjamin, DJU de 07.10.2013), remetendo-se aos fundamentos do REsp 1.090.898/SP, submetido ao regime do 543-C, do CPC/73, nos seguintes termos:

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. PRECATÓRIO. DIREITO DE RECUSA DA FAZENDA PÚBLICA. ORDEM LEGAL. SÚMULA 406/STJ. ADOÇÃO DOS MESMOS FUNDAMENTOS DO RESP 1.090.898/SP (REPETITIVO), NO QUAL SE DISCUTIU A QUESTÃO DA SUBSTITUIÇÃO DE BENS PENHORADOS. PRECEDENTES DO STJ.

1. Cinge-se a controvérsia principal a definir se a parte executada, ainda que não apresente elementos concretos que justifiquem a incidência do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC), possui direito subjetivo à aceitação do bem por ela nomeado à penhora em Execução Fiscal, em desacordo com a ordem estabelecida nos arts. 11 da Lei 6.830/1980 e 655 do CPC.

Acesso ao Sumário

(...) Em suma: em princípio, nos termos do art. 9°, III, da Lei 6.830/1980, cumpre ao executado nomear bens à penhora, observada a ordem legal. É dele o ônus de comprovar a imperiosa necessidade de afastá-la, e, para que essa providência seja adotada, mostra-se insuficiente a mera invocação genérica do art. 620 do CPC."

Em suma, e na conformidade do exposto, meu voto propõe dar provimento ao recurso a fim de que o bloqueio efetivado pelo sistema BACENJUD seja mantido, evidentemente, apenas até o limite do valor do débito, sob pena de configurar-se excesso de penhora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2122043-46.2016.8.26.0000, da Comarca de Araçatuba, em que é agravante AGRAL S/A AGRÍCOLA ARACANGUÁ - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, é agravado FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.500)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VERA ANGRISANI (Presidente sem voto), LUIS FERNANDO NISHI e MIGUEL PETRONI NETO.

São Paulo, 2 de setembro de 2016.

PAULO ALCIDES, Relator

Ementa: TUTELA ANTECIPADA. Pretensão de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, decorrente de auto de infração ambiental, cuja nulidade se postula no feito. Ausência dos requisitos necessários. Autoridade policial, em tese, possui legitimidade para aplicação da multa. Além disso, existência de outros autos infracionais pelo mesmo motivo contra a agravante. Mantido o indeferimento da tutela antecipada.

RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

AGRAL S/A AGRÍCOLA ARACANGUÁ (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL) interpõe agravo de instrumento, com pedido de liminar, contra a r. decisão (fls. 51/52), que indeferiu pedido de tutela antecipada nos autos da ação de anulação de auto de infração ambiental, lavrado por uso irregular de fogo em áreas agropastoris para extração de cana-de-açúcar.

Sustenta, em síntese, que o policial militar ambiental não possui habilitação legal para a imposição da multa, por não possuir competência técnica para realizar as medições. Afirma que a despeito da Resolução SMA 32/2010, a Lei nº 5.194/66, em seus arts. 2º e 12º, estabelece que os cargos e funções que exijam conhecimentos de engenharia, arquitetura e agronomia somente poderão ser exercidos por profissionais habilitados de acordo com a respectiva lei, o que torna nulo o ato infracional. Além disso, alega que possui autorização para a queima controlada, não existindo razão para ser responsabilizada pelo incêndio; e que não haverá prejuízo pela suspensão da exigibilidade do crédito tributário (fls. 01/12).

O efeito suspensivo foi indeferido.

A d. Procuradoria Geral de Justiça se manifestou.

Contraminuta (fls. 229/231).

É o relatório.

Deixo de determinar a intimação do agravado, por não vislumbrar prejuízo, em razão do que adiante se decide.

O instituto da antecipação da tutela apenas precipita no tempo possível o resultado final da lide.

Funda-se, efetivamente, no juízo de probabilidade, procurando evitar o perecimento do direito do jurisdicionado.

Não possui caráter definitivo; tanto assim que, além da verossimilhança das alegações e do *periculum in mora*, também exige como requisito a reversibilidade, nos moldes do art. 273, § 2º, do CPC.

No caso, a agravante ingressou com ação anulatória do Auto de Infração Ambiental nº 207915, que lhe impôs multa de R$ 67.129.80, "*por fazer uso de fogo em áreas agropastoris, em área correspondente a 20 hectares, em desacordo com a autorização obtida, incorrendo no disposto no art. 57 da Resolução SMA 37/2005*".

Alega a incompetência do policial militar ambiental para mensurar a área atingida e impor a multa, bem como que não teria interesse em realizar o incêndio, por possuir autorização para a queima controlada, de modo que postula a concessão de liminar para suspender a exigibilidade do crédito tributário.

Todavia, o direito de fiscalização pelo agente policial encontra respaldo

Acesso ao Sumário

na Resolução SMA 32/2010 e, em que pese o disposto nos arts. 2º e 12 da Lei nº 5.194/66, os documentos contidos nos autos revelam que houve impugnação do auto de infração na esfera administrativa, perante a qual o agravante teve oportunidade para apresentar seus argumentos, que foram rejeitados.

Ademais, como bem observou a d. Procuradoria Geral de Justiça, ao alegar incompetência o agravante "*se vale da Lei 5.194/66, lei esta que regula o exercício das profissões de Engenheiro, Arquiteto e Engenheiro-Agrônomo. Com a devida vênia, não há na ação do Policial Militar Ambiental qualquer invasão na esfera de atribuições exclusivas de tais profissões. O fato de mensurar a área na qual houve a queimada não faz com que o Policial Militar tenha agido como engenheiro ou arquiteto, ele apenas cumpriu com suas atribuições, exercendo estritamente seu poder de polícia administrativa*." (fl. 220).

Quanto à falta de interesse na realização do incêndio criminoso, observa-se pelo próprio teor do processo administrativo que existem outros autos de infração lavrados contra o agravante pelo mesmo motivo (fl. 191) e que ele admitiu que esteve no local no momento da queima, o que foi confirmado por testemunhas (fl. 192), tornando duvidosa a alegação de ausência de culpa.

Assim, não estão presentes os requisitos para o deferimento da medida, em especial o da verossimilhança das alegações.

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2156496-67.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é agravado MASTER INDÚSTRIA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.853)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO DELBIANCO (Presidente) e VERA ANGRISANI.

São Paulo, 19 de setembro de 2016.

CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Liminar. Pleito de suspensão de certame licitatório. Licitação

sob a modalidade pregão para aquisição de kits escolares. Desclassificação da agravada, que apresentou maior preço. Alegação de que sua proposta foi vencedora e que não foi justificado o descarte de sua proposta. Liminar deferida para suspensão do certame. Impossibilidade. Ausência de verossimilhança das alegações. Inteligência do art. 4º, XVII da lei nº 10.520/02. Decisão reformada. Agravo de instrumento provido, e embargos de declaração prejudicados.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de liminar interposto pelo Município de São Paulo contra a r. decisão de fls. 154/156 (autos originários), que deferiu a liminar pleiteada nos autos do mandado de segurança impetrado em face de ato praticado pela autoridade coatora, para suspender a eficácia do ato coator (despacho) que indeferiu o recurso interposto pela impetrante e adjudicou o objeto da licitação, suspendendo, ainda, os atos subsequentes, sobretudo a celebração do contrato publicada em 23/06/2016.

O agravante, em suas razões (fls. 01/10) sustenta que o procedimento licitatório foi regular, pois nos termos da Lei Federal nº 10.520/02, após a verificação pelo pregoeiro da oferta de R$ 7,90, jamais poderia ter o pregoeiro declarado aceitável o valor proposto e encerrado a licitação, como pretende o impetrante, mas sim oportunizar aos três primeiros licitantes novos lances, exatamente como fez, daí ter aceitado a 2ª colocação que ofertou o valor de R$ 7,58, o que gerou uma economia de R$ 163.501,64 aos cofres públicos. Assim, se a pretensão do impetrante fosse aceita, a administração estaria obrigada a contratar com empresa cujo preço é superior a outra já identificada no mercado.

Pugna pelo provimento do recurso, para suspensão da liminar concedida no juízo originário.

O pedido de liminar foi deferido (fls. 44/45).

A impetrante ofertou contrarrazões às fls. 50/55, pela manutenção da decisão recorrida, bem como Embargos de Declaração em face da liminar concedida nesta esfera recursal (cf. apenso de fls. 01/05).

A D. Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer à fl. 58/61, no sentido de dar provimento ao recurso.

É o relatório.

1. De início, considera-se prejudicados os embargos de declaração de fls. 01/05 do incidente nº2156496-67.2016.8.26.0000/50000, tendo em vista que o

Acesso ao Sumário

presente recurso se encontra apto para julgamento.

2. Trata-se de mandado de segurança impetrado por Master Indústria Comércio e Representações Ltda., ora Agravada, pretendendo a anulação de sua desclassificação no Pregão Eletrônico nº 15/SME/2016, realizado pelo Município de São Paulo (Secretaria Municipal de Educação).

O objeto do Pregão era a aquisição de kits escolares (agenda e estojo reciclado), na modalidade menor preço unitário do kit.

A impetrante apresentou o valor de R$ 7,90, e no prosseguimento do pregão a outra empresa ofertou valor menor (R$ 7,58).

Alega a agravada que sua proposta foi vencedora e que não foi justificado o descarte de sua proposta.

Por tal motivo, ajuizou a presente ação, sendo nela deferida a liminar para suspender a eficácia do ato coator (despacho proferido em 03/06/2016, pelo qual foi indeferido o recurso interposto pela impetrante, adjudicando o objeto da licitação), suspendendo, ainda, os atos subsequentes, sobretudo a celebração do contrato publicada em 23/06/2016.

Contra a decisão agravada insurge-se o Município de São Paulo, pelo presente agravo.

3. Com razão.

Ao elaborar editais de pregão, a Administração deve se ater aos limites de discricionariedade delineados no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, formulando apenas exigências pertinentes à qualidade de "comum" que deve revestir o objeto licitado.

Assim, não se mostra razoável a formulação de exigências excessivas, sob pena de se desnaturar a simplicidade do objeto de sua execução, bem como ante o risco de comprometer a competitividade que deve marcar os procedimentos licitatórios.

Com efeito, as exigências de habilitação para a licitação na modalidade pregão devem ser correspondentes à simplicidade do objeto, de forma que não comprometa a regularidade do instrumento convocatório.

Acesso ao Sumário

Toda licitação vincula-se a um edital, de maneira que, sendo fixadas exigências contrárias àquelas permitidas pelas Leis 10.520/02 e 8.666/93, estará o procedimento sujeito às impugnações do art. 41 da Lei 8.666/03 e, ainda, ao ajuizamento da medida judicial cabível.

4. No caso em apreço, a regulamentação do leilão eletrônico – **art. 4º, XVI da lei nº 10.520/02 permite que o pregoeiro continue o pregão visando reduzir o valor das ofertas, para que a Administração obtenha proposta mais vantajosa.**

A agravada tenta ignorar a sistemática do pregão, insistindo que sua

proposta original era, a princípio, a menor; não sendo esta exatamente a forma do pregão eletrônico.

A lei nº 10.520/02, coloca:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(...)

XI - examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade;

(...)

XVI - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subseqüentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;

XVII - nas situações previstas nos incisos XI e XVI, o pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido preço melhor;

No caso em tela, como consta da ata juntada, apesar da proposta da agravada ser a menor, dentre as ofertadas inicialmente, o pregoeiro entendeu que o valor ainda não era aceitável (era elevado e poderia ser reduzido); dando a agravada e às demais empresas oportunidade para reduzir o valor, atentando para o interesse público.

Pelo contexto do pregão e da ata era evidente que a proposta formulada pela agravada foi considerável inaceitável em razão de seu valor; tanto que o pregão prosseguiu visando a redução, que foi obtida.

Diante da redução da outra empresa para R$ 7,58 **a agravada teve oportunidade para fazer nova oferta, deixando expressamente de fazê-lo, perdendo o pregão**.

Com efeito, não se vislumbra irregularidade na situação, até porque, como demonstrou a documentação, a agravada já havia participado de outros pregões e outros lotes, estando ciente da situação e dos valores praticados.

Assim, não parece estar presente o relevante fundamento.

5. Quanto à situação da urgência ela é inversa, pois se suspensa a licitação a Administração terá problemas para fornecer o material aos alunos.

Logo, de rigor a revogação da liminar.

Diante do exposto, **o recurso é conhecido e provido,** para revogar a r. decisão agravada de fls. 154/156 (autos originários). Ficam prejudicados os embargos de declaração apresentados pela agravada.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2037365- 98.2016.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante JORGE AKIRA DE ARAÚJO CALDAS, é agravado SECRETÁRIO MUNICIPAL DE TRANSPORTES DE CAMPINAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.516)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), FRANCISCO BIANCO e NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 23 de setembro de 2016.

FERMINO MAGNANI FILHO, Relator

Ementa: TRANSPORTE PRIVADO DE PASSAGEIROS (UBER) – Pedido de liminar, indeferido pelo Juízo de origem em ação de mandado de segurança, para que os agentes da municipalidade se abstenham de apreender veículos e/ou praticar quaisquer outras medidas restritivas que impossibilitem o livre exercício da atividade dos motoristas e usuários do aplicativo Uber – Agravo de instrumento recebido no efeito suspensivo, com ideia subjacente de que a concessão da liminar neste recurso era a falta de regulamentação do aplicativo – Presença dos requisitos para concessão da medida liminar incidental – Fiscalização da municipalidade que deve se limitar à análise das condições de conservação e de segurança do veículo, sua regularidade documental, aplicação das leis de trânsito, coibição de embriaguez ao volante – Precedentes jurisprudenciais – Agravo de instrumento provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Agravo de instrumento interposto por Jorge Akira de Araújo Caldas contra

decisão proferida pelo digno Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Campinas (traslado de fls 24/29) – em mandado de segurança, impetrado em face do Secretário de Transportes dessa Municipalidade – que, em essência, indeferiu liminar para o fim de que a autoridade impetrada e seus agentes se abstenham de apreender veículo e/ou praticar quaisquer atos ou medidas restritivas que impossibilitem o livre exercício da atividade do impetrante, motorista credenciado no aplicativo *Uber* (locação de transporte de passageiros em veículos privados).

Pedido de reforma assim sumariado: a) o que está em jogo é o livre exercício constitucional da atividade econômica; b) não se discute, nem sequer se questiona, a competência municipal para regulamentar e fiscalizar a atividade de transporte; c) inviabilização do exercício duma atividade econômica legítima, sob as vestes do exercício do poder de polícia, em afronta à Constituição Federal (fls 1/23).

Processamento com liminar suspensiva (fls 587/590). Anoto a interposição de Agravo Interno nº 2037365-98.2016.8.26.0000/50000 contra esta decisão.

Não foram requisitadas informações ao digno Juízo *a quo.*

Agravo respondido (fls 600/613).

A Procuradoria de Justiça informou seu desinteresse no feito (fls 646).

É o relatório.

Jorge Akira de Araújo Caldas impetrou mandado de segurança em face do Secretário Municipal de Transportes de Campinas, imputando-lhe a ilegalidade da apreensão e tomada de medidas restritivas que impossibilitam o livre exercício da atividade dos motoristas e usuários do aplicativo *Uber* (locação de transporte de passageiros em veículos privados), tido pela Prefeitura Campineira como fomentador de transporte clandestino. Afirma que tal procedimento enseja aos motoristas as punições previstas no artigo 221 da Lei Municipal nº 13.775/2010, além de multa no valor de R$ 3.100,00 e apreensão do veículo (fls 32/52).

O digno magistrado *a quo* indeferiu a liminar coativa da fiscalização local (fls 24/29). Eis a decisão agravada.

Respeitado o entendimento do douto magistrado, com razão o impetrante.

Neste sentido, mantenho a decisão datada de 1º/03/2016 (fls 587/590).

Com efeito, é notória a polêmica instalada nos últimos meses, não só nas principais capitais brasileiras como noutros países, sobre a novidade e consequências do advento do aplicativo *Uber.* Serviço que surge como alternativa à atividade taxista "tradicional", porém no limbo da regulamentação usual das prefeituras. Novidade que como outras aturde, não havia planos em lugar algum; metrópoles estrangeiras também tatearam nesse moderno "conflito de classes".

Acesso ao Sumário

Há inequivocamente, de parte dos antagonistas, motoristas de táxis "tradicionais", pretensões monopolistas, temor à concorrência, o repúdio ao convívio com esse novo serviço, movimentos paredistas em vias públicas (em prejuízo da normalidade urbana). E no extremo, violências físicas rotineiramente publicadas na imprensa.

O que de fato ocorre é apenas reflexo da inserção dos meios eletrônicos na vida cotidiana. Telefones celulares, para focarmos o exemplo mais óbvio, ultrapassaram a noção elementar da mera comunicação; prestam-nos inestimáveis confortos instantâneos, possibilitam chamadas de longa distância a custo baixíssimo (governos e empresas telefônicas já sentem o prejuízo na boca do caixa). São, como o *Uber*, derivações múltiplas do *ecommerce* que, no caso dos autos, esbarra nos preceitos constitucionais sobre a liberdade econômica.

Ressalto como premissa, que a fiscalização das Prefeituras sobre a frota circulante e os transportes públicos em particular, neles incluído o serviço (autorizado ou dito clandestino) de táxis, é necessária e está constitucionalmente legitimada em proveito da segurança comum, cidadãos e usuários desses veículos; deve existir é legítima, seria um contrassenso coibi-la. Mas essa vigilância deve restringir-se à análise das condições de conservação e de segurança do veículo, sua regularidade documental, aplicação das leis de trânsito, coibição de embriaguez ao volante etc. A Administração não pode apreender veículos, como diariamente noticiado em tantas localidades do país, apenas por que tais motoristas não são considerados "oficialmente" taxistas num campo, ao que parece, ainda não convenientemente regulamentado da atividade econômica eletrônica.

Agir de modo contrário impediria, num exame perfunctório, o exercício da liberdade constitucional de empreendedorismo privado. Debate desafiante a ser melhor estruturado no julgamento do mérito da demanda.

Assunto já enfrentado pela Eg. 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, nos autos do Agravo de Instrumento nº 0061837-32.2015.8.19.000, sob relatoria da douta Desembargadora Marcia Ferreira Alvarenga: *Em nenhum momento está em discussão aqui a competência e legitimidade da Municipalidade de regular e fiscalizar a atividade de transporte, zelando pela sua qualidade e segurança. O ponto controverso cinge-se a avaliar se exercer essa prerrogativa abrange a possibilidade de proibir todo um setor dessa atividade econômica, isto é, se é compatível com os postulados normativos da razoabilidade e da proporcionalidade, que o Município possa, em lugar de fiscalizar a presença dos requisitos para realizar o transporte, impedir que os particulares celebrem contratos de transporte individual, com pessoas que não sejam taxistas, com autorização do Poder Público* (fls 1155/1161).

Acesso ao Sumário

E nesta Corte Paulista, extraído dos autos do Agravo de Instrumento

nº 2177604-89.2015.8.26.0000, ponderou o douto Desembargador Sérgio Coimbra Schmidt, 7ª Câmara de Direito Público: *o tema não se circunscreve à simplicidade que aparenta ter, e para que se de conta disso basta ter em mente que a Ministra Nancy Andrighi, cujo saber jurídico é notório, observou em palestra ministrada dia 24, no II congresso Brasileiro de Internet, lembrou haver distinção entre o transporte público individual (art. 4º, VIII, da LE nº 12.587/12), típico da atividade exercida por taxistas, e o transporte motorizado privado (art. 4º, VII, da Lei nº 12.587/12)* (fls 512/515).

Diante de tais fundamentos, entendo presentes os requisitos para a concessão da liminar pleiteada no *mandamus* e, por isso, é de ser provido o agravo de instrumento nos estritos termos do seu objeto. Ressalto a sempre presente a cautela de não prejulgar a impetração original, nem constranger o nobre magistrado *a quo* na sua livre convicção. Esta decisão encerra tão somente questão incidental.

Por meu voto, dou provimento ao recurso.

Ficam as partes e respectivos procuradores cientificados que eventuais recursos interpostos contra esta decisão poderão ser submetidos a julgamento virtual.

Eventual oposição deverá ser formalizada no momento de sua interposição ou resposta.

O silêncio será interpretado como anuência ao julgamento virtual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2142968-63.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ELIANA NUNES DA SILVA, são agravados SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – SPPREV e FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.934)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS GANZERLA (Presidente) e AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 3 de outubro de 2016.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Responsabilidade civil do Estado – Erro médico – Decisão que indeferiu a produção de prova testemunhal solicitada pela agravante – Necessidade – Realidade fática que não é constatada unicamente por meio de prova pericial, especialmente no que se refere ao pedido de danos morais (circunstâncias e extensão do dano) – Inteligência do art. 443 do NCPC – Decisão reformada.

Recurso provido.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto contra a decisão copiada a fls. 220, proferida nos autos de ação de indenização por danos materiais e morais, que indeferiu pedido de produção de prova oral formulado pela autora (ora agravante), sob o argumento que, em se tratando de indenização por erro médico, a prova deve ser unicamente técnica.

A agravante alega, em síntese, que o indeferimento da oitiva de testemunhas caracteriza cerceamento de defesa, uma vez que a produção de referida prova é necessária à demonstração de todo o transtorno suportado em decorrência da má prestação do serviço oferecido pelas agravadas (danos morais).

Foi concedido efeito suspensivo a fls. 223/224.

Decorreu *in albis* o prazo para apresentação de contraminuta (certidão de fls. 229).

É o relatório.

O recurso deve ser provido.

Acesso ao Sumário

É cediço que o artigo 370 do NCPC autoriza o juiz a dispensar as diligências inúteis ou que repute desnecessária para o deslinde da causa, sem que isso represente violação ao princípio do contraditório, uma vez que "***sendo o juiz o destinatário da prova, somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não de sua realização***" (RT 305/121).

Assim, aprioristicamente, a pertinência ou não da realização da prova está ao prudente arbítrio do juiz da causa e, no caso em tela, o juízo *a quo* entendeu necessária somente a prova pericial para o deslinde da questão, tendo em vista que a prova técnica seria a única hábil à aferição da responsabilidade civil por erro médico.

Contudo, sem razão.

Dispõem os artigos 442 e 443 do NCPC que "***a prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos:***

I - já provados por documento ou confissão da parte;

II - que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados".

Em que pese o entendimento do juízo *a quo*, os fatos controvertidos não se amoldam ao supracitado inciso II.

Obviamente que a prova pericial médica, em se tratando de responsabilidade civil por erro médico, afigura-se necessária ao julgamento do mérito. Todavia, não é suficiente no que tange à apreciação do pedido de indenização pelos **danos morais.**

Desta feita, a prova testemunhal, caso seja apurada a ocorrência de erro médico pela prova pericial, exsurge como importante elemento de convicção das circunstâncias e, principalmente, da extensão do dano, possibilitando o razoável arbitramento do *quantum* indenizatório.

Aliás, o próprio juízo *a quo*, em decisão anterior à agravada, havia apontado para a eventual necessidade de produção de prova oral (fls. 215), especialmente para verificar a extensão dos danos, a saber: "*Para verificar a ocorrência do alegado erro médico e também para* ***verificar a extensão dos danos****, defiro a realização de perícia médica. As partes deverão apresentar quesitos no prazo legal. Depois, oficie-se ao IMESC solicitando agendamento.* ***Oportunamente será designada audiência para oitiva de testemunhas****. No silêncio, arquivem-se os autos*" (grifamos).

Não é justificável, portanto, o indeferimento da prova oral, o que acarretaria cerceamento de defesa, motivo pelo qual a decisão agravada deve ser reformada.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso.

Eventuais recursos que sejam apresentados deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância esta deverá ser apresentada no momento da apresentação de referidos recursos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2127467-69.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – SPPREV, é agravado MARIA JOSÉ GANEJ CARLESSI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito

Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.922)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CRISTINA COTROFE (Presidente) e BANDEIRA LINS.

São Paulo, 6 de outubro de 2016.

LEONEL COSTA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – LIMINAR – DEFERIMENTO – PARIDADE E INTEGRALIDADE DE VENCIMENTOS – Pleito visando o reconhecimento do direito à aposentadoria especial, com recebimento de vencimentos integrais e paridade com remuneração recebida pelos policiais da ativa, nos termos e critérios da Lei Complementar Federal 51/85, com redação dada pela Lei Complementar Federal 144/14, e Lei Complementar Estadual nº 1.062/08 – Servidora que ingressou na carreira antes da EC 41/03 – Violação pela Administração Pública dos princípios do contraditório e da ampla defesa – Discricionariedade do Juízo, cuja decisão não se mostra teratológica – Presença dos requisitos autorizadores para a concessão da tutela antecipada – Decisão mantida. Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento extraído de mandado de segurança, interposto contra a decisão de fls. 87/89, que deferiu a liminar, para o fim de determinar às impetradas que, uma vez preenchidos os demais requisitos necessários à aposentadoria da impetrante, os quais devem ser analisados administrativamente, farão jus à aplicação da LC 51/85, LC 1.062/08, bem como à EC 41/03, com o fito de que lhe seja garantidas a paridade e integralidade de vencimentos.

Sustenta a agravante que não foi observado o artigo 7º da Lei nº 12.016/2009, bem como os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular. Aduz que a pretensão da impetrante colide frontalmente com o disposto na legislação de regência e com a orientação jurisprudencial dominante. Assevera que a Lei complementar nº 144/2014 não

Acesso ao Sumário

garante o direito de aposentar-se com integralidade de proventos e paridade remuneratória. Afirma que o artigo 40, §4º, da Constituição Federal estabelece requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria especial, mas não menciona critérios diferenciados para o cálculo dos proventos. Alega que a aposentadoria voluntária especial dos policiais civis paulistas, conforme o referido artigo, dá direitos a proventos calculados a partir dos valores fixados na forma dos seus parágrafos 3º e 17º. Sustenta que a partir da reforma previdenciária promovida pela EC 41/2003, o servidor público titular de cargo efetivo deixou de ter direito a proventos de igual valor à remuneração percebida no cargo em que vier a se aposentar. Acrescenta que as normas contidas na Lei 10.887/2004 dispõem sobre a aplicação de disposições da referida EC e dá outras providências. Sustenta que o STF, ao afirmar a recepção da Lei Complementar Federal nº 51/85 pela CF, limitou-se a assegurar a legitimidade da fixação de critérios diferenciados para a concessão da aposentadoria, sem abordar a forma de cálculo do benefício previdenciário que, por óbvio, jamais poderá destoar do disposto no artigo 40 da CF. Alega a impossibilidade de paridade remuneratória com os servidores em atividade, já que está não mais subsiste, exceto nos casos expressamente previstos, com o preenchimento de requisitos específicos, o que não é o caso, posto que a parte deve preencher os requisitos previstos nas regras de transição trazidas pelas EC 41/03 e EC 47/05. Acrescenta que a opção pela aposentadoria especial necessariamente exclui a aplicação das regras de transição. Requer a concessão de efeito suspensivo e a reforma da decisão agravada.

O agravo é tempestivo e vem instruído com a documentação obrigatória referida no artigo 1.017, I, do Novo Código de Processo Civil.

Pela decisão de fls. 17/20, este relator indeferiu o efeito suspensivo pleiteado. A agravada apresentou resposta (fls. 22/31).

É o relatório.

A demanda versa sobre o reconhecimento do direito da impetrante, investigadora de polícia, à aposentadoria especial, com recebimento de vencimentos integrais e paridade com a remuneração recebida pelos policiais da ativa, nos termos da Lei Complementar Federal 51/85, Lei Complementar Federal nº 144/04 e Lei Complementar Estadual nº 1062/08.

O Magistrado "a quo" deferiu a liminar. Desta decisão, insurgem-se as agravantes.

Verifica-se que o presente agravo limita-se à presença ou não dos requisitos autorizadores da concessão da medida, vedado o exame da matéria de fundo da cautelar originária.

Prescreve o *caput* do art. 300 do NCPC/2015 que "A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do

Acesso ao Sumário

direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.".

Como se vê, antecipação de tutela exige condição excepcional, consubstanciada na evidência do direito pretendido, cercado de elementos probatórios seguros e sobre os quais não existam duvidas.

Ademais, a concessão da medida constitui faculdade atribuída ao Magistrado, utilizando-se ao seu prudente arbítrio e livre convencimento, dependendo o deferimento da relevância do fundamento do pedido e do risco da ineficácia da medida, na hipótese de se aguardar decisão final.

Segundo o Prof. Hely Lopes Meirelles, Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes os requisitos autorizadores para a concessão de liminar em mandado de segurança são:

> "(...), a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante se vier a ser reconhecido na decisão de mérito – 'fumus boni júris' e 'periculum in mora'." (in "Mandado de Segurança e ações constitucionais", Malheiros Editores, 32ª edição, 2009, p. 86).

A respeito do tema, anota Theotonio Negrão:

> "a liminar em mandado de segurança é ato de livre arbítrio do juiz e insere-se no poder de cautela adrede ao magistrado. Somente se demonstrada a ilegalidade do ato denegatório da liminar e ou o abuso de poder do magistrado, e isso de forma irrefutável, é admissível a substituição de tal ato, vinculado ao exercício do livre convencimento do juiz, por outro da instância superior". (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, Saraiva, 37ª ed., pág. 1.828, nota 21b ao art. 7° da Lei n° 1.533/51).

Em mandado de segurança, cabe a discricionariedade do Juiz quanto aos requisitos da liminar e a sua decisão só pode ser revogada em instância superior se presente ilegalidade ou abuso de poder, o que não se demonstrou no presente caso.

Frise-se que, o artigo 7º, III, da Lei n.º 12.016/2009, ao tratar da possibilidade de concessão de medida liminar em mandado de segurança, estabelece que:

> Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:
>
> (...)
>
> III – que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, **quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida**, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

Disso se extrai que são exigidos dois requisitos para que se posse deferir, *in limine litis*, a medida assecuratória necessária à salvaguarda da eficácia da

Acesso ao Sumário

ulterior ordem de segurança, quais sejam: **(i)** fundamento relevante (*fumus boni iuris*) e **(ii)** risco de ineficácia da medida (*periculum in mora*).

Em que pese o inconformismo e a despeito da relevância da fundamentação, compartilho o entendimento do magistrado de primeiro grau e vislumbro presentes os requisitos necessários para a concessão da tutela deferida pela decisão ora agravada.

Sabe-se que, embora os policiais civis do Estado de São Paulo já possuam direito regulamentado à aposentadoria especial, sendo indevida a pretensão de que se aplique parte de outros regimes diferenciados, não se pode ignorar as mudanças instituídas pela Lei Complementar Federal nº 144/2014, principalmente no que diz respeito à aposentadoria voluntária diferenciada das policiais femininas, passando a se exigir 25 (vinte e cinco) anos de contribuição, desde que conte, pelo menos, 15 (quinze) anos de exercício em cargo de natureza estritamente policial.

Assim, pra ser reconhecido o direito à aposentadoria especial, devem ser preenchidos os requisitos estabelecidos pela Lei Complementar Estadual nº 1.062/08 no que não colidem com os estabelecido pela Lei Complementar Federal nº 51/85, conforme determinou o magistrado "a quo".

Ademais, pela alteração dos requisitos da Lei Complementar Federal nº 144/2014, diferente do alegado pelas agravantes, foi estabelecida novas regras para policial feminina, bem como prevê o direito à integralidade de vencimentos.

Do exame dos autos, verifica-se que a impetrante ingressou no cargo de investigadora da polícia em 22/4/91, bem como contribuiu para a previdência oficial de 1/12/86 a 22/2/91 (tempo averbado no assento funcional – fls. 45/47 – tempo de serviço – 27 anos, 10 meses e 7 dias em 8/12/2014).

Como o ingresso nos quadros da policia civil se deu antes da edição da EC nº 41/03, está dispensado o requisito de idade, sujeitando-se apenas à comprovação do tempo de contribuição previdenciária e do efetivo exercício em atividade estritamente policial (artigo 3º da Lei Complementar nº 1.062/08), bem como observada a paridade e integralidade de vencimentos com o salário dos policiais da ativa.

Assim, devida a determinação de que, preenchidos os requisitos necessários à aposentadoria, os quais deverão ser analisados administrativamente, fará jus à aplicação da LC 51/85, LC 1.062/08 e EC 41/03.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 1022663-39.2015.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FERNANDA MARIA CARLINI E OUTROS, é agravado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.650)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS GANZERLA (Presidente), JARBAS GOMES e OSCILD DE LIMA JÚNIOR.

São Paulo, 1º de setembro de 2016.

LUIS GANZERLA, Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO – Pretensão de reexame e reforma de decisão monocrática – Agravo interno desprovido.

VOTO

A decisão ora recorrida foi lavrada nos seguintes termos:

*"Os recorridos, **Fernanda Maria Carlini** e **outros**, servidores públicas estaduais ativos, propuseram ação dirigida a **Fazenda do Estado de São Paulo**, com o intuito de obter o reconhecimento do direito ao cálculo da sexta-parte sobre os vencimentos integrais (fls. 01/10).*

Sobreveio a r. sentença de procedência, condenada a demandada ao recálculo da sexta- parte a incidir sobre os vencimentos dos acionantes, excetuadas as gratificações eventuais, e no pagamento das diferenças, acrescidas de juros de mora, a contar da citação, e correção monetária, desde quando devidas, de acordo com a Lei 11.960/09 e pelo índice do IPCA-E, a partir de 25.03.2015, observada a prescrição quinquenal, bem como no pagamento das verbas de sucumbência e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação. O C. Juízo de primeiro grau determinou o reexame necessário (fls. 81/83).

*Inconformada, recorre a **vencida,** na busca de afastar a incidência da Gratificação por Atividade de Magistério (GAM) da base de cálculo da*

Acesso ao Sumário

sexta-parte e, ainda, pede a aplicação integral da Lei nº 11.960/09 quanto aos juros e correção monetária (fls. 88/94).

Contrariado o recurso, os autos foram remetidos a este E. Tribunal (fls. 97/110). É o relatório, em acréscimo ao da r. sentença recorrida.

O STJ já decidiu, ainda com base no Cód. Proc. Civil anterior, no v. aresto no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.119.814/SP, Segunda Turma, j. 01.12.2009, a respeito de decisão monocrática, com a seguinte ementa, na parte de interesse deste julgado.

"2. O julgamento monocrático pelo relator encontra autorização no art. 557 do CPC, que pode negar seguimento a recurso quando:

a) manifestamente inadmissível (exame preliminar de pressupostos objetivos);

b) improcedente (exame da tese jurídica discutida nos autos);

c) prejudicado (questão meramente processual); e

d) em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do STF ou de Tribunal Superior.

3. Monocraticamente, o relator, nos termos do art. 557 do CPC, poderá prover o recurso quando a decisão recorrida estiver em confronto com súmula do próprio Tribunal ou jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1º do CPC)."

O art. 557, da antiga lei adjetiva civil, foi substituído pelos arts. 1.011, caput (para apelações) e art. 1.019, caput (para agravos de instrumento), cc. art. 932 e incisos, do atual Cód. Proc. Civil.

Considera-se interposto o reexame necessário, pois ilíquida a sentença, de molde a afastar a exceção prevista no inciso II do § 3º do art. 496 do novo Cód. Proc. Civil.

Expressa o art. 129, da Constituição Estadual:

"Ao servidor público estadual é assegurado o percebimento do adicional por tempo de serviço, concedido no mínimo por quinquênio, e vedada a sua limitação, bem como a 1/6 (sexta parte) dos vencimentos integrais concedida aos 20 (vinte) anos de efetivo exercício, que se incorporarão aos vencimentos para todos os efeitos, observado o disposto no artigo 115, XVI, desta Constituição."

De seu turno, o art. 115, XVI, acima referido, dispõe:

"Art. 115 - Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:

.....

"XVI - os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores sob o mesmo título ou idêntico fundamento."

Acesso ao Sumário

Evidente não ter sido a intenção do legislador em compreender na expressão "vencimentos integrais", contida no art. 129 da Constituição Paulista, o sentido de padrão de vencimentos mais adicionais, vantagens e outros benefícios. A pretensão, evidentemente, abrange apenas o padrão de vencimentos e as vantagens incorporadas efetivamente, ante a norma proibitiva esculpida no art. 115, XVI, da Constituição Estadual.

E adotando-se a hipótese atingir-se-ia o intitulado "efeito cascata", pois ocorreria incidência de adicionais sobre adicionais, sobre sexta parte e demais vantagens pecuniárias, fossem incorporadas ou não.

E para evitar essas situações abusivas, estabeleceu a Constituição Federal, por seu art. 37, XIV, redação antiga, da seguinte forma:

"os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados, para fins de concessão de acréscimos ulteriores sob o mesmo título ou idêntico fundamento."

A atual redação, anote-se, mais acertada, ficou estagnada na palavra "ulterior".

*A C. 1.ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal já teve oportunidade de decidir, em caso assemelhado ao presente, não incidir na sexta parte as gratificações provisórias, eventuais, ou ainda não incorporadas ao vencimento do servidor (cfe. ap. n.º 43.597.5/6, São Paulo, rel. **DES. LUIZ TÂMBARA**). No mesmo sentido, julgado da 3.ª Câm. de Direito Público desta Corte, na ap. n.º 33.818.5/8, rel. **DES. RIBEIRO MACHADO** e outro da 1.ª Câm. de Direito Público, ap. n.º 79.143-5/3, de São Paulo, j. 19.10.99, Voto 3070.*

Ademais, esta C. Corte, no julgamento da ap. cível n.º 271.041-1/3-00, deixou estabelecido que "vencimentos integrais, aos quais o artigo 129 da Constituição do Estado se refere, são aqueles que compõem efetiva e definitivamente os vencimentos, como acontece com os quinquênios, gratificações de representação incorporadas e vantagens iguais. Esses vencimentos integrais não podem ser outros senão os efetivos, imutáveis, incorporados e não os que decorrem de situação passageira e que podem cessar, tais como aqueles que decorrem de representação por serviço especial, salário-família, horas extras, e outras tantas, passíveis de cessação."

*Nesse mesmo diapasão, seguiram-se outros julgados desta C. Corte, v.g. ap. n.º 342.776-5/3, de São Paulo, rel. **DES. TOLEDO SILVA**, j. 11.09.2004, 8.ª Câm. Direito Público, cuja ementa tem o seguinte teor:*

"SERVIDOR PÚBLICO – Sexta-parte sobre a totalidade dos vencimentos – Artigo 129 da Constituição do Estado – Artigo 178 da LC 180/78 – Questão disciplinada pelo artigo 37, XIV, da CF, com a redação dada pela EC 19/98 – Ação julgada improcedente – Recurso improvido."

*Esses vv. arestos seguiram a orientação da Uniformização de Jurisprudência n.º 193.485-1/6-03, São Paulo, rel. **DES. LEITE CINTRA**, j. 14.6.96.*

Acesso ao Sumário

Consignado que os adicionais por tempo de serviço (quinquênios) não podem ser calculados sobre os vencimentos integrais, cabe verificar quais as vantagens remuneratórias devem ser consideradas como reajustes de vencimentos, em caráter genérico.

Assim, o benefício do adicional por tempo de serviço deve incidir sobre os benefícios que constituem efetivamente reajustes remuneratórios, excluídas as vantagens pessoais, independente da designação do benefício, adicional ou gratificação.

Nesse sentido, o entendimento dessa 11.ª Câmara no v. aresto n.º 0003691-48.2009.8.26.0053, j. 10.10.11, rel. ***DES. RICARDO DIP****, transcrito em parte:*

"O problema não é de designação do benefício pecuniário, não é de nomen, é de numen. Se, denominado embora gratificação ou adicional, o suposto "acréscimo" remuneratório não é vantagem monetária acrescida de modo acidental, mas reajustamento remuneratório, exatamente porque se agrega (ou inere) ao vencimento (no singular), integra a base de cálculo dos adicionais, assim também a da sexta-parte.

O egrégio Supremo Tribunal Federal já enfrentou, em várias ocasiões, o tema de "gratificações" desse gênero, reconhecendo-lhes o caráter genérico, motivo pelo qual pertinente sua absorção nos vencimentos, proventos e pensões (cf., brevitatis causa, STJ - AgR no Ag 440.870; AgR no Ag 446.724; AgR no Ag 505.221; AgR no Ag 422.141)."

Já decidiu o STF em decisão monocrática proferida no Recurso Extraordinário n.º 575.899, rel. ***MIN. CARLOS BRITTO****, j. 30.10.2008, no seguinte teor:*

"DECISÃO: Vistos, etc. Trata-se de recurso extraordinário, com fundamento na alínea "a" do inciso III do art. 102 da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 2. Da leitura dos autos, observo que o Tribunal de origem negou aos recorrentes – pensionistas de ex-servidores públicos falecidos – a percepção das seguintes vantagens: Gratificação de Assistência e Suporte à Saúde - GASS, instituída pela Lei Complementar paulista nº 871/2000; Gratificação de Suporte às Atividades Escolares - GSAE, instituída pela Lei Complementar paulista nº 872/2000; Gratificação por Atividade de Polícia - GAP, instituída pela Lei Complementar paulista nº 873/2000; Gratificação por Trabalho Educacional - GTE, instituída pela Lei Complementar paulista nº 874/2000; Gratificação de Suporte Administrativo - GASA, instituída pela Lei Complementar paulista nº 876/2000 e Gratificação de Suporte à Atividade Penitenciária GSAP, instituída pela Lei Complementar paulista nº 898/2001. Isso por entender que se trata de vantagens devidas exclusivamente a servidores ativos. 3. Pois bem, os recorrentes apontam violação ao § 8º do artigo 40 da Constituição Federal de 1988. 4. Tenho que o apelo extremo merece acolhida. Isso porque o aresto impugnado destoa da jurisprudência

Acesso ao Sumário

desta Corte. 5. Com efeito, ao examinar casos semelhantes ao presente, também oriundos de São Paulo e com o mesmo objeto, o Supremo Tribunal Federal assentou o caráter genérico das gratificações em comento. Daí a sua extensão aos inativos e pensionistas, por força do § 8º do artigo 40 da Lei Maior. 6. No mesmo sentido: AI 432.584-AgR, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, AI 505.221-AgR, da relatoria do ministro Cezar Peluso, AI 599.582 da relatoria do ministro Gilmar Mendes e REsp 510.576 e 523.022 de minha relatoria. Isso posto, e frente ao § 1º-A do art. 557 do CPC, dou provimento ao recurso. Ficam invertidos os ônus da sucumbência.".

Cumpre consignar, do exame dos demonstrativos de pagamento juntados aos autos, verifica-se a ausência das seguintes verbas, pleiteadas na exordial, ***Gratificação por Atividade de Magistério (GAM), Gratificação Geral e Vantagem Pessoal****, as quais, portanto, não serão objeto de análise (fls. 5 e 35/44).*

Desta forma, conforme comprovantes de pagamento, serão analisadas as seguintes verbas:

1. ***Gratificação Especial – Supervisor de Ensino****, instituída pela Lei Estadual nº 744, de 28.12.1993, nos seguintes termos:*

Artigo 3º - Fica instituída, para os integrantes da classe de Supervisor de Ensino, do Quadro do Magistério da Secretaria da Educação, Gratificação Especial correspondente a 10% (dez por cento) do valor do padrão em que estiver enquadrado o cargo servidor.

Parágrafo único - Para fazer jus à gratificação de que trata este artigo, o servidor, sem prejuízo da jornada de 40 (quarenta) horas a que está sujeito deverá optar pela prestação de 4 (quatro) horas semanais de trabalho, destinadas ao comparecimento às escolas, durante o funcionamento do curso noturno.

E, conforme já decidiu esta 11ª Câmara, "A referida lei complementar estabeleceu gratificação específica segundo o nível de atribuição dos servidores (supervisores de ensino), quando no exercício de suas funções, não se estendendo aos inativos. Trata-se, portanto, de vantagem concedida com relação a situação peculiar de service)" (ap. 994.09.304157-3, rel. ***DES. ALIENDE RIBEIRO****, j. 16.08.2010). Portanto, não integra a base de cálculo dos adicionais.*

2. A ***Gratificação de Representação*** *prevista no art. 135, inc. III, da Lei estadual nº 10.261, de 31 de outubro de 1968 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado), trata-se de verba pecuniária concedida ao funcionário quando em função de gabinete, missão ou estudo fora do Estado ou designação para função de confiança, portanto, vantagem atribuída em face de condição específica (ex facto officii). Nesse sentido, os vv. arestos desta 11ª Câmara na ap. nº 9176882-43.2009.8.26.0000, São Paulo, j. 05.12.11, rel.* ***DES. AROLDO VIOTTI****, ap. nº 990.10.517604-6, São Paulo, j. 15.02.2011, rel.* ***DES. RICARDO DIP.***

Acesso ao Sumário

*3. **Gratificação de Representação Incorporada**, benefício incorporado à remuneração do servidor público, instituído pela Lei complementar paulista nº 813, de 16 de julho de 1996, e em seu art. 3º, determina sua aplicação aos inativos. Assim, insere na base de cálculo dos adicionais por tempo de serviço. Em igual sentido, o v. aresto desta 11ª Câmara no Reexame Necessário nº 0047776-17.2012.8.26.0053, São Paulo, voto nº 14.850, rel. **DES. OSCILD DE LIMA JÚNIOR**. No entanto, conforme se verificam nos comprovantes de pagamento dos servidores a sexta-parte já incide sobre a gratificação de representação incorporada (fls. 35/44)*

*4. **Pro-Labore - Lei n.º 10.168/68** – "Assim já restou decidido: "O pro labore relativo a cargo não criado será devido nos termos do art. 28 da Lei estadual paulista nº 10.168, de 10 de junho de 1968, nos casos resultantes de reforma administrativa, aos servidores designados para o exercício de função de chefia ou de direção de unidade existente por força de lei ou de decreto e que não tenha o cargo correspondente. Trata-se de vantagem ex facto officii, pois, conforme preceitua o parágrafo 3º do referido artigo "o recebimento do 'pro labore' de que trata este artigo implica no efetivo exercício da função de chefia ou de direção, cessando automaticamente se o servidor, a qualquer título, deixar de exercê-la, salvo nos casos de férias nojo, gala, faltas abonadas, licença-prêmio, licença para tratamento de saúde do servidor e licença especial para gestante.". (11ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 0131886-22.2007.8.26.0053 antigo 990.10.251751-9, rel. **DES. RICARDO DIP**, j. 18.10.2010), portanto, não pode ser incluído na base de cálculo da "quinquenio." (ap. n.º 0010928-07.2009.8.26.0483, Presidente Venceslau, rel. **DES. AROLDO VIOTTI**, j. 18.06.2013).*

*5. **Adicional de Transporte**, instituído pela Lei Complementar nº 679/92, segundo o qual: **"Fica instituído, para os integrantes das classes de Supervisor de Ensino e de Diretor de Escola, adicional de transporte, destinado a indenizar parte das despesas de locomoção realizadas no desempenho das atribuições próprias do cargo".** Tratar-se de vantagem eventual, não se incorporando, portanto, aos vencimentos. Nesse sentido, o v. aresto desta 11.ª Câmara na ap. n.º 9000048-48.2010.8.26.0196, Franca, j. 04.11.2014, rel. **DES. AROLDO VIOTTI.***

*6. **Adicional por Tempo de Serviço (quinquênio e sexta parte),** embora consistam em verbas permanentes, não se incluem nas bases de incidência uma da outra. Não são vencimentos, de modo que a sexta parte não pode em caso algum agregar-se à base de contagem dos quinquênios; e estes, desde a vigência da Emenda Constitucional n.º 19/98, não podem juntar-se à base de cálculo da sexta parte. Nesse sentido, os vv. arestos desta 11.ª Câmara na ap. n.º 0016110-66.2010.8.26.0053, São Paulo, j. 23.04.2012, rel. **DES. AROLDO VIOTTI**; ap. n.º 0040972-04.2010.8.26.0053, São Paulo, j. 28.05.2012, rel. **DES. OSCILD DE LIMA JÚNIOR** e ap. n.º 0040223-21.2009.8.26.0053, São Paulo, j. 18.06.2012, rel. **DES. RICARDO DIP.***

Acesso ao Sumário

Com esse quadro, o caso é de provimento do reexame necessário, considerado interposto, e do recurso fazendário.

Por final, registre-se, inviável a fixação de novos honorários neste apelo, em razão da publicação da decisão recorrida ter-se dado antes de 18.03.2016, data na qual que passou vigorar o novo Código de Processo Civil. Nessa linha, o Enunciado Administrativo n.º 7, do STJ:

"Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC."

O caso, assim, é de ***provimento*** *do reexame necessário, considerado interposto, e do recurso interposto pela* ***Fazenda do Estado de São Paulo****, nos autos da ação movida por* ***Fernanda Maria Carlini e outros*** *(proc. n.º 1022663-39.2015.8.26.0053.8.26.0053, 4º Ofício da Fazenda Pública de São Paulo, SP), para reformar a r. sentença recorrida, e julgar improcedente a ação, invertidos os ônus sucumbenciais.*

Consigne-se, para fins de prequestionamento, inexistir ofensa aos artigos de lei mencionados, pois debatidos, analisados e decididos, prescindíveis as referências numéricas expressas (cfe. STF, RE 469054 AgR/MG, rel. ***MIN. CÁRMEN LÚCIA****, j. 28.11.2006 e STJ, Edcl no RMS 18.205/SP, j. 18.04.2006, rel.* ***MIN. FELIX FISCHER****).*

As inconformidades, na Câmara, em razão deste julgado estarão sujeitas ao julgamento virtual e eventual discordância deverá ser indicada por ocasião das interposições*."*

Nesta oportunidade, **Fernanda Maria Carlini e outros** opõem embargos de declaração, sob o fundamento do recurso fazendário ter pretendido apenas a exclusão da Gratificação por Atividade de Magistério e o julgado embargado avançado por outros temas (fls. 01/05).

Em cumprimento aos arts. 1.021 e 1.024, § 3º, todos do Cód. Proc. Civil, determinou-se a intimação dos embargantes para adaptarem suas razões ao recurso de agravo interno (fls. 7 e 09/10).

É o relatório, em acréscimo ao da r. decisão agravada.

Os presentes embargos declaratórios são recebidos como agravo interno, na forma do art. 1.024, § 3.º, do Cód. Proc. Civil.

Consigne-se, a argumentação contida na r. decisão ora recorrida, é a que melhor se ajusta à matéria debatida e as razões expostas pela agravante, neste recurso, não a debilitaram, de forma a alcançar a viabilidade de sua manutenção.

Com a devida vênia, os embargantes não atentaram para a determinação do reexame necessário, pois ilíquida a r. sentença, a afastar a exceção prevista no inciso II do § 3º do art. 496 do novo Cód. Proc. Civil. Destarte, ante tal ponto, analisou-se toda a matéria objeto da demanda (fls. 115 e 119).

Acesso ao Sumário

De outra parte, levado ao órgão colegiado o recurso tirado da decisão monocrática, resta suprida eventual inobservância do disposto no art. 557, do Cód. Proc. Civil, ou, ainda, no art. 932, do novo diploma processual.

Nesse sentido, vv. arestos do STJ:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO CONFIRMADA POR ÓRGÃO COLEGIADO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE.

-A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que quando há confirmação da decisão monocrática pelo órgão colegiado, não há violação ao art. 557 do CPC.

-O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível. Agravo no agravo de instrumento não provido." (AgRg no Ag 1273829/MS, Terceira Turma, rel. **MIN. NANCY ANDRIGHI**, j. 12.04.2011, DJe 19.04.2011);

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. ART. 557, CAPUT, DO CPC. CONDIÇÕES ATENDIDAS. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO. AUSÊNCIA. EVENTUAL NULIDADE SUPERADA COM O JULGAMENTO PELO COLEGIADO DO AGRAVO INTERNO.

Consoante o art. 557 do CPC, o relator pode negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Eventual nulidade da decisão monocrática, por ofensa ao aludido dispositivo, fica superada com a apreciação do tema pelo órgão colegiado, no julgamento do agravo. Precedentes do STJ. Agravo regimental improvido." (AgRg no Ag 1387198/RS, Segunda Turma, rel. **MIN. CESAR ASFOR ROCHA**, j. 18.10.2011, DJe 25.10.2011);

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 557 DO CPC INEXISTENTE. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO. CAUSA DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRECEDENTES. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. A inovação trazida pelo art. 557 do CPC instituiu a possibilidade de, por decisão monocrática, o relator deixar de admitir recurso, entre outras hipóteses, quando manifestamente improcedente ou contrário a Súmula ou entendimento já pacificados pela jurisprudência do Tribunal, ou de Cortes Superiores, rendendo homenagem à economia e celeridade processuais.

2. Ademais, a eventual nulidade da decisão monocrática fica superada com a reapreciação do recurso pelo órgão colegiado (REsp 824.406/RS, relatoria do Min. Teori Albino Zavascki, em 18.5.2006).

Acesso ao Sumário

3. A tese levantada, de que lei estadual não admite o pedido administrativo de compensação tributária, reveste-se de inovação recursal, o que é vedado pela jurisprudência do STJ, seja em sede de agravo regimental, seja em embargos de declaração. Precedentes. Agravo regimental improvido." (AgRg no AREsp 43.917/PR - 2ª Turma, rel. **MIN. HUMBERTO MARTINS**, j. 01.12.2011, DJe 07.12.2011).

O caso é, assim, de recebimento dos embargos de declaração como agravo interno e de seu **não provimento**, interposto por **Fernanda Maria Carlini e Outro**s, nos autos da ação movida contra a **Fazenda do Estado de São Paulo** (proc. n.º 1022663-39.2015.8.26.0053, 4º Ofício da Fazenda Pública de São Paulo, SP).

Consigne-se, para fins de prequestionamento, inexistir ofensa aos artigos de lei mencionados, pois debatidos, analisados e decididos, prescindíveis as referências numéricas expressas (cfe. STF, RE 469054 AgR/MG, rel. **MIN. CÁRMEN LÚCIA**, j. 28.11.2006 e STJ, Edcl no RMS 18.205/SP, j. 18.04.2006, rel. **MIN. FELIX FISCHER**).

As inconformidades, na Câmara, em razão deste julgado estarão sujeitas ao julgamento virtual e eventual discordância deverá ser indicada por ocasião das interposições.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000469-79.2014.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, é apelado RAIMUNDO NONATO ALVES DE LIMA.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, mantendo-se a sentença reexaminada. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.899)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI e BURZA NETO.

São Paulo, 28 de julho de 2016.

BEATRIZ BRAGA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Mandado de Segurança. ITBI – controvérsia

acerca da base de cálculo do imposto.

Utilização do maior valor, considerando-se ou aquele da transação ou do valor venal do imóvel.

Inconstitucionalidade das normas que permitem a estimativa prévia e unilateral do valor venal, reconhecida pelo Órgão Especial deste Tribunal (incidente nº 0056693-19.2014.8.26.0000) (arts. 7º-A e 7º-B da LM 11.154/91).

Arbitramento do lançamento – competência da Administração proceder ao previsto no art. 148 do CTN quando discordar das declarações prestadas pelo contribuinte.

Manutenção da sentença.

Nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a sentença reexaminada.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra sentença concessiva proferida nos autos do mandado de segurança impetrado por **Raimundo Nonato Alves de Lima** em face do **Diretor do Departamento de Rendas Imobiliárias da Secretaria de Finanças do Município de São Paulo** (fls. 74/77).

É da inicial que o impetrante, Raimundo Nonato, adquiriu a unidade 181 do Edifício Pau Brasil pelo valor de R$ 430.987,40 e com proporção aquisitiva de 3,16% (fls. 11).

Contudo, o ITBI devido pela mencionada transação foi calculado com base no valor venal de referência de R$ 47.970.456,00.

O impetrante sustentou que a base de cálculo utilizada pela municipalidade ofende o artigo 38 do CTN e requereu, liminarmente, (i) fosse o ITBI calculado sobre o valor venal do imóvel (R$ 9.509.755,00) e pela fração aquisitiva de 3,16%; (ii) subsidiariamente, fosse calculado sobre o valor da aquisição da unidade (R$ 430.987,40). Ao final, pugnou pela concessão da segurança para que o ITBI fosse calculado por um dos critérios mencionados. A liminar foi deferida a fls. 47/48 para permitir o cálculo do ITBI sobre o valor da aquisição e pela fração de 3,16% (correspondente à unidade adquirida).

Sobreveio a sentença de fls. 74/77; 84/87, na qual foi concedida a segurança pleiteada e confirmada a liminar, para que o ITBI relativo ao imóvel fosse calculado ou sobre o valor venal informado para o IPTU ou sobre o valor da aquisição, o que fosse maior.

Em face desta decisão foi interposto recurso pelo Município.

Acesso ao Sumário

Aduz, em síntese, que a legislação de regência do ITBI (LM 11.154/91, com as alterações das Leis Municipais 14.125/05 e 14.256/06) está em consonância com o art. 38 do CTN; não há ofensa à legalidade, pois a disciplina do tributo consta integralmente na LM 11.154/91 e alterações; o valor venal utilizado para cálculo do IPTU nunca foi critério para base de cálculo do ITBI; o fisco não pode aceitar o valor informado para a transação e nem o valor venal do IPTU, eis que defasado; a apuração do exato valor venal do bem transmitido naquele momento específico da transação é um dever legal do fisco; o contribuinte pode provocar a instância administrativa para que se realize nova avaliação (arts. 7º-A e 7º-B da lei 14.256/06); a impetrante não demonstrou que o valor de mercado informado pelo Município está incorreto (fls.92/106).

Contrarrazões (fls. 114/117).

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Obtempere-se, de início, que o Órgão Especial deste Tribunal de Justiça foi provocado a se manifestar sobre a inconstitucionalidade do art. 7º da Lei 11.154/91, com a redação dada pela lei 14.125/05 e 14.256/06, no incidente de inconstitucionalidade nº 0056693-19.2014.8.26.0000.

Na ocasião, a arguição foi acolhida com o fim de pronunciar a inconstitucionalidade dos arts. 7º-A e 7º-B da lei acima mencionada, os quais possuem o seguinte teor:

> Art. 7º A - A Secretaria Municipal de Finanças tornará públicos os valores venais atualizados dos imóveis inscritos no Cadastro Imobiliário Fiscal do Município de São Paulo.
>
> Parágrafo Único - A Secretaria Municipal de Finanças deverá estabelecer a forma de publicação dos valores venais a que se refere o "caput" deste artigo. (Redação acrescida pela Lei nº **14256**/2006)
>
> Art. 7º B - Caso não concorde com a base de cálculo do imposto divulgada pela Secretaria Municipal de Finanças, nos termos de regulamentação própria, o contribuinte poderá requerer avaliação especial do imóvel, apresentando os dados da transação e os fundamentos do pedido, na forma prevista em portaria da Secretaria Municipal de Finanças, que poderá, inclusive, viabilizar a formulação do pedido por meio eletrônico. (Redação acrescida pela Lei nº **14256**/2006)

Quanto ao art. 7º, o órgão colegiado concluiu pela sua constitucionalidade. ("Para fins de lançamento do Imposto, a base de cálculo é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos, assim considerado o valor pelo qual o bem ou direito seria negociado à vista, em condições normais de mercado. § 1º. Não serão abatidas do valor venal quaisquer dívidas que onerem o imóvel transmitido. § 2º. Nas cessões de direitos à aquisição, o valor ainda não pago pelo cedente será deduzido da base de cálculo.")

Acesso ao Sumário

Constou do voto condutor que a base de cálculo do ITBI não se confunde, necessariamente, com a que serve de parâmetro para o cálculo do IPTU.

Consignou-se que o artigo 38 do Código Tributário Nacional estabelece como base de cálculo do ITBI o valor venal dos bens ou direitos transmitidos, sendo exatamente nesse mesmo sentido a redação original do artigo 7º da Lei Municipal nº 11.154/91.

A redação do referido artigo foi modificada com a superveniência das Leis Municipais nºs 14.125/2005 e 14.256/2006 para considerar como valor venal o valor de mercado do imóvel, ou seja, o preço pelo qual seria negociado à vista, em condições normais de transação. Consoante o raciocínio esposado no voto condutor, "não se vislumbra nessa disposição legal municipal qualquer afronta ao princípio da legalidade, inserido no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal, ou à segurança jurídica, pois a leitura dessa norma conduz à interpretação de que, como regra, a apuração do imposto deve ser feita com base no valor do negócio jurídico realizado, tendo em consideração as declarações prestadas pelo próprio contribuinte, o que, em princípio, espelharia, efetivamente, o real valor de mercado do bem comercializado".

E, prosseguindo-se quanto à inconstitucionalidade do art. 7º-A e 7º-B: "Entretanto, para aplicação desse conceito de 'valor pelo qual o bem ou direito seria negociado à vista, em condições normais de mercado', acrescentou-se à legislação municipal os artigos 7º- A e 7º-B; o primeiro (7º-A) atribuiu à Secretaria Municipal de Finanças a apuração periódica dos valores venais atualizados dos imóveis inseridos em sua base cadastral, mediante a pesquisa e coleta de amostras no mercado imobiliário; e o segundo dispositivo citado (7º-B), carreou ao contribuinte o dever de impugnar a avaliação prévia assim realizada, caso com ela não concorde.

Na verdade, tais comandos legais padecem dos vícios de inconstitucionalidade alardeados pelo autor, por afronta ao artigo 150, inciso I, da Constituição Federal e ao princípio da segurança jurídica.

Com efeito, o 'valor venal de referência', ao qual faz alusão o preceito do artigo 7º-A da Lei Municipal nº 11.154/91, pode servir ao Município tão somente como parâmetro de verificação da compatibilidade da base de cálculo obtida a partir do preço declarado de venda do imóvel, na transação objeto da exação, com a realidade do mercado imobiliário; não pode se prestar à prévia fixação daquele montante tributável, obrigando o contribuinte ao recolhimento respectivo.

O ente público local, à evidência, não está impedido de criar uma tabela de valores venais de referência, mas não pode impor ao contribuinte sua adoção sistemática para a apuração do tributo devido.

Ademais, segundo a disposição do artigo 7º- B da legislação municipal examinada, o contribuinte deve se submeter à base de cálculo do imposto divulgada pela Secretaria Municipal de Finanças, facultada a possibilidade de impugnação, com o requerimento de avaliação especial do imóvel, o

Acesso ao Sumário

que claramente desconsidera princípios estabelecidos no Código Tributário Nacional.

É de se considerar aqui o teor da manifestação do próprio Município de São Paulo, na qual perfeitamente destacado 'que o ITBI é imposto sujeito a lançamento por homologação, assim entendido aquele 'que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa', e que 'opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa' (Código Tributário Nacional, art. 150)' (v. fl. 428).

Nessa linha, em relação ao ITBI cabe ao próprio contribuinte declarar a base de cálculo e antecipar o recolhimento do imposto, restando ao poder tributante, posteriormente, examinar a operação, homologando-a ou não.

É de se ressaltar, portanto, que, por ocasião do registro das escrituras públicas de compra e venda, não poderá ser exigido o recolhimento do ITBI segundo um valor venal de referência; nessa oportunidade, o contribuinte deverá proceder ao recolhimento do imposto apurado com base no valor do negócio jurídico tributado, cabendo à Administração lançar mão do procedimento previsto no artigo 148 do Código Tributário Nacional, caso discorde das declarações prestadas pelo sujeito passivo. (grifo nosso).

Conforme já esposado em julgamento de caso análogo por esta Câmara: "Referida decisão ratifica o entendimento de que, embora os critérios de apuração de base de cálculo agora estejam fundados em lei, o fato é que as Leis Municipais n. 14.125 e 14.256/06, que alteraram em parte a redação da Lei 11.154/91, não definem critérios para a obtenção de valor venal, atribuindo tal valor a ato do Executivo que antecede o próprio negócio imobiliário, em afronta, novamente, à legalidade tributária, conforme se depreende nos artigos introduzidos pelo novel diploma legal (art. 7-A e 7-B)."[1]

Em suma, observando-se o decidido pelo órgão colegiado deste Tribunal no incidente de inconstitucionalidade acima exposto, o ITBI deve ser calculado com base no valor da transação, cabendo à Administração proceder ao previsto no art. 148 do CTN se discordar das declarações prestadas pelo contribuinte.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, ainda o voto condutor: "O arbitramento administrativo do valor da exação, destarte, é providência excepcional e tem lugar apenas na hipótese de ser constatada eventual incorreção ou falsidade na documentação comprobatória do negócio jurídico tributável, dependendo sempre da prévia instauração do competente procedimento administrativo, na forma do art. 148 do Código Tributário Nacional. (...) Ora, no regime de tributação definido no Código Tributário Nacional, o ITBI está sujeito então ao lançamento por homologação, no qual o contribuinte declara o valor da operação que sofrerá a incidência; o arbitramento administrativo do imposto devido pode ser excepcionalmente justificado, mas desde que precedido da instauração de

1 Mandado de segurança nº 1021981-21.2014.8.25.0053. Des. Ricardo Chimenti.

procedimento administrativo fiscal, na forma do artigo 148 do Código Tributário Nacional, no qual assegurado ao interessado o pleno exercício da ampla defesa; assim, não é lícito ao sujeito ativo definir previamente a base de cálculo da exação, atribuindo ao contribuinte a obrigação de impugná-la, característica dos impostos submetidos ao lançamento de ofício."

Conforme se verifica dos autos, no caso em comento o valor da transação (R$ 430.987,40) é superior ao valor venal do IPTU (3,16% de R$ 9.509.755,00 = R$ 300.508,25) (fls. 27/29). Este Tribunal já tem entendimento consolidado no sentido de que o valor venal do ITBI será o adotado pela autoridade Fazendária da qual o contribuinte tenha prévio conhecimento, ou o valor da transação, se maior. Nesse sentido:

> APELAÇÃO - Base de cálculo de ITBI - Município que utiliza padrão de base de cálculo diferente da do valor venal do imóvel para fins de IPTU - Ofensa ao princípio da legalidade - Utilização, para fins de tributação, do valor venal utilizado para a cobrança do IPTU ou valor do negócio traduzido no instrumento de compra e venda, o que for maior - Precedentes - Juros moratórios devidos somente a partir do trânsito em julgado - Recurso parcialmente provido." (APELAÇÃO nº 0028699-85.2013.8.26.0053, 14ª Câmara de Direito Público, Relatora Mônica Serrano, j. 05/02/2015)

Destarte, no caso em apreço, a base de cálculo do ITBI será o valor da transação.

Por fim, saliente-se, que o fato gerador do imposto de transmissão de bens imóveis ocorre com a transferência efetiva da propriedade ou do domínio útil, na conformidade da Lei Civil, com o registro no cartório imobiliário.

Ante o exposto, **nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a sentença reexaminada.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0503418-18.2012.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE OSASCO, é apelado AMILTON Q. NASCIMENTO.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.195)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente sem voto), BURZA NETO e FRANCISCO OLAVO.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 28 de julho de 2016.
WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator

Ementa: EXECUÇÃO FISCAL – IPTU – Extinção da ação, por ausência de indicação do nome completo do executado, decretada em primeiro grau – Descabimento – A Lei nº 6.830/80, bem como o CPC, não exigem a qualificação completa do devedor no Termo de Inscrição, na Certidão da Divida Ativa ou na petição inicial – Prosseguimento da execução que se impõe, com determinação de expedição de mandado de citação no endereço fornecido pela Municipalidade exequente – Recurso provido.

VOTO

Vistos.

A **PREFEITURA MUNICIPAL DE OSASCO** ajuíza ação de execução fiscal (proc. n. 405.01.2012.503418-1, da E. 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Osasco) contra **AMILTON Q. NASCIMENTO**, objetivando a cobrança de crédito de IPTU, referente aos exercícios de 2008 e 2009, requerendo a citação do executado para o pagamento do débito no prazo legal.

Registre-se que foi proferida a r. sentença de fls. 09/12, tendo o douto magistrado *a quo* extinto o processo, em razão da abreviação do nome do contribuinte nos títulos executivos.

Contra tal decisão a Municipalidade interpôs recurso de apelação (fls. 15/23), no qual aduz, resumidamente, que a legislação aplicável ao caso *sub judice* não exige a indicação do nome completo do sujeito passivo da obrigação tributária. Ainda, cita entendimento jurisprudencial a respeito. Ao término, pugna pelo provimento da apelação, para o fim de determinar-se o prosseguimento da execução.

Tempestivo o recurso, foi o mesmo regularmente processado, sem apresentação de contrarrazões, pois não houve citação do executado nos autos.

Subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Malgrado o notório saber jurídico do ínclito magistrado de primeiro grau, entende-se, com a devida vênia, que a r. sentença merece ser reformada.

Senão, vejamos.

É cediço que a inicial da execução fiscal deve atender aos requisitos constantes na Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80), que, por sua vez,

prevê em seu art. 2º, §§ 5º e 6º, que a CDA conterá os mesmos elementos do Termo de Inscrição de Dívida Ativa, bastando estar presente na qualificação o nome do devedor, dos corresponsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros, situação esta que se encontra presente nos autos.

Isto, porque a petição inicial na execução fiscal é instruída com a Certidão da Dívida Ativa, que dela fará parte integrante, como se estivesse transcrita, podendo ainda constituir um único documento, preparado inclusive por processo eletrônico, nos termos do art. 6º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 6.830/80.

Outrossim, o referido art. 6º, incisos I a III, apenas exige que a inicial indique o Juiz a quem é dirigida, o pedido e o requerimento para a citação.

No mais, o inciso II do art. 282 do Código de Processo Civil não exige a indicação, pelo autor, do nome completo do executado, até porque este dado nem sempre é de seu conhecimento.

Além disso, vê-se que a lei especial que rege a matéria (Lei de Execução Fiscal), ao disciplinar o procedimento específico da ação executiva e seus documentos, não exige maiores esclarecimentos, dados ou a qualificação completa do executado, como, por exemplo, os seus números de CPF, RG, ou mesmo sua filiação.

Destarte, como se pode observar, mostra-se desnecessária a determinação do douto magistrado *a quo* (fl. 06), em exigir o nome completo do sujeito passivo da obrigação tributária, uma vez que nem sequer houve tentativa de localização do executado no endereço informado pela Municipalidade, constante do seu cadastro.

Entendimento em sentido contrário caracterizaria, certamente, desnecessário rigorismo formal, pois – como exposto – a ausência do nome completo do executado, neste momento processual, não prejudica o recebimento da peça inicial e tampouco a realização de citação do executado.

Sobre o tema, são os ilustres ensinamentos de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, em comentário ao inciso II, do artigo 282, do CPC:

"II: *6. Nome e qualificação das partes. A individualização das partes é necessária na petição inicial, entre outras coisas, para que a sentença possa obrigar pessoas certas. Quando não for possível a menção da qualificação completa das partes, é suficiente que se individue. É comum, em ações possessórias, não ser viável a perfeita qualificação do(s) réu(s). sendo possível a individualização, ainda que incompleta a qualificação, o requisito estará preenchido."* (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor; 9ª edição, ed. RT, 2006, p. 478).

E, ainda, é a jurisprudência:

"APELAÇÃO - Execução Fiscal - IPTU - Indeferimento da inicial por ausência de dados acerca do devedor - Descabimento - Inicial e CDA que

Acesso ao Sumário

informam nome e endereço do executado - Elementos suficientes, conforme estabelece a LEF - Recurso provido" (Apelação nº 0003620-34.2010.8.26.0272; 14ª Câmara de Direito Público do E. Tribunal de Justiça de São Paulo; j. 21.03.2013; Rel. Des. João Alberto Pezarini).

"APELAÇÃO CÍVEL - Execução fiscal - IPTU e taxas dos exercícios de 2004 a 2006 - Indeferimento da petição inicial por ausência de qualificação completa do executado - Inteligência do art. 2º, §§ 5º e 6º e art. 6º da Lei nº 6.830/80 e subsidiariamente do art. 282 do CPC, sendo suficiente a indicação na CDA do nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros - Sentença reformada - Recurso provido" (Apelação nº 0005787-04.2009.8.26.0581; 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo; j. 13.12.2012; Rel. Des. Eutálio Porto).

Esta Câmara, por sua vez, também já firmou seu posicionamento sobre o assunto:

"Execução fiscal - Petição inicial - Indeferimento - Exigência de qualificação completa do executado - Inadmissibilidade - Constando da CDA o nome e o endereço do executado, desnecessária a indicação do número de seu CPF para o prosseguimento da ação (arts. 2º, §, 5º, I e § 6º e 6º da Lei nº 6.830/80) - Recurso provido" (Apelação nº 0003576-15.2010.8.26.0272; j. 15.03.2012; Rel. Des. Roberto Martins de Souza).

Dessa forma, considerando-se que a petição inicial e as CDAs apontam o nome e o endereço do executado (elementos estes suficientes para o prosseguimento da exação, sendo desnecessária, como visto, sua qualificação completa), bem como os elementos necessários à determinação dos valores exequendos, havendo expressa remissão à legislação local, impõe-se a *alteração* da r. sentença, determinando-se o consequente prosseguimento da execução fiscal, sem prejuízo da expedição de mandado de citação no endereço indicado pela Municipalidade apelante.

Com isto, **dá-se provimento** ao recurso, nos termos da fundamentação supra.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001959-14.2014.8.26.0126, da Comarca de Caraguatatuba, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE CARAGUATATUBA, são apelados ANA PAULA SILVESTRINI e ELIAS BEZERRA DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.500)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REBOUÇAS DE CARVALHO (Presidente sem voto), MOREIRA DE CARVALHO e CARLOS EDUARDO PACHI.

São Paulo, 4 de agosto de 2016.

DÉCIO NOTARANGELI, Relator

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ESTABELECIMENTO ESCOLAR – ACIDENTE – FRATURA ÓSSEA – ESTUDANTE – DEVER DE GUARDA E VIGILÂNCIA – INOBSERVÂNCIA – CULPA DO SERVIÇO – DEVER DE INDENIZAR – DANO MORAL.

1. A responsabilidade civil do Estado é objetiva baseada na teoria do risco administrativo no caso de comportamento danoso comissivo (art. 37, § 6º, CF) e subjetiva por culpa do serviço ou 'falta de serviço' quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado.

2. Acidente com criança de menos de dois anos. Estabelecimento de ensino da rede pública. Danos causados por omissão no dever de guarda e vigilância dos alunos. Dano moral caracterizado. Indenização devida. Sentença mantida. Recurso desprovido, com observação.

VOTO

A r. sentença de fls. 434/440, aclarada a fls. 448/449, cujo relatório se adota, julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, em relação ao Centro de Educação Infantil Honorina Pacheco Correa e Secretaria Municipal de Educação, nos termos do art. 267, VI, CPC; e procedente, em parte, o pedido inicial condenando a Prefeitura Municipal de Caraguatatuba no pagamento indenização por danos morais fixados em R$ 4.000,00 para cada autor.

Inconformada apela a Municipalidade objetivando a reforma do julgado. Para tanto, sustentam, em síntese, que os autores não sofreram qualquer

Acesso ao Sumário

constrangimento com a fratura no osso da perna de seu filho. Subsidiariamente, pede a redução do valor da indenização e dos honorários advocatícios.

Recurso recebido e processado, com contrarrazões. A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou desinteresse na causa e as partes não se opuseram ao julgamento virtual.

É o relatório.

Desentranhe-se dos autos o documento de fls. 496/471, juntado por engano, restituindo-se a Municipalidade.

Inicialmente não se conhece dos agravos retidos interpostos nos autos (fls. 432/432), à falta de reiteração no momento processual oportuno (art. 523, § 1º, CPC). No mérito, merece confirmação, em sua maior parte, a r. sentença apelada.

A responsabilidade civil do Estado é objetiva baseada na teoria do risco administrativo e no art. 37, § 6º, CF, segundo o qual as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Assim, para obter a indenização basta que a vítima demonstre a ação do Estado, o dano e o nexo causal entre este e aquela.

Quando, porém, o dano decorre de omissão do Estado, aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Todavia, ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "em face dos princípios publicísticos não é necessária a identificação de uma *culpa individual* para deflagrar-se a responsabilidade do Estado. Esta noção civilista é ultrapassada pela ideia denominada de *faute du service* entre os franceses. Ocorre a *culpa* do serviço ou 'falta de serviço' quando este não funciona, *devendo funcionar*, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a responsabilidade objetiva". E conclui o renomado publicista: "a ausência do serviço devido ao seu defeituoso funcionamento, inclusive por demora, basta para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em agravo dos administrados" (Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros, 22ª edição, 2006, pág. 966).

No caso *sub judice* não há controvérsia quanto ao fato de que o menor foi recebido normalmente na escola sem o registro de qualquer anormalidade. Todavia, foi entregue aos familiares com queixa de dores na perna constatando-se posteriormente a existência de fratura daquele membro. Por se tratar de criança de tenra idade, e pela própria ausência de justificativa razoável por parte da escola, tem-se por presente o nexo de causalidade entre a ação administrativa e o resultado danoso.

Com efeito, consoante entendimento firmado pelo Colendo STF, o "Poder

Público, ao receber o estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno. A obrigação governamental de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontram no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida essa obrigação, e vulnerada a integridade corporal do aluno, emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se achava sob a guarda, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares, ressalvadas as situações que descaracterizam o nexo de causalidade material entre o evento danoso e a atividade estatal imputável aos agentes públicos" (RE nº 109.615-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 28/05/96, DJU 02/08/96).

A ré é responsável pelo ensino oficial no Município e pela administração da unidade escolar onde ocorreram os fatos e como tal tem o dever jurídico de guarda e vigilância dos estudantes, devendo impedir a ocorrência de eventos danosos mediante prestação de serviços com a esperada qualidade e eficiência.

Todavia, não foi o que ocorreu. Segundo se infere dos autos, houve omissão estatal no dever de cuidado e vigilância que resultou em fratura da perna do filho dos autores. Era de se esperar que a ré proporcionasse segurança aos estudantes, com a presença de professores ou monitores em número suficiente durante as atividades, prevenindo a ocorrência de danos, o que não aconteceu.

Dessa forma, por não ter agido com o dever de cautela e a eficiência necessária de modo a impedir a ocorrência de danos identifica-se na omissão da ré culpa do serviço, ou 'falta de serviço' por não ter funcionado, ou funcionado mal, quando devia funcionar de forma eficiente e segura para os alunos.

A doutrina e a jurisprudência limitam os danos morais indenizáveis a situações que extrapolam os aborrecimentos da vida cotidiana. É o que ensina CARLOS ROBERTO GONÇALVES, com base no ensinamento de SÉRGIO CAVALIERI, ao asseverar que para "evitar excessos e abusos só se deve reputar como dano moral 'a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo'" (Direito Civil Brasileiro, IV Volume, Saraiva, 2007,

Acesso ao Sumário

p. 359).

É esse o caso dos autos, em que a aflição dos pais causada pela fratura da perna do filho menor, portador de transtorno congênito nos ossos das pernas e pés – o que, aliás, motivou o afastamento da mãe do trabalho por trinta dias (fls. 164) – supera, em muito, um simples aborrecimento.

Por outro lado, a fixação do valor da indenização por danos morais deve se pautar por dois aspectos: o retributivo e o punitivo. O primeiro visa dar o mínimo de conforto material àquele que teve sua tranquilidade de espírito violada e o segundo destina-se a desestimular que o autor da ofensa volte a realizar a conduta que ensejou a dor, tristeza, aflição naquele.

Na verdade, a indenização não pode se constituir em fonte de enriquecimento sem causa para o ofendido, nem tampouco ser irrisória ao ofensor a ponto de não o inibir de repetir a conduta lesiva. Nesse contexto o valor fixado na sentença – R$ 8.000,00 – se mostra razoável devendo ser mantido, o que também se aplica aos honorários advocatícios fixados em R$ 1.500,00, quantia que se mostra compatível com as características do caso e com as diretrizes do art. 20, § 4º, CPC.

Quanto aos acessórios da condenação, pequeno ajuste merece a r. sentença apelada, o que será feito de ofício por se tratar de questão de ordem pública (STJ – AgRg no REsp nº 1.436.728/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 23/10/14).

Sobre o valor da indenização deverá incidir correção monetária pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça a partir deste julgamento e juros legais a contar de 03 de outubro de 2012 (Súmula nº 54 do STJ), com a ressalva da Súmula Vinculante nº 17, no percentual do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, sem a observância da Lei nº 11.960/09, ante a declaração de inconstitucionalidade por arrastamento do art. 5º da referida lei (ADI 4.357 e 4.425).

Por essas razões, não se conhece dos agravos retidos e nega-se provimento ao recurso, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007388-19.2009.8.26.0428, da Comarca de Campinas, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE PAULÍNIA, é apelado MARINA RODRIGUES DE SOUSA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do

Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.683)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente sem voto), REBOUÇAS DE CARVALHO e JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR.

São Paulo, 11 de agosto de 2016.

CARLOS EDUARDO PACHI, Relator

Ementa: REINTEGRAÇÃO DE POSSE – Imóvel destinado a programa habitacional – Casa ocupada pela ré, seu esposo e três filhos menores de idade – Demanda promovida apenas contra a apelada – Inadmissibilidade – Composse e Litisconsórcio passivo necessário – Inclusão dos codetentores no polo passivo da ação – Necessidade – R. sentença confirmada.

Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação tempestivamente deduzida pelo Autor contra a r. sentença de fls. 139/142, cujo relatório adoto, que, julgou extinto o processo sem resolução de mérito, na forma do artigo 267, VI do Código de Processo Civil, condenando-o ao pagamento de verba honorária fixada em R$ 500,00.

Sustenta, em apertada síntese, a ausência de litisconsórcio necessário. Requer a condenação da Recorrida aos ônus sucumbenciais (fls. 148/155).

Contrarrazões a fls. 161/163.

Processados, subiram os autos.

Instadas, as partes não se manifestaram quanto ao julgamento virtual, conforme certidão de fls. 168.

É o Relatório.

Trata-se de ação de Reintegração de Posse, proposta pela Municipalidade de Paulínia, julgada extinta, sem apreciação do mérito.

Depreende-se dos autos que a ré e seus familiares se apossaram indevidamente de imóvel de propriedade do Autor, destinado a programa habitacional específico para idosos.

Em Entrevista Domiciliar realizada pela Municipalidade, foi constatado que residem na casa a recorrida, seu esposo e três filhos menores de idade (fls. 23).

Acesso ao Sumário

Prevê o art. 10, §2º do CPC/1973:

"*Art. 10. O cônjuge somente necessitará do consentimento do outro para propor ações que versem sobre direitos reais imobiliários.*

§2º Nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nos casos de composse ou de ato por ambos praticado."

E, verifica-se que apenas a ré foi citada para responder aos termos da demanda, configurada a violação ao artigo transcrito, uma vez que seu cônjuge não integrou a relação processual, sendo de rigor a manutenção da r. sentença que extinguiu o feito sem apreciação do mérito.

Observe-se que o Autor tinha plena ciência de que havia codetentores, contudo, optou por demandar somente face à apelada, negligenciando os demais ocupantes do imóvel, dentre os quais, menores de idade.

Há também, litisconsórcio necessário, como decidido em Primeiro Grau: "*todos os membros da família – marido, mulher e três filhos menores – são codententores do imóvel. Nessa situação, à semelhança da composse, há indiscutível litisconsórcio passivo necessário, de modo que se impunha a inclusão de todos ocupantes do polo passivo da demanda, na forma do artigo 47 do Código de Processo Civil*" (fls. 140).

Assim sendo, é de rigor a manutenção da r. sentença.

A verba honorária foi regularmente arbitrada em observância ao art. 20 do CPC/1973, não se cogitando de modificação.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, mantida a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3010615-14.2013.8.26.0302, da Comarca de Jaú, em que é apelante COMPANHIA TÊXTIL SÃO MARTINHO S/A, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE JAÚ.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte do recurso e na parte conhecida deram parcial provimento, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.618)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente) e WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI.

São Paulo, 11 de agosto de 2016.

ROBERTO MARTINS DE SOUZA, Relator

Ementa: Apelação – Ação Julgada sob a égide do CPC/73 – Embargos à execução fiscal – Exercícios de 2001 e 2004 – Sentença que rejeitou os embargos – Crédito do exercício de 2001 declarado prescrito por decisão interlocutória antes da prolação da sentença dos embargos – Sentença que não observou referida decisão – Apelação conhecida somente quanto ao exercício de 2004.

Exercício de 2004 – Preliminar de cerceamento de defesa afastada – Crédito não alcançado pela prescrição (ação ajuizada em dezembro de 2006) – CDA hígida – Honorários devidos ante a prolação de sentença meritória (art. 269, inc. I, do CPC/73) – Condenação na verba honorária que se deu com base na somatória dos valores dos créditos dos exercícios de 2001 e 2004 – Redução devida – Arbitramento que deve ter por parâmetro somente a quantia que expressa o crédito do exercício remanescente (2004) – Recurso conhecido em parte e na parte conhecida parcialmente provido com observação.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **Companhia Têxtil São Martinho S/A** da r. sentença de fls. 236/239, que não acolheu embargos à execução opostos em razão da execução ajuizada pelo **Município de Jaú** para cobrança de IPTU dos exercícios de 2001 e 2004, no valor de R$ 75.334,61. Condenou a apelante ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios no importe de R$ 5.000,00.

Opostos embargos de declaração pela apelante (fls. 244/250) foram rejeitados (fls. 252/255).

Nas razões recursais alega, preliminarmente, cerceamento de defesa, por lhe ter sido negada a produção de prova pericial para precisar se os cálculos dos encargos cobrados na CDA foram efetuados corretamente. No mérito aduz prescrição do crédito porque somente a citação pessoal válida e nulidade da CDA por omissão de seus requisitos essenciais e multas e juros exorbitantes. Por fim, quanto aos honorários, alega que são descabidos em sede de embargos à execução. Requer provimento ao recurso para anular a r. sentença em razão do cerceamento de defesa, determinando o retorno dos autos para realização de

Acesso ao Sumário

perícia técnica ou, caso assim não se entenda, para que seja dado provimento ao embargos à execução.

Recurso recebido no efeito devolutivo e processado (fls. 292), com apresentação de contrarrazões (fls.294/305).

É o relatório.

De início cabe registrar que o processo tramitou e foi sentenciado sob a égide do CPC/1973, sendo interposto recurso de apelação que será julgado à luz do citado diploma legal, conforme Enunciados Administrativos de nº 2 e 7 do C. STJ.

Trata-se de embargos à execução fiscal n.º 4435/07, ajuizada pelo **Município de Jaú** para cobrança de crédito de IPTU dos exercícios de 2001 e 2004 (CDA's págs. 50/51) em face de **Companhia Têxtil São Martinho S/A.**

A execução foi ajuizada em **28/12/2006**, conforme informação constante da r. sentença recorrida (fls. 237), pois da cópia da exordial não é possível visualizar a chancela do protocolo.

De início importa mencionar que **os créditos executados se referem aos exercícios de 2001 e 2004** (CDA's - fls. 51 e 50) e não 2001 e 2002, como menciona a r. sentença atacada (fls. 236/239).

Ademais o **crédito** do **exercício de 2001** já foi **declarado prescrito** nos próprios autos da execução n.º 4435/2007 (proc. n.º 0025187-70.2006.8.26.0302), conforme r. decisão às fls. 80/81 deste autos, **prosseguindo-se a execução somente com relação ao crédito do exercício de 2004**, com constrição de bem para garantia da execução e oposição de embargos à execução, os quais não foram acolhidos e dos quais ora apela a autora.

Assim, é caso de conhecimento parcial do recurso, somente, portanto, quanto ao exercício de 2004.

Entretanto, apenas a título de observação e esclarecimento, vale mencionar que de fato o exercício de 2001 estava prescrito antes mesmo do ajuizamento da ação.

Isso porque o vencimento da exação se deu em **janeiro de 2001** e a ação foi proposta em **28/12/2006**, quando já ultrapassado o quinquênio previsto no art. 174, *caput*, do CTN.

Frise-se que a referida suspensão do prazo prescricional por cento e oitenta dias após a inscrição da dívida ativa, contemplado no referido dispositivo legal, aplica-se, tão somente, às execuções de créditos não tributários, diferentemente, portanto, do mencionado na r. sentença apelada.

A esse respeito LEANDRO PAULSEN leciona que **"(...) O tratamento da prescrição integra as normas gerais de direito tributário, sob reserva de lei complementar (art. 146, II, c, da CF). Considerando que o CTN não**

cuida da suspensão do prazo por ocasião da inscrição, tal não se dá, não sendo possível a aplicação do art. 2º, §3º, da LEF, que diz que a inscrição em dívida ativa suspende a prescrição por 180 dias, dispositivo este aplicável apenas às execuções de créditos não-tributários" (ob. cit., nota ao art. 174, § único, p. 1195).

E, ainda, tratando-se de IPTU, imposto cujo lançamento é de ofício e cuja constituição definitiva do crédito se dá com a notificação do sujeito passivo que se presume com a entrega do carnê no endereço do contribuinte.

Nessa esteira a jurisprudência do C. STJ: "*o termo inicial do prazo prescricional, em se tratando de IPTU, tributo sujeito a lançamento direto com vencimento previsto em lei, ocorre em primeiro de janeiro de cada ano"* (REsp 1046016/MS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 14/10/2008, DJe 07/11/2008).

Portanto, tecidas tais considerações, passo à análise da parte conhecida do recurso referente ao crédito do exercício de 2004.

De início, rejeito a preliminar de cerceamento de defesa, pois se trata de crédito de IPTU, cujo carnê de lançamento é enviado ao contribuinte no mês de janeiro de cada ano com o valor exato do tributo e, ademais, a multa e os juros cobrados estão legalmente previstos conforme se verifica da CDA, de forma que pode o embargante exercer irrestritamente o contraditório e a ampla defesa, sem nenhum obstáculo. Assim, não havia motivo para designação de prova pericial.

No mais, não se verifica a prescrição, porque a constituição e notificação do IPTU se deu em **1º/01/2004** e a ação foi ajuizada em **28/12/2006**, praticamente três anos antes do esgotamento do prazo prescricional.

Ressalte-se que à época do ajuizamento da execução vigia a LC nº 118/05, que alterou o inciso I, do parágrafo único, do art. 174 do CTN, interrompendo-se a prescrição com o despacho do juiz que determina a citação, aplicado o disposto no art. 219, § 1º, do CPC: "***A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação***".

Tampouco está eivada de nulidade a CDA (fls. 50), a qual preenche todos os requisitos do art. 202 do CTN e dos §§ 5º e 6º do art. 2º da Lei nº 6830/80 (LEF), sendo que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento de ofício é dispensável o procedimento administrativo, bastando o não pagamento para o ajuizamento da ação.

Por fim, quanto aos honorários, também não merece provimento a apelação quanto ao argumento de ser descabida a condenação em sede de embargos à execução, pois devem ser arbitrados, haja vista existir sentença de mérito, nos termos do art. 269, do CPC/73, *in verbis*:

Art. 269. Haverá resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)

Acesso ao Sumário

I - quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor;

Contudo, deve ser provido em parte o recurso para reduzir os honorários advocatícios, adequando-os, pois a condenação no valor de R$ 5.000,00 se deu com base no valor da causa, considerando a somatória dos créditos dos exercícios de 2001 e 2004, quando deveria ter se dado somente com base no valor de R$ 41.419,70, relativo somente à CDA do exercício de 2004, único objeto dos embargos à execução.

Nesse sentido, conjugando-se os critérios dos §§ 3º e 4º, do art. 20, do CPC/73, arbitro os honorários advocatícios em R$ 2.000,00, valor este que bem remunera o patrono do Município, sem enriquecê-lo ilicitamente, quanto mais por se tratar de causa cuja matéria de fundo é de grau de complexidade baixa, observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Ante o exposto, **conhece-se em parte do recurso** e, nessa parte, **dá-se parcial provimento à apelação**, para reduzir os honorários advocatícios para a quantia de R$ 2.000,00, mantida, no mais a r. sentença, com observação quanto ao prosseguimento da ação somente com relação ao exercício de 2004.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003441-51.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BRUNO AUGUSTO D'ALESSANDRO, é apelado FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.549)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente sem voto), MARREY UINT e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 2 de agosto de 2016.

AMORIM CANTUÁRIA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO MÉDIO. PRETENSÃO DE CONCESSÃO DO "VISTO CONFERE" EM CERTIFICADO DE ENSINO MÉDIO. ESTABELECIMENTO DE ENSINO COM AUTORIZAÇÃO CASSADA. IRRELEVÂNCIA.

SENTENÇA QUE DENEGOU A SEGURANÇA. REFORMA QUE SE IMPÕE. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. BOA-FÉ CONFIGURADA. PRECEDENTES DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.
RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **BRUNO AUGUSTO D'ALESSANDRO**, contra ato do **DIRIGENTE REGIONAL DE ENSINO DA DIRETORIA DE ENSINO – REGIÃO LESTE 5 – DER LT5**, pretendendo, liminarmente, ordem para que a autoridade impetrada valide o certificado de conclusão do ensino médio emitido pelo Colégio Cristão USA, apondo-se o "visto-confere" e procedendo-se à inclusão do seu nome no GDAE, e, ao final, seja concedida a segurança e confirmada a liminar.

A r. sentença, de relatório adotado, denegou a segurança (fls. 116/121).

Apela o impetrante, sustentando, em síntese, que à época de seus estudos, o Colégio Cristão USA estava totalmente regular junto aos órgãos fiscalizadores da Administração, de forma que não pode, agora, ser impedido de ver seus estudos reconhecidos. Aponta a necessidade se se privilegiar os princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Insiste em que a denegação da segurança prejudicará sua vida acadêmica, pois não poderá prosseguir com o curso de nível superior. Alega que o colégio estava regular na data da conclusão do curso, e que a negativa do "*visto confere*", pelo Dirigente Regional de Ensino Leste 5, foi indevida. Afirma, ao final, que deve ser aplicada a teoria do fato consumado de forma a estabilizar situação jurídica consolidada e irreversível (fls. 122/129).

Processado o recurso, foram apresentadas contrarrazões (fls. 135/141).

É o relatório.

Consta nos autos que o Colégio Cristão USA emitiu em favor do impetrante, em 09 de dezembro de 2002, certificado de conclusão do Curso de Educação de Jovens e Adultos com Atendimento Individualizado e Presença Flexível, em nível de Ensino Médio, com direito a prosseguir os estudos no nível Superior (fls. 23/24).

Ocorre que a autoridade impetrada recusou-se a conceder o "Visto Confere" no referido certificado do impetrante, bem como sua inscrição no sistema GDAE.

Alega que a falta dessas providências atrapalha sua vida acadêmica, pois não poderá prosseguir com os estudos e cursar o nível Superior.

Acesso ao Sumário

Nas informações prestadas pela autoridade coatora, esclareceu-se que, após a realização de sindicância, na qual se constatou irregularidades, o Colégio Cristão USA teve sua autorização de funcionamento cassada pela Portaria do Coordenador da COGSP de 08.02.2006, publicada em DOE, Executivo I, de 09.02.2006. Anotou que a regularização da vida escolar poderia ser realizada mediante exames oficiais ou através da comprovação de estudos em nível superior (fls. 61/67).

O que se constata, no entanto, é que o certificado de conclusão do curso de ensino médio foi concedido ao impetrante em 09 de dezembro de 2002, ou seja, antes da cassação da autorização do Colégio Cristão USA, ocorrida em 08 de fevereiro de 2006 (fl. 79).

Sendo assim, não se pode ignorar que, à época em que o impetrante foi matriculado e concluiu o curso, as atividades do Colégio Cristão USA eram regulares.

No caso concreto, deve ser aplicada a Teoria do Fato Consumado, segundo a qual é possível, com fundamento na segurança jurídica, a convalidação de uma situação já consolidada pelo decurso do tempo, pois o curso foi realizado e concluído pelo impetrante de boa-fé.

Portanto, negar-lhe o "Visto Confere" é o mesmo que impedir o exercício do direito de prosseguir no desenvolvimento de sua atividade intelectual e profissional de nível superior, trazendo-lhe mais prejuízos.

Nesse sentido, vem julgando este E. Tribunal:

"MANDADO DE SEGURANÇA. Certificado de conclusão de ensino médio expedido pelo Colégio Borba Gato. Aposição do "visto-confere" pela Diretoria de Ensino e inclusão do nome do impetrante no sistema GDAE. Admissibilidade. Conclusão do curso anterior à cassação da autorização da instituição de ensino. Efeitos da portaria que não podem retroagir para atingir terceiro de boa-fé. Precedentes do TJSP. Decisão reformada. Recurso provido."

(Apelação nº 1030679-79.2015.8.26.0053, Rel. Des. Heloísa Martins Mimessi; 5ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 23/05/2016; Data de registro: 30/05/2016).

"APELAÇÃO CÍVEL. PRETENSÃO DE "VISTO-CONFERE" NO CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO. Instituição educacional que teve sua autorização cassada posteriormente à conclusão do curso. Irrelevância. Colégio que possuía autorização para funcionamento à época em que o autor frequentou o ensino médio. Respeito ao princípio da boa-fé e à teoria do fato consumado. Sentença confirmada. Recursos não providos.

(Apelação nº 1046075-33.2014.8.26.0053, Rel. Des. Djalma Lofrano

Acesso ao Sumário

Filho, 13ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 02/03/2016; Data de registro: 03/03/2016).

"MANDADO DE SEGURANÇA – Pretensão de compelir a autoridade coatora a homologar o certificado de conclusão do ensino médio expedido pelo Colégio Cristão USA – Instituição educacional que teve sua autorização cassada posteriormente à obtenção do certificado – Irrelevância – Colégio que possuía autorização para funcionamento à época em que o impetrante frequentou o ensino médio – Cassação da autorização em data posterior à conclusão do curso – Aplicação da teoria do fato consumado – Sentença reformada para conceder a segurança – Recurso provido." (Apelação nº 1005339-36.2015.8.26.0053, Rel. Des. Maria Laura Tavares; 5ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 23/11/2015; Data de registro: 23/11/2015).

Nesse passo, de rigor a concessão da segurança, para determinar à ré que proceda a aposição do "Visto Confere", bem como ao cadastramento do impetrante no Sistema GDAE, condenada a ré ao reembolso das custas e despesas processuais. Sem condenação em honorários, nos termos da Lei do Mandado de Segurança.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007877-75.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante VIVO S.A., é apelado FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON/SP.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o advogado Renato Grava Brasil.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.204)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), SOUZA MEIRELLES e FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA.

São Paulo, 24 de agosto de 2016.

BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Processo civil. Eiva no procedimento administrativo. Inocorrência.

Acesso ao Sumário

Ação anulatória. Auto de Infração lavrado pelo PROCON. Infringências ao dever de informar, propagandas enganosa e abusiva, cláusula abusiva e inadequação de prestação de serviços. Situações fáticas indisputadas. Regularidade e legalidade da autuação. Critério para imposição de multa. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Ao relatório da r. sentença, que adoto, acrescento ter sido improcedente ação proposta por VIVO S/A contra a FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON para ser anulado auto de infração lavrado pela ré, contra o que apela a autora para inversão do resultado (fls. 1.173/1.193).

Recurso bem processado, respondido a fls. 1.202/1.242. Sem manifestação do Ministério Público em face do Ato de Racionalização nº 313/03/PGJ- CGMP, de 24/06/03, conforme ofício nº 009/06 PJMS de 07/08/06 (fls. 1.246).

É o relatório.

Afasto a denúncia de jaça no expediente administrativo, ou seja, a dita descabida reunião de diversas infrações em situação procedimental única, pois em nada houve prejuízo e, sabido há de ser, **pas de nullit sans grief**, preservados que foram os direitos inerentes à defesa.

Isso resolvido, observo já ter observado, por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 0057906-94.2013.8.26.0000, ter a autora ajuizado ação ordinária, com pedido de antecipação de tutela, para nulidade do Auto de Infração nº 5474 D7, lavrado nos seguintes termos (fls. 62/69):

> *A empresa acima qualificada cometeu as seguintes irregularidades no âmbito do estado de São Paulo:*
>
> *1) Conforme reclamações apresentadas a esta Fundação (FA's 0609-242.681-2, 0809-211.728-0, 0508-128.489-5, 0608-185.137-6, 0808-275.785-2, 0808-278.464-3, 0808-260.483-5 e 0609-230.867-1) vislumbra-se que o fornecedor, ao ofertar aparelhos de telefone celular, principalmente aqueles de menor valor de mercado, a despeito de repassar ao consumidor informação no sentido da possibilidade de desbloqueio do aparelho a qualquer momento, a fim de sua utilização por intermédio de outras operadoras, não informa por nenhuma forma que tais aparelhos, embora desbloqueados, não são suscetíveis de utilização com "chips" de outras operadoras, na medida em que o produto funciona em frequência somente alcançada pela ora autuada. Nesse sentido, embora seja repassada a informação da possibilidade de desbloqueio do telefone a partir da manifestação do consumidor, não assegura o*

fornecedor quaisquer informações acerca das características essenciais do produto, especialmente no tocante à ineficácia do desbloqueio para o fim específico de utilização do telefone celular por meio de outras operadoras. Dessa forma, infringe a empresa o disposto no art. 31, "caput", da lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor.

2) Por outro lado, nos termos da reclamação formalizada sob a FA n. 0808-260.483-5, aliada a panfleto publicitário a ela anexado, emitido pela autuada e apresentado pela consumidora a esta Fundação e ainda com base no termo de acordo lavrado perante esta Fundação em 12/02/2009, entre consumidor e fornecedor, nota-se que a empresa veiculou publicidade de telefones celulares na qual explicita as características dos aparelhos que comercializa, levando a efeito, todavia, comunicação falsa no tocante às características substanciais de um deles, qual seja: o telefone celular "nokia 2360 radio fm". Ocorre que, na retrocitada publicidade, aponta-se o celular como sendo de tecnologia "quadriband", característica essa que inclusive fora decisiva por parte da consumidora, pois tal propriedade permite o desbloqueio com utilização do telefone por intermédio de qualquer operadora, haja vista o maior alcance de sua frequência "quadriband". Entretanto, após realizar a compra, fora a consumidora informada que, em verdade, o telefone possuía a tecnologia "dual band", de modo que o desbloqueio do telefone não permitiria a utilização deste em todas as demais operadoras, o que ocorreria, sim, se possuísse o aparelho a tecnologia primeira descrita, ou seja, se não houvesse sido lançada no informe publicitário informação falsa e desvirtuada da real propriedade do aparelho. É de ressaltar que o próprio fornecedor, conforme consta do termo de acordo lavrado com o consumidor, admite expressamente a informação errônea repassada por meio de publicidade, comunicação indevida que induz em erro o consumidor acerca das características do produto, na medida em que adquire aparelho sem as propriedades que vislumbrava angariar caso o teor publicitário houvesse sido escorreito em seus termos. Assim sendo, infringe a empresa o disposto no artigo 37, parágrafo 1º da lei 8.078/ 90 – Código de Defesa do Consumidor.

3) Conforme reclamação apresentada ao PROCON Municipal de Votorantim, consubstanciada na FA n. 0009.004.287-0, bem como de acordo com os documentos apresentados pelo consumidor àquele órgão conveniado e, ainda, àqueles remetidos pelo fornecedor em resposta à cip aberta naquela entidade, verifica-se que o consumidor contratara, junto à autuada, o serviço de "internet" banda larga, especificamente o pacote oferecido pela empresa sob a denominação "ilimitado". Ocorre que, a despeito de o serviço ser oferecido sob a denominação "ilimitado",

Acesso ao Sumário

estipula o fornecedor, em contrato de adesão por este apresentado, especificamente em sua cláusula 4.3, que "nos pacotes ilimitados, a velocidade de acesso poderá ser reduzida quando atingido determinado volume de dados trafegados no ciclo vigente. A consulta sobre volume de dados e velocidades poderá ser realizada em (endereço eletrônico constante do texto original)". Reputa-se abusiva a comercialização de plano sob denominação "pacote vivo internet ilimitado", inclusive com previsão em contrato de adesão, quando, em verdade, a velocidade é limitada, na medida em que "poderá ser reduzida quando atingido determinado volume de dados trafegados no ciclo vigente". Ora, ao aderir a um plano de acesso à internet ilimitado, pagando, para tanto, valores superiores àqueles planos cujo tráfego de dados é limitado, o consumidor efetivamente optou por um serviço sem solução de continuidade, ilimitado na acepção própria da palavra, de modo que o acesso à "internet" não sofresse comutações, motivo pelo qual a previsão em apreço, disposta em contrato de adesão, mostra-se iníqua e abusiva, infringindo deste modo a autuada o disposto no art. 51, IV, da lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor.

4) Já na reclamação registrada sob a FA n. 0509-345.266-4, formalizada nesta Fundação, depreende-se que a consumidora recebera, em seu telefone celular, mensagem de texto (SMS) com teor publicitário, enviada pela autuada, sob o título "promoção troque seu vivo pré", por meio da qual teria sido agraciada com um desconto de R$150,00 (cento e cinquenta reais) na troca de seu aparelho celular, o qual seria concedido na medida em que a consumidora comparecesse a uma loja própria ou revenda credenciada da autuada. Ocorre que dirigiu-se a consumidora à loja "projeta", localizada na cidade de Registro, por diversas oportunidades, pautada pelas respostas a ela enviadas via "email" pelo fornecedor às suas indagações, no sentido de que seria tal estabelecimento uma loja "vivo" participante da promoção. Entretanto, após inúmeros desgastes, aborrecimentos e gastos despendidos pela consumidora em comparecer inúmeras vezes à loja a que o fornecedor garantira ser integrante da promoção em apreço, a empresa retificou, após nova indagação por "email" remetida pela consumidora, a informação antes passada e reafirmada, nos seguintes termos: "pedimos nossas sinceras desculpas pela informação equivocada transmitida no e-mail anterior, onde foi informado que a loja projeta áudio e cia (...) era uma loja própria da Vivo, quando na realidade trata-se de uma loja autorizada não participante da promoção (...). Dessa forma, para usufruir do bônus de R$150,00 que tem direito pela promoção troque seu Vivo pré, recomendamos se dirigir a uma loja própria Vivo mais próxima

Acesso ao Sumário

de sua cidade". Nota-se, no caso em apreço, desídia da fornecedora para com seu cliente, na medida em que transmite informações equivocadas, causando-lhe transtornos que seriam desnecessários se o fornecedor houvesse procedido a uma análise com maior acuidade à demanda de seu cliente. Desse modo, infringe a empresa o disposto no art. 20, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, na medida em que presta serviço impróprio, inadequado aos fins que poderia a consumidora razoavelmente dele esperar, ao repassar, reafirmar e asseverar esclarecimentos equivocados e temerários, diante do pleito da consumidora.

5) Ainda, conforme reclamação registrada nesta Fundação sob FA n. 0209-357-948-6, a empresa acima qualificada não comprovou ter prestado ao consumidor informações claras e precisas sobre as regras da promoção denominada "até 10x vivo pós", que possuíam limitações quanto ao bônus concedido, quais sejam, 350 minutos em ligações locais para Vivo, sendo que os 150 minutos iniciais de cada parcela mensal, também, valeriam para ligações para fixo, conforme itens 2.1 e 5.3 da referida promoção. O fornecedor, em resposta ao auto de notificação n. 6075-D6, informou que "o regulamento da promoção "até 10x vivo pós", ora fornecido à autora, está disponível até a presente data na página da Vivo". Entende-se que a disponibilização do regulamento na "internet" não é suficiente, sendo dever do fornecedor bem informar, no momento da contratação, as regras e limitações de uso do bônus concedido que se extrapolado representaria tarifação de ligações. O fornecedor infringiu o art. 31, "caput", da lei 8.078/90, ao não comprovar ter prestado informações essenciais no ato da contratação da referida promoção. Quanto às regras da promoção denominada "até 10x vivo pós" verificou-se, também, as seguintes irregularidades: I) o fornecedor não informa o término do bônus adquirido aos consumidores ou fornece meios para acompanhamento dos minutos utilizados. Tal prática é abusiva, uma vez que, após o término do bônus, as ligações passam a ser tarifadas, sem que o consumidor tenha conhecimento quando os minutos da promoção terminam, tanto para ligações para Vivo, como para ligações para fixo. O fornecedor infringiu, assim, o artigo 39, "caput" da lei 8.078/90; II) o regulamento prevê cobrança de "multa por permanência" os seguintes casos, conforme itens: "4.2.1 cancelamento da linha durante período de permanência; 4.2.2 migração para o plano de serviço controle durante o período de permanência". Tais cláusulas são abusivas, uma vez que possibilitam a dupla penalidade para aqueles consumidores que se beneficiaram com a aquisição de aparelhos celulares promocionais, conforme itens 2 e 3 do contrato de permanência por benefício na aquisição de estação móvel, inserido no termo de adesão e contratação

Acesso ao Sumário

de serviços smp, caso haja solicitação de cancelamento ou migração da linha durante o período de fidelização de 12 meses. O fornecedor infringiu, assim, o artigo 51, IV da lei n. 8.078/90; III) o regulamento prevê no item 5.7 que "a validade, períodos de adesão e prazos em que a promoção e os benefícios aplicáveis não serão interrompidos ou suspensos em nenhuma hipótese, nem mesmo em caso de roubo ou furto do aparelho, e, ainda, não poderão ser prorrogados, mesmo que seja verificado que o estoque do aparelho escolhido pelo usuário tenha acabado, o aparelho não possa ser utilizado por quaisquer razões, como defeito do mesmo, qualidade do sinal ou outros, e/ou sejam verificados possíveis problemas durante a vigência da promoção". O fornecedor infringiu o artigo 51, IV da lei n. 8.078/90, pois tal cláusula coloca o consumidor em desvantagem exagerada, caso tenha seu aparelho de celular roubado ou furtado, bem como se houver indisponibilidade do aparelho escolhido pelo consumidor, o mesmo item prevê, ainda, a exoneração da responsabilidade do fornecedor por vício na prestação do serviço de telefonia móvel ou no aparelho por ele comercializado, que impeçam a utilização do bônus, infringindo o artigo 51, I, da lei n. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor.

6) Por fim, veiculou a autuada filme publicitário da campanha "chamada premiada Vivo", consistente em uma promoção realizada pela operadora que, aleatoriamente, faz chamada para os clientes da sua base, com uma gravação realização pelo Pelé, a qual, uma vez atendida pelo consumidor, contempla-o com uma camisa alusiva à seleção brasileira de futebol.

A peça publicitária traz o protagonista vestindo a camisa objeto da promoção em várias situações cotidianas, como assistindo a uma partida de futebol, fazendo refeições.

Com a intenção de imprimir humor à situação, o protagonista ainda toma banho vestindo a camisa, bem como se pendura no varal para que ela seque sem precisa desvesti-la.

No entanto, a cena que se segue à do varal, traz o personagem passando a ferro a camisa no próprio corpo, situação esta que contraria o disposto no artigo 37, §2 da lei n. 8.078/90, uma vez que induz o consumidor a se comportar de forma perigosa à sua saúde ou segurança, especialmente o público infantil que é impactado pela publicidade, haja vista que seu desenvolvimento mental incompleto pode induzir a comportamento semelhante ao da conduta do protagonista da referida peça publicitária.

Por tais condutas, fica o autuado sujeito à sanção prevista nos

Acesso ao Sumário

artigos 56, inciso I, e 57, da lei 8.078/90, sem prejuízo das demais sanções previstas no artigo 56 da referida lei.

A pena poderá ser atenuada ou agravada, conforme previsto no artigo 34 da Portaria Normativa PROCON n. 26, de 15/08/2006, com a redação dada pela Portaria PROCON n. 33, de 01/12/2009.

Em resumo, autuação por irregularidades na prestação de serviços (itens 1, 2, 3, 4 e 5) e em veiculação de peça publicitária (item 6).

A autora, porém, sustenta que *não cometeu qualquer infração ao Código de Defesa do Consumidor, tampouco tomou qualquer atitude merecedora de sanção de mais de R$ 3 milhões*, manifestamente desarrazoada e desproporcional, ademais.

Denuncia, ainda, nulidade do processo administrativo que culminou na sanção imputada, porquanto instaurado *em afronta aos princípios do devido processo legal e ampla defesa, uma vez que uniu, em um único procedimento, diversas infrações distintas, sem qualquer conexão ou liame.*

Por isso, veio a autora com esta ação ordinária para requerer anulação do AIIM nº 5474 D7.

Antes do mais, enfrento, e afasto, a denúncia de ofensa aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, pois a autuação foi fundamentada no quanto se apurou no processo administrativo e, nessa esteira, não cabe ao Judiciário, nem por extensão do princípio da razoabilidade, dar outro apenamento se na esfera administrativa se respeitou, como foi respeitada, a amplitude de defesa, cumpridos os atos e termos previstos para aquele tipo de processo.

A sanção não pode ser mensurada pelo Poder Judiciário, sob pena de vir a funcionar em descabida instância julgadora do merecimento, oportunidade, eficiência ou justiça do ato.

Percebe-se em todos os documentos postos nos autos, bem observado na r. sentença, respeito à legalidade e ao princípio da ampla defesa.

Foram observadas as formalidades procedimentais e houve total respeito ao direito de defesa, sem azo para nulidades em razão da autuação da autora em único expediente, que não prejudicou as defesas por ela apresentadas na esfera administrativa (fls. 926/944 e 982/1.010).

Ademais, como bem ponderou o Juízo de origem, *as decisões administrativas (fls. 977 e 1055) tiveram por base a manifestação técnica apresentada no processo administrativo (fls. 946/975 e 1050/1054), as quais, por suas vezes, apreciaram e rebateram os argumentos lançados pela autora, tudo em conformidade com a lei.*

É certo, no entanto, ter a autora, em elogiável arrazoado, escrito sobre cuidar-se de *seis pequenas, insignificantes, supostas e distintas ilegalidades* (fls.

Acesso ao Sumário

3), a afastar o destranque sobre não ter tido tempo, ou ter tido parco tempo para apresentar defesa, que, repito, houve em alentados arrazoados.

As demais alegações a esse título (gravidade dos fatos e falta de razoabilidade e proporcionalidade no apenamento) constituem matéria de mérito, adiante examinadas.

Isso observado, calha realçar não haver disputa sobre efetiva ocorrência dos diversos fatos indicados no auto de infração, vale a torná-los incontroversos.

A perlenga reside na aptidão deles para ensejar a autuação em liça; na expressiva afirmação autoral, *milhões por nada.*

Como são múltiplos os fatos abordados na petição inicial (itens 1, 2, 3, 4, 5 e 6), convém decliná-los resumidamente, um a um, aliados aos fundamentos legais suscitados pelo PROCON e às respectivas impugnações da autora.

Para melhor compreensão do todo, texto e contexto:

Item 1

O primeiro item cuida da disponibilização de aparelhos celulares no mercado com anúncio de possibilidade de desbloqueio a qualquer momento para utilização de "chips" de outras operadoras pelo usuário.

Segundo o PROCON, os consumidores não foram informados que, apesar da possibilidade de desbloqueio, não era possível a utilização de "chips" de outras operadoras porque os aparelhos operavam em frequências somente utilizadas pela autora.

Daí a autuação por ofensa ao art. 31, 'caput', da Lei Federal 8.078/90: *toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.*

A autora não refuta a afirmação do PROCON, mas a atenua, sob central alegação de que, na prática, era mesmo possível que aparelhos desbloqueados não permitissem a utilização de "chips" de outras operadoras: *o que se dá, contudo, é que no Brasil, as operadoras operam em frequências distintas, o que pode impedir a utilização de outros chips em aparelhos dual band. Às vezes, ainda que liberado para utilização do chip, o referido aparelho pode não reconhecer a frequência da outra operadora. Todavia, o fato das operadoras utilizarem frequências diferentes decorre de uma necessidade técnica e nada tem a ver com a suposta intenção de restringir a utilização do aparelho por apenas uma determinada operadora.*

Acesso ao Sumário

Item 2

A autora divulgou, mediante panfleto publicitário, que o aparelho "nokia 2630 rádio fm" era de tecnologia "quadriband", com maior alcance de

frequência, e, por isso, melhor e mais caro.

Entretanto, cuidava-se de aparelho "dual band", situação admitida por ela na esfera administrativa: *em audiência nesta data, o fornecedor, através de sua representante legal, alegou que, apesar de consultar no panfleto da empresa que o aparelho é quadriband, o mesmo é dual-band* (fls. 724).

Daí a autuação por ofensa ao §1º do art. 37 da lei federal 8.078/90: *é proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1° É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.*

Segundo a autora, cuidou-se de caso único e isolado, resolvido na esfera administrativa, mediante acordo.

Então, *sanada a questão entre os particulares, não há como se cogitar de responsabilização administrativa, justificável exclusivamente diante de ilícito consumerista desproporcional, capaz de afetar um grande grupo de pessoas ou o próprio mercado de telefonia móvel.*

Item 3

A autora disponibilizou no mercado serviço de internet "banda larga" **ilimitado.**

Entretanto, fez constar da cláusula 4.3 do correlato contrato de adesão a possibilidade de redução da velocidade da Internet se o consumidor ultrapassasse o volume de dados do "ciclo vigente": *nos pacotes ilimitados, a velocidade de acesso poderá ser reduzida quando atingido determinado volume de dados trafegados no ciclo vigente. A consulta sobre volume de dados e velocidades poderá ser realizada em (endereço eletrônico constante do texto original).*

Daí a autuação da autora por ofensa ao art. 51, IV da lei federal 8.078/90: *são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.*

À semelhança dos itens anteriores, a autora tanto realçou ter sido único caso de reclamação, quanto não refutou a possibilidade da redução da velocidade de conexão, mas a atenuou sob argumento de ser mesmo possível: *assim, seguindo essa lógica, em virtude de uma questão técnica que visa garantir a qualidade e a estabilidade da rede de dados da Vivo, era possível que alguns clientes dos pacotes que se utilizam dos serviços de 3G tivessem a velocidade de conexão reduzida ao atingirem 2.048 MB (2GB) de dados trafegados do período de sua fatura mensal.*

Acesso ao Sumário

Item 4

A autora enviou mensagem de texto – "SMS" – a consumidora, dando-lhe desconto de R$150,00 para aquisição de aparelho celular em qualquer loja física dela.

Então, a consumidora foi à loja Projeta, na cidade de Registro/SP, mas não conseguiu adquirir o aparelho pretendido sob afirmação de que aquele estabelecimento não era participante da promoção.

A consumidora enviou "e-mails" à autora, que susteve o contrário, ou seja, a loja Projeta era participante da promoção e deveria dar o desconto à consumidora para a almejada aquisição de aparelho celular.

Ato contínuo, a autora retornou à Projeta inúmeras vezes, mas nada conseguiu.

Após diversos "e-mails" enviados pela consumidora à autora, a assegurar a possibilidade daquela adquirir o bem visado na Projeta, sobreveio outra informação, de que esta era, em verdade, estabelecimento "autorizado" da autora, não participante da promoção, motivo por que não lhe dar desconto tampouco vender o aparelho celular como almejara.

Daí a autuação por ofensa ao §2º do art. 20 da lei federal 8.078/90: *o fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: (...) § 2° São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.*

Mais uma vez a autora realçou cuidar-se de caso *único* e *isolado*. Afirmou ter sido mero equívoco, solvido de pronto, sem maiores transtornos à consumidora: *a Vivo, todavia, assim que soube do equívoco de seu funcionário – apesar de autorizada, a loja não participava da promoção – prontamente forneceu ao consumidor uma lista com os endereços das lojas mais próximas de sua residência, a fim de que pudesse usufruir do desconto prometido.*

Acesso ao Sumário

Item 5

A autora ofertou ao público promoção denominada *até 10x vivo pós,* cujo regulamento apresentava restrições quanto ao uso de créditos de bônus, assim descritas pelo PROCON: *a empresa acima qualificada não comprovou ter prestado ao consumidor informações claras e precisas sobre as regras da promoção denominada "até 10x vivo pós", que possuíam limitações quanto ao bônus concedido, quais sejam, 350 minutos em ligações locais para Vivo, sendo que os 150 minutos iniciais de cada parcela mensal, também, valeriam para ligações para fixo, conforme itens 2.1 e 5.3 da referida promoção.*

Esses detalhes, entretanto, não eram apresentados ao consumidor quando da contratação. Ao revés, constavam das cláusulas 2.1 e 5.3 do regulamento da promoção, cujo teor só era acessível em sítio eletrônico da autora.

Daí a autuação por ofensa ao art. 31, "caput" da lei federal 8.078/90: *toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.*

Ainda de acordo com o PROCON, a autora também não informava os consumidores sobre o término dos bônus, nem disponibilizava meios para consultá-los, apesar de cobrar tarifa regular após os bônus serem utilizados (subitem I); havia cobrança de "multa por permanência", no caso de cancelamento da linha ou migração do plano (subitem II), havia cláusula contratual que preconizava a subsistência do contrato mesmo em caso de roubo ou furto do aparelho.

Daí a autuação por ofensas ao art. 39, "caput" (subitem I) e 51, IV (subitens II e III) da lei federal 8.078/90, já citados.

Por seu turno, a autora defendeu a regularidade da promoção *10x vivo pós* e susteve, em repetição, que as reclamações sobre ela foram isoladas.

Aduziu terem sido todas as informações relativas à promoção prestadas de forma clara aos consumidores e, no caso de dúvidas, os consumidores poderiam ser saná-las em seus diversos canais de atendimento.

No mais, refutou a propalada abusividade das referidas regras da promoção (subitens I, II e III), por ser viável a *limitação dos direitos do consumidor, seja pelo fato de que inaplicável ao caso sub judice o seu art. 51, na parte que versa sobre a questão, eis que a referida cláusula não "ofende qualquer princípio do sistema jurídico" – inciso I.*

Assim, nada mais normal e corriqueiro do que um contrato com prazo determinado estipule multa por rescisão. Ora, a expectativa do direito, seja do fornecedor ou do consumidor, será rompida e a multa é mais do que natural. De abusiva essa cláusula não tem nada.

Item 6

A autora veiculou filme publicitário para divulgar a promoção "chamada premiada", consistente em chamadas aleatórias da autora a consumidores. Quem atendia, ganhava uma camisa assemelhada à da seleção brasileira de futebol.

Consoante o PROCON, a peça publicitária mostrava indivíduo a trajar a referida camisa em diversas situações cotidianas e também em situações inusitadas, como tomar banho vestido com a camisa e se pendurar no varal para secá-la no próprio corpo.

Acesso ao Sumário

No quadro sequente, todavia, o personagem, ainda com ela trajado, passa-a a ferro.

Daí a autuação por ofensa ao §2º do art. 37 da lei federal 8.078/90: *é proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. (...) § 2° É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.*

A autora, por sua vez, asseverou não conter essa peça publicitária o condão de estimular comportamentos perigosos ou lesivos à saúde, à vida ou à integridade física dos consumidores, razão por que indevida a multa.

Encerra-se, aqui, o escorço sobre os itens e subitens do Auto de Infração nº 5474 D7 (fls. 62/69).

Preservado o esforço recursal, entendo não haver motivo para alterar a r. sentença.

Conforme ressaltei acima, a autora não negou os fatos mencionados na autuação, até mesmo porque estribados em expedientes administrativos oriundos de reclamações de consumidores registradas no PROCON.

Com intuito de obter maior clareza, fracionarei a análise dos itens da autuação em conformidade com a natureza jurídica das irregularidades apontadas pelo PROCON, quais sejam, infrações ao dever de informar (itens 1 e 5), propagandas enganosa (item 2) e abusiva (item 6), cláusula abusiva (item 3) e inadequação de prestação de serviços (item 4).

Infringência ao dever de informar (itens 1 e 5)

A autora informou aos consumidores sobre a possibilidade de desbloqueio de aparelhos celulares, a viabilizar a utilização de "chips" de operadoras diversas da autora (item 1).

Entretanto, não esclareceu que esses aparelhos operavam apenas em frequências da autora, fator a tornar, na prática, o desbloqueio inócuo, pois os aparelhos jamais poderiam ser utilizados com "chips" de operadoras diversas da autora.

Noutro caso (item 5), a autora ofertou no mercado a promoção *10x vivo pós* sem esclarecer aos consumidores sobre relevantes dados acerca do uso de créditos de bônus, ou seja, sem possibilitar consultas para controle do uso e sem advertir os consumidores de que, exauridos os créditos de bônus, passaria a cobrar créditos regulares.

A autora não comprovou o efetivo cumprimento do dever de informar

Acesso ao Sumário

quanto a esses fatos, dito *direito subjetivo* do consumidor[1], exasperado, evidentemente, na seara consumerista, em que vigora, em regra, a ideia **take it or leave it**, de que os contratos de adesão constituem o mais expressivo exemplo[2].

Como a autora não se desincumbiu do ônus de comprovar o adimplemento do cogitado dever (CPC, art. 373, I), de rigor a manutenção das autuações sob análise (itens 1 e 5), com arrimo no art. 31, 'caput', da lei federal 8.078/90.

Propaganda enganosa (item 2)

A ré divulgou, por panfleto publicitário, ser o aparelho celular "nokia 2630 rádio fm" de tecnologia "quadriband", os quais têm maior alcance de frequência e, por isso, embora mais caros, seriam melhores.

Contudo, referido aparelho era "dual band", fato admitido pela autora na esfera administrativa.

Nesta esfera judicial, a autora não comprovou cuidar-se de aparelho "quadriband". Ao revés, limitou-se a verberar ser caso único e isolado, resolvido na esfera administrativa, não gerador de "ilícito consumerista".

Como se sabe, o abuso da propaganda atenta contra *a lisura da informação que deve refletir necessariamente na escolha e economia dos alvos últimos da publicidade, ou seja, os consumidores de produtos e serviços*[3].

No caso em testilha, a abusividade é manifesta, ante a discrepância entre a propaganda (aparelho "quadriband") e a realidade (aparelho "dual band"), quadro o qual a autora não se desincumbiu de desconstituir, por qualquer meio de prova em direito admitido, como seria de rigor.

Disso concluo pela legalidade da autuação (item 2), a termo do §1º do art. 37 da lei federal 8.078/90.

Propaganda abusiva (item 6)

A autora realizou filme publicitário no qual aparece personagem trajado de camisa parecida com a da seleção brasileira de futebol, em atividades cotidianas e, em dado momento, quem sabe em busca de chiste, passa-a a ferro, no próprio corpo.

Evidentemente, agir temerário, estimulador de comportamentos perigosos ou lesivos à saúde, à vida ou à integridade física dos consumidores. Máxime em relação às crianças, presumidas por lei, **juris et de jure**, pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, merecedoras de integral proteção do estado, da família e da sociedade, com absoluta prioridade (ECA, arts. 4º e 6º).

1 FABIAN, Christian. O dever de informar no direito civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 81.

2 AGUIRRE, João Ricardo Brandão. Responsabilidade e informação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 157/ 158.

3 FILOMENO, José Geraldo do Brito. Manual de direitos do consumidor. São Paulo: Atlas, 2001, p. 245.

Acesso ao Sumário

Não se vai além, pois, para concluir pelo caráter abusivo da publicidade em questão e, assim, a regularidade da autuação, com fulcro no §2º no art. 37 da lei federal 8.078/90, mesmo porque, sem chiste, não vinha nem mesmo aquela conhecida advertência de *não faça isso em casa.*

Cláusula abusiva (item 3)

A autora disponibilizou no mercado serviço de Internet "banda larga" **ilimitado.**

Contudo, estipulou na cláusula 4.3 do respectivo contrato de adesão a possibilidade de redução da velocidade da Internet se o consumidor ultrapassasse o volume de dados do "ciclo vigente".

Vez mais a autora não comprovou a ilegalidade da autuação; se bem visto, confessou mesmo a ocorrência da redução da conexão quando o consumidor atingia *2.048 MB (2GB) de dados trafegados do período de sua fatura mensal.*

É dizer, serviço **ilimitado**, mas limitável ao talante da autora.

Sem sombra de dúvidas, cuida-se de cláusula abusiva, expressão fiel e acabada de condição puramente potestativa, proscrita pelo art. 122 do Código Civil, **in fine**[4].

Nesses termos, legal e regular a autuação.

Inadequação de prestação de serviços (item 4)

A derradeira questão versa sobre os reveses havidos por consumidora para lograr adquirir aparelho celular mediante desconto de R$150,00, concedido pela autora mediante envio de mensagem de texto "SMS".

Consoante o PROCON, a consumidora foi à loja Projeta, na cidade de Registro/SP, integrante da rede da autora, mas não conseguiu adquirir o bem visado, sob argumento de que aquele estabelecimento não participava da promoção.

Todavia, a autora informou repetidamente à consumidora por "e- mail" que a Projeta participava da promoção, o que determinou outras idas infrutíferas da consumidora ao local.

Acesso ao Sumário

Só após desgastes e aborrecimentos da consumidora, a autora informou a ela que a Projeta não poderia vender o bem almejado, pois não era participante da promoção, ao revés do que antes afirmara.

Ao que se denota, dezenas de telefonemas, de idas e vindas (inclusive ao PROCON), de mensagens eletrônicas, até que a empresa se dignasse à solução do caso. Por ser fato notório e constar na minha experiência pessoal e profissional, que vem como máxima de experiência, é que faço a observação.

4 Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

Na defesa, a autora afirmou que o problema foi resolvido prontamente, sem maiores transtornos à consumidora.

Porém, não comprovou esses fatos, como seria de rigor, já em repetição da repetição, conforme o art. 373, I do Código de Processo Civil.

Disso concluo pela legalidade da autuação, com base no art. 20, §2º da lei federal 8.078/90.

Afastados esses temas, resta também desacolhida a denunciada *desproporcionalidade na dosimetria da sanção pecuniária* (**sic**), pois o apenamento administrativo foi consentâneo com as infrações, dentro do quanto determina o artigo 57 do mesmo Código de Defesa do Consumidor, bem como a regulamentação, tudo esmiuçado na esfera administrativa.

Demais disso, torna-se impossível mexer na dosimetria da multa, pois foram cumpridos todos os passos determinados no Código de Defesa do Consumidor e não se entrevê desrespeito aos princípios da legalidade e da razoabilidade, que se prestam apenas para correção de eventuais excessos, situação não entrevista neste caso.

Volto à primeira das observações da autora, ainda na petição inicial, acerca de ter sido punida por ninharia, ou, em seu expressivo dizer, ***milhões por nada*** (fls. 3).

Não viesse a assertiva de quem veio, escrita por banca digna dos maiores encômios, dir-se-ia estarmos mesmo diante de chistosa colocação.

Afinal, as reclamações não passaram de *seis pequenas, insignificantes ilegalidades*, ou seja, seis seres pequenos, insignificantes ousaram desmerecer a grandeza e a grandiosidade da poderosa VIVO S.A., de quem esses míseros seres nada sabem ou, se sabem, só sabem reclamar.

Afinal, foram seis pobres diabos que ousaram tão grande ignomínia diante da nobreza de propósitos da autora em prometer o que prometeu e não cumprir porque, no universo de milhões de seus usuários esses poucos, míseros usurários não haveriam de merecer atenção desse tal PROCON. Muito menos do Judiciário, por certo.

Não é bem assim, por evidente. Afinal, para cada consumidor ele é 100% o consumidor e falta com um consumidor não é desfeita por acerto com alguns outros.

Mas ..., bem, convenhamos em que o desrespeito, ainda que só em relação àqueles seis miseráveis, tipificou cada uma das infrações: **tollitur quaestio**.

Com essas observações, entendo não merecer reforma a r. sentença, também diante de seus próprios fundamentos, pelos quais, registro, bem se examinou a questão controvertida.

Nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1039765-11.2014.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados FERNANDA VICENTINA DA SILVA e FERNANDO VICENTINO DA SILVA, é apelado/apelante FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DA FAZENDA ESTADUAL PARA EXTINGUIR O PROCESSO, COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, PELO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO, PREJUDICADO EM CONSEQUÊNCIA O RECURSO DOS AUTORES, NOS TERMOS QUE CONSTARÃO DO ACÓRDÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.853)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS GANZERLA (Presidente) e JARBAS GOMES.

São Paulo, 30 de agosto de 2016.

AROLDO VIOTTI, Relator

Ementa: Ação de indenização por danos morais. Ação movida por filhos de detento, vítima de homicídio no Presídio do Carandiru em São Paulo, em outubro de 1992, na conhecida "Chacina do Carandiru". Sentença de procedência. Recurso da Fazenda Estadual. Admissibilidade. Prescrição extintiva configurada. Inaplicabilidade da causa impeditiva da prescrição, prevista no artigo 200 do Código Civil, porque inexistente relação de prejudicialidade entre as esferas cível e criminal, haja vista que a apuração do fato cível em nada dependia da ação penal. Recurso provido para, acolhendo a preliminar de prescrição, extinguir o processo, com exame do mérito, com fundamento no art. 487, II, do NCPC.

Acesso ao Sumário

VOTO

I. Ação de rito ordinário movida por FERNANDA VICENTINA DA SILVA e FERNANDO VICENTINO DA SILVA contra a FAZENDA ESTADUAL, objetivando o recebimento de indenização por danos morais em razão do homicídio de seu pai, Antonio Quirino da Silva, detento, no Presídio do Carandiru em São Paulo, em outubro de 1992, na conhecida "Chacina do

Carandiru".

A decisão de fls. 260, reconhecendo a prejudicialidade entre a presente ação e o processo criminal, determinou a suspensão do processo, pelo prazo de 1 (um) ano, para que fosse aguardado o desfecho da ação penal em curso. Contra essa decisão foi interposto Agravo de Instrumento (nº 2017202-34.2015.8.26.000), provido por esta Col. Câmara (fls. 307/311)

A r. sentença de fls. 316/320, de relatório adicionalmente adotado, julgou procedente a ação, condenando a Fazenda do Estado ao pagamento de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) para cada um dos autores, a título de indenização por danos morais, corrigidos desde a sentença, com o acréscimo de juros moratórios à taxa de 1% (um por cento) ao mês a contar da citação. Carreou à ré, ainda, o pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação.

Sobrevieram recursos de apelação de ambas as partes. A Fazenda Estadual, nas razões de fls. 322/335, alega preliminarmente a ocorrência da prescrição, argumentando com a inaplicabilidade do art. 200 do Código Civil, uma vez que "*a causa de pedir é o fato em si e não o processo criminal, de sorte que seu desfecho revela-se irrelevante à causa e também à contagem do prazo prescricional."* (fls. 323). No mérito, busca a reforma integral do julgado, sustentando que: a) *"não restou demonstrada a culpa estatal capaz de dar albergue ao pleito, ao menos diante da fundamentação estrita, onde os Recorridos afirmam que o dano decorreu das más condições do presídio"* (fls. 328); b) *"quanto ao dano moral, fosse devido, em casos como o da espécie, na qual o falecido não era exemplo de pai, forçoso exigir a prova de sua ocorrência, nos moldes dos artigos 333, I do CPC/1973 (atual art. 373,I do CPC/2015) e 128 e 944 do CC*" (fls. 328); c) caso se entenda devida a reparação de danos, a demora na propositura da ação deve ser considerada na fixação do valor indenizatório , condição de detento da vítima e, ainda, na relação distanciada dos autores com seu genitor.

Os autores, por sua vez, no arrazoado de fls. 339/393, pedem o aumento do valor da indenização, fixando-a em 150 (cento e cinquenta) salários mínimos para cada um dos autores, bem assim a verba honorária, majorando-a para 20% (vinte por cento) do valor da condenação, além de condenar a Fazenda Estadual ao pagamento de honorários sucumbenciais recursais, nos termos do art. 85, §§ 1º e 11 do CPC/15.

II. A hipótese é de extinção do processo pelo reconhecimento da prescrição, nos termos do artigo 487, inciso II, do NCPC, acolhendo-se preliminar nesse sentido deduzida pela Fazenda Estadual em sua defesa e nas razões de apelo.

Trata-se de ação indenizatória movida contra a Fazenda Estadual, em que os autores objetivam o recebimento de indenização por danos morais em razão do homicídio de seu pai, Antonio Quirino da Silva (fls. 13 e 36), detento,

Acesso ao Sumário

no Presídio do Carandiru em São Paulo, em outubro de 1992, na conhecida "Chacina do Carandiru".

Como já decidido por esta Câmara, quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº 2017202-34.2015.8.26.000, a sentença de mérito desta ação indenizatória não dependia do julgamento da ação penal, ou de alguma outra ação, não existindo no caso em tela relação de prejudicialidade entre as esferas civil e penal. Em consequência, não se aplica à hipótese dos autos a causa de suspensão do processo prevista no art. 265, IV, "a", do CPC/73[1] (vigente durante todo o trâmite processual), tampouco a causa impeditiva da prescrição inserta no art. 200 do Código Civil[2].

Independentemente do reconhecimento da responsabilidade de policiais militares ou de outros detentos a propósito dos fatos relatados na inicial, subsiste "a priori" o interesse de agir dos autores, os quais lastreiam sua pretensão na responsabilidade objetiva do Estado, prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. Assim, a ação de indenização por danos morais pela morte de detento em estabelecimento prisional não dependia daquilo que seria apurado no juízo criminal, sendo em tese subsumível à responsabilidade do Estado.

Não se está nestes autos diante de ação de reparação de danos "ex delicto", em que a causa de pedir é o próprio ilícito penal, hipótese na qual, enquanto pendente a incerteza acerca da condenação criminal, obrigatoriamente deve ser obstado o transcurso do prazo prescricional da ação proposta no juízo cível, nos termos do art. 200 do CC. O caso dos autos, diversamente, trata de ação de reparação de danos movida contra a Fazenda Pública, fundada na omissão do Estado no dever de zelar pela integridade física do detento, de modo que a apuração do fato cível em nada dependia da ação penal. É o ensinamento da jurisprudência: ***"DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO. CAUSAS INTERRUPTIVAS E SUSPENSIVAS. AÇÃO PENAL CONEXA. 1.- De acordo com o artigo 200 do Código Civil, a mera existência de uma ação penal não é suficiente para suspender o curso do prazo prescricional da ação civil conexa. 2.- Determina o dispositivo legal que "quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva". Como se vê, há de haver uma relação de subordinação necessária entre o fato a ser provado na ação penal e o desenvolvimento regular da ação cível"*** (STJ, AgRg no REsp

1 *"Art. 265. Suspende-se o processo:*

(...)

IV - quando a sentença de mérito:

a) depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente; (...)".

2 *"Art. 200 - Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva".*

1.320.528-SP, 3ª Turma, j. 14.08.2012, Rel. o Min. SIDNEI BENETI)

O fato que lastreia o pedido era público e notório, e a apreciação do pedido indenizatório não dependia em nenhuma medida da apuração da responsabilidade penal dos policiais militares que participaram do episódio. Tratava- se de prototípica hipótese de responsabilidade objetiva do Estado pela guarda e pela incolumidade das pessoas recolhidas a estabelecimentos prisionais, como se colhe de precedentes deste Tribunal, já antigos, a propósito do mesmo episódio aqui versado:

"Com efeito, há prova segura do fato e de sua relação causal com defeito do serviço público do Estado, que tem obrigação jurídica de zelar pela integridade física de seus presos. A propósito, leciona Cretella Júnior que "pessoas recolhidas a prisões comuns ou a quaisquer recintos sob a tutela do Estado têm o direito subjetivo público à proteção dos órgãos públicos, cujo poder de polícia se exercerá para resguardá-las contra qualquer tipo de agressão, quer dos próprios companheiros, quer dos policiais, quer ainda de pessoas de fora, que podem, iludindo a vigilância dos guardas, ocasionar danos aos presos" (in "Tratado de Responsabilidade C/W, Rui Stoco, 6ª edição, RT, 2004, p 1124). Assim, estando a pessoa sob a guarda e responsabilidade do Estado é deste o dever de indenizar os pais pela morte do filho por outros detentos, a teor do disposto no art. 5º, XLIX; art. 37, § 6º, da Constituição Federal; art. 38 do Código Penal (redação da Lei 7.209, de 11 de julho de 1984); art. 40 da Lei 7.210/84". (12ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível n. 994.08.112.254-9, j. 22.09.2010, Rel. o Des. J. M. RIBEIRO DE PAULA). ***"Pouco importa que não se tenha definido quem foi o policial que teria matado o companheiro e pai dos autores. A hipótese é típica de responsabilidade objetiva e o art. 5º, XLIV, da Constituição Federal, assim como o art. 38 do Cód. Penal e o art. 40 da Lei das Execuções Penais, deixam bem evidente que, no seu dever de guardiã dos presidiários, a Administração responde por sua vida e sua integridade física. Não se trata de privilégio para o preso, em relação ao cidadão comum. O encarceramento retira do indivíduo a possibilidade de autodefesa, devendo esta ser suprida pelo responsável por sua guarda. Nem se argumente que o Estado não podia evitar ou impedir o motim, pois era notório na época que negligenciara o sistema carcerário, deixando a Casa de Detenção superlotada, situação que obrigatoriamente desanda em rebelião."*** (TJSP, 8ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível 103.193-5/9-00, j. 22.08.2001, Rel. a Des. TERESA RAMOS MARQUES).

Não há, portanto, como arredar a ocorrência da prescrição do direito de ação neste caso. O lapso prescricional conta-se da data em que os autores atingiram a maioridade, o que, mesmo considerada a disposição a esse respeito constante do revogado Código Civil de 1916 (artigo 9º), deu-se, em relação a Fernanda, em 06.09.2004 (cf. fls. 63), e em relação a Fernando, em 01.10.2006.

Acesso ao Sumário

Proposta a presente ação em 22 de setembro de 2014, já havia transcorrido o lapso prescritivo quinquenal (art. 1º do Decreto federal 20.910/32[1]), que é aplicável mesmo em cotejo com o artigo 206, parágrafo 3º, V, do Código Civil de 2002, a teor de jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça (Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.081.885-RR, Primeira Seção, Rel. o Min. HAMILTON CARVALHIDO, j. 01.02.2011).

Assim, dá-se provimento ao recurso da Fazenda Estadual para, acolhendo a preliminar de prescrição, extinguir o processo, com exame do mérito, nos termos do art. 487, inciso II, do CPC de 2015. Prejudicado, em consequência o exame do apelo dos autores.

A presente sentença foi proferida já na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015). Necessário, portanto, que a fixação dos ônus sucumbenciais, especificamente dos honorários advocatícios, se dê com base no novo diploma. Como a nova lei processual não mais admite arbitramento de honorários mediante regra de equidade, a não ser em hipótese aqui não aplicável (§ 8º do art. 85), entende-se que a hipótese é de aplicação do disposto no § 4º, inciso III, do artigo 85 do CPC vigente, fixando-se a verba em percentual sobre o valor atualizado da causa. Assim, responderão os autores por honorários advocatícios fixados em dez por cento (10%) do valor atualizado da causa, ressalvada a gratuidade de Justiça que lhe foi deferida.

III. Por todo o exposto, dão provimento ao recurso da Fazenda Estadual para extinguir o processo, com resolução do mérito, pelo reconhecimento da prescrição do direito de ação, prejudicado em consequência o recurso dos autores, nos termos acima explicitados.

Eventual inconformismo em relação à presente decisão será objeto de julgamento virtual, ficando cientes as partes de que discordância quanto a essa modalidade de julgamento deverá ser manifestada quando da interposição do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1018234-63.2014.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BF UTILIDADES DOMÉSTICAS LTDA., é apelado PROCON - FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR.

ACORDAM, em 8ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal

1 *"Art. 1º. As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em 5 (cinco) anos, contados da data do ato ou fato do qual se originaram".*

de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.232)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ (Presidente) e CLÁUDIO MARQUES.

São Paulo, 30 de agosto de 2016.

VICENTE DE ABREU AMADEI, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Auto de infração consumerista lavrado pelo PROCON – Publicidade televisiva enganosa consistente na referência à máquina fotográfica (marca Samsung) diversa daquela efetivamente posta à venda ao consumidor (marca Mirage) – Infração configurada e bem qualificada no art. 37, § 1º, do CDC – Atribuição do PROCON centrada no exercício do poder de polícia conferido por lei, a incluir a verificação das infrações apontadas no CDC, bem como a aplicação da multa com lastro nos artigos 56 e 57 do referido CDC – Constitucionalidade do art. 57 do CDC – Redução da multa aplicada, contudo, necessária, ante a necessidade de prevalência da média da receita mensal bruta apresentada pela empresa autuada, acompanhada de documentos, à estimativa da Fundação PROCON – Aplicação da Portaria 26/2006, na redação da Portaria 33/2009 (em vigor ao tempo dos fatos), especialmente de seu art. 31, §§ 1º e 3º, e recálculo da multa, observando os seus arts. 33 e 34 – Sentença de improcedência reformada, para a procedência parcial da demanda, realinhando os ônus da sucumbência – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 2434/2469) interposta por **BF Utilidades Domésticas LTDA**., em ação declaratória de inexigibilidade de multa que move contra a **Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON**, em face da r. sentença (fls. 2430/2432), que julgou improcedente a demanda, condenando o autor ao pagamento das despesas do processo e da verba honorária de R$ 2.000,00.

O apelante pretende a reforma da r. sentença para a procedência da

demanda, sustentando, em preliminar, a nulidade da r. sentença, por cerceamento de direito de defesa, e, no mérito, em resumo, que: **a)** não houve infração alguma na propaganda veiculada pela televisão, mas mero equívoco de edição ao se indicar imagem de uma máquina fotográfica (marca Samsung) diferente do produto ofertado (marca Mirage), perceptível, de plano, pelo consumidor; **b)** a multa aplicada foi excessiva, além da razoabilidade e da proporcionalidade, afrontando o princípio que veda o confisco, e, ainda, calculada com método errôneo, que não se pode apoiar apenas no faturamento da empresa.

Recebido o recurso no duplo efeito (fls. 2474), com posterior retificação para constar o recebimento apenas no efeito devolutivo (fls. e 2498), foi contrariado (fls. 2481/2497), e os autos subiram a este E. Tribunal de Justiça.

A Procuradoria Geral de Justiça manifesta-se pelo desprovimento do apelo (fls. 2508/2514).

É o relatório, em acréscimo ao da r. decisão recorrida.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade do recurso.

A preliminar de nulidade da r. sentença, por cerceamento de direito não vinga.

Com efeito, o juiz é o destinatário das provas e, maduro o processo pela instrução suficiente ao convencimento do magistrado e ao julgamento, não há cerceamento de defesa, por dispensa de outras provas, tidas por inúteis ou protelatórias.

Neste sentido, há reiteradas decisões dos tribunais (v.g. STJ, AgRg no REsp nº 845.384, rel. **Min. Luiz Felipe Salomão**, j. em 03/02/11), anotando-se, ainda, que o exame do excesso, ou não, do valor da multa por infração ao CDC, ou dos critérios de seu cálculo, é questão de fundo que não exige dilação probatória, inclusa a pericial contábil, para a sua solução.

No mérito, respeitando entendimento diverso, a r. sentença atacada comporta reforma parcial.

O centro desta lide é referente à legalidade, ou não, do auto de infração (AI nº 5808, Série D7: fls. 60) lavrado em desfavor do autor, por ofensa do art. 37, § 1º, do CDC, e da consequente multa que lhe foi infligida, com fundamento nos arts. 56, I, 57, ambos do CDC, pela veiculação de publicidade em televisão (canal do SBT), em junho de 2009, ofertando produto (máquina fotográfica *Sansung* S860) diverso daquele efetivamente posto em loja para a venda (máquina fotográfica *Mirage*).

Os fatos são incontroversos, pois o autor, a rigor, não nega, desde sua defesa administrativa (fls. 113/135), a veiculação daquela publicidade televisiva com o apontado erro, justificando-o apenas pela assertiva de que foi um equívoco humano de edição.

Acesso ao Sumário

O fato objetivo, contudo, é que a referida publicidade foi veiculada com o tal erro, iludindo o público consumidor – como ocorreu com o reclamante *Fábio Mizuki* (fls. 101/102) –, que supôs a veracidade da oferta pública de determinado produto, procurou a loja do autor para a aquisição, mas terminou frustrado naquela legítima expectativa, por não ser da *Sansung* (como dizia a propaganda), mas sim da *Mirage*, a máquina fotográfica disponibilizada para a venda.

Aliás, esse movimento do consumidor, que foi até a loja em busca do produto anunciado, em si, desbanca a tese do erro grosseiro ou evidente, perceptível à primeira vista. E mais, ante tal quadro de publicidade desviada da real, em produto similar, mas de marcas distintas, com efetivo potencial de iludir o público consumidor, autoriza inferir a intenção de ludibriar para captar clientes, a má-fé ou deslealdade configuradora da publicidade enganosa; e, por isso, a conclusão invertida – de mero equívoco de edição, sem má-fé e sem potencial de crédito (erro grosseiro) – era ônus probatório do autor, que, no caso, não se levou, considerando os elementos de convicção deste feito, a bom termo.

É que "*o artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor não trata do animus laedendi daquele que fez veicular publicidade enganosa. Por expressa previsão legal, cabe a quem patrocina a informação ou comunicação publicitária a prova da veracidade e correção (ausência de abusividade) das informações veiculadas*" (STJ, AgRg no REsp 1528428/MG, rel. **Min. Herman Benjamin**, j. 13/10/2015, DJe 18/05/2016).

Enfim, publicidade enganosa, por comissão (e esse foi o caso) é "*afirmação, parcial ou total, não verdadeira sobre o produto ou serviço, capaz de induzir o consumidor em erro*" (STJ, REsp 1428801/RJ, rel. Min. Humberto Martins, j. 27/10/2015, DJe 13/11/2015). E foi isso que ocorreu.

Assim, ferido o princípio de identidade da publicidade para o consumo de bens e serviços, está configurada a chamada publicidade enganosa, pelo teor do § 1º do art. 37 do CDC:

> ***Art. 37, § 1º****- "É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços".*

O critério nuclear que se deve ter atenção, pois, para se qualificar a publicidade como enganosa está no seu potencial de induzir o consumidor ao erro, com o risco dele se comportar de forma prejudicial. Cuida-se de avaliação, no caso concreto, da potencialidade do dano – e não do dano efetivo –, considerando os elementos objetivos da propaganda (v.g. Ap. nº 9131571-

Acesso ao Sumário

39.2003.8.26.0000, rel. **Des. Laerte Sampaio**, j. 28/02/2007).

E, neste caso, que envolve a indução ao erro para o consumo de coisa diversa daquela veiculada no anúncio publicitário, a publicidade patológica está caracterizada pela confusão plantada no público consumidor quanto aos produtos e marcas das máquinas fotográficas, que, de fato, poderia levar ao erro de consumo e, daí, ao possível dano.

E, ainda, registre-se que está superada a dificuldade de reconhecer que a Administração, na esfera da polícia consumerista, pode impor pena por publicidade enganosa ou abusiva, como se colhe na tendência jurisprudencial que admite a viabilidade do **Procon** aplicar essa pena (v.g. STJ, RMS 27.541/TO, rel. **Min. Herman Benjamin**, j. 18/08/2009, DJe 27/04/2011), bem como na doutrina, que reconhece a atribuição deste órgão para impor as sanções previstas em lei nos casos de publicidade patológica (v.g. **Martinez, Sérgio Rodrigo**, *Estrutura orgânica do controle da publicidade de consumo*, artigo publicado na RDC 42/2002 e republicado *in Doutrinas essenciais – Responsabilidade Civil – vol. IV: Indenizabilidade e Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2ª tiragem, 2010, p. 1083/1089).

Configurada a infração e correta a capitulação no art. 37, § 1º, do CDC, forçosa a aplicação da pena, nos termos dos artigos 56, I, e 57, parágrafo único, da mesma lei, que cabe ao PROCON (fundação vinculada à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania, que tem por objetivo elaborar e executar a política de proteção e defesa dos consumidores do Estado), no exercício de polícia administrativa consumerista, impor.

A multa infligida, por outro lado, tem lastro legal (artigos 56, I e 57, ambos do CDC) e não se vislumbra inconstitucionalidade alguma no art. 57 do CDC.

Não se olvide que a fonte primeira da configuração das infrações e da multa correlata consta em lei formal, ou seja, decorre, no caso, quanto à multa, dos arts. 56 e 57, ambos do CDC, anotando-se a tendência jurisprudencial que reconhece a validade destas normas, bem como a viabilidade jurídica da pena de multa pelo PROCON, inclusive por abusividade, legitimando a aplicação do art. 57 do CDC (v.g. STJ, REsp 1256998/GO, rel. **Min. Benedito Gonçalves**, j. 22/04/2014, DJe 06/05/2014; AgRg no AREsp 476.062/SP, rel. **Min. Og Fernandes**, j. 03/04/2014, DJe 28/04/2014; AgRg no AREsp 386.714/ES, rel. **Min. Humberto Martins**, j. 21/11/2013, DJe 02/12/2013; RMS 27.541/TO, rel. **Min. Herman Benjamin**, j. 18/08/2009, DJe 27/04/2011; REsp 750665 PB, rel. **Min. Eliana Calmon**, j. 11/12/2007, DJ 07/02/2008, p. 1).

Acesso ao Sumário

Neste E. Tribunal de Justiça, não é diverso o entendimento (Ap. nº 0016328-26.2012.8.26.0053, rel. **Des. Nogueira Diefenthaler**, j. 16/06/2014; Ap. nº 0040918-72.2009.8.26.0053, rel. **Des. Renato Delbianco**, j. 05/11/2013; Ap. nº 0135104-13.2013.8.26.0000, rel. **Des. Leonel Costa**, j. 30/09/2013; Ap.

nº 0020129-18.2010.8.26.0053, rel. **Des. Maria Laura Tavares**, j. 30/07/2012).

Aliás, o E. STF, examinando a matéria, já se pronunciou no sentido de que o tal argumento de inconstitucionalidade nem sequer tem feição direta, mas apenas reflexiva e oblíqua (AI 752442 AgR, rel. **Min. Luiz Fux**, j. 25/06/2013).

Admite-se, pois, o exercício da polícia administrativa e a aplicação de pena pelo PROCON, com apoio em lei formal, sem mácula alguma de inconstitucionalidade do art. 57, *caput* e parágrafo único, do CDC, ao prever a graduação da pena de multa, de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, em procedimento administrativo e em montante não inferior a duzentas e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (Ufir), ou índice equivalente que venha a substitui-lo.

Entretanto, no ponto da quantificação da pena, houve, de fato, excesso ao se apontar o seu valor em R$ 458.240,00, que, a rigor, não está em sintonia com os critérios legais, e, daí, com os princípios a razoabilidade e da proporcionalidade.

Não se olvide que a multa em foco tem feição punitiva e deve estar em harmonia com o prescrito no art. 57 do CDC e, também, com o teor da Portaria Procon 26/2006, na redação da Portaria Procon 33/2009, vigente ao tempo dos fatos, respeitando-se a graduação legal do art. 57 do CDC, entre 200 e 3.000.000 UFIR ou índice equivalente, e, ainda, atender aos critérios objetivos que essas normas expressam em vista da concretude das situações infracionais, pessoais e patrimoniais do caso e da empresa autuada.

Ora, dentre esses critérios normativos, para o cálculo da pena-base, o PROCON considerou o faturamento estimado de R$ 150.000.000,00 (fls. 104), desconsiderando os valores da renda bruta apresentados pela empresa autuada nos meses de maio a julho de 2010.

É verdade que não se podia, no caso, aceitar a indicação de faturamento apenas da loja "*Santo Amaro*" – como o autor pretendia em primeiro plano –, porque a publicidade foi veiculada em rede de televisão e, portanto, com potencial de repercussão bem mais amplo que na região da referida loja, nada obstante nela tenham ocorrido os fatos que deram causa à reclamação do *Sr. Fábio Mizuki* (fls. 101/102).

Entretanto, não havia razão para não aceitar a indicação de faturamento, para o tal período, de todas as lojas do autor, como se fez (fls. 236 e 253), não faltando, aliás, para a conferência das informações da renda bruta noticiada pela empresa autuada, para os meses de maio a julho de 2010, a vasta prova documental apresentada em apoio (fls. 254/2344), que o PROCON não poderia desconsiderar, sem exame real, com simples recusa formal (v.g. por diversidades de CNPJ entre o da sede administrativa e os das lojas) e genérica (v.g. afirmando apenas falta de juntada de documentos hábeis à comprovação).

Acesso ao Sumário

Destaque-se, ainda, que também é oca a assertiva de que esses documentos apresentados pelo autor são insuficientes para a indicação da renda bruta dos últimos três meses, por falta de registo de vendas (*receita*), pois não é isso que se observa no conjunto documental apresentado, considerando o universo de todas as lojas, e não apenas da sede administrativa, na qual, pelo modo de organização empresarial e contábil do autor, verifica-se, nesta sede, a ausência de operação de venda para consumidor final. Ao contrário, tais documentos estão em sintonia com a Portaria 26/2006, na redação da Portaria 33/2009, especialmente considerando o seu art. 32, §1º, I, e § 3º.

Por essa razão, considerando que o autor apresentou elementos objetivos de sua renda mensal bruta para os meses de maio, junho e julho de 2010 com lastro em vasta prova documental adequada à conferência das planilhas apresentadas (fls. 236 e 256), não se pode afirmar regular a desconsideração desses dados pelo PROCON, mantendo o cálculo da pena-base por estimativa da receita bruta.

E, então, ante a falta de impugnação específica dos documentos apresentados pelo autor, indicativos daquelas receitas brutas das lojas, acolhe-se como pertinente a planilha de real faturamento dos meses de maio, junho e julho de 2010 que foram apresentadas, para, assim, fixar, como média mensal, o valor da receita bruta necessária ao cálculo da pena-base (REC) em R$ 22.939.271,00 (fls. 236 e 253).

Partindo, então desse novo elemento quantitativo para o cálculo da pena de multa, nos termos do art. 33 da Portaria 26/2006, na redação da Portaria 33/2009, ter-se-á o valor adequado para multa, que, no caso, é de R$ 77.057,81.

Explico o cálculo.

Para apurar a pena-base, segue-se a fórmula "PE+ (REC.0,01).(NAT).(VAN)=PENA-BASE", onde:

PE - definido pelo porte econômico da empresa;

REC - é o valor da receita bruta;

NAT - representa o enquadramento do grupo da gravidade da infração (Natureza);

VAN - refere-se à vantagem.

O valor da receita bruta (REC), ante seu valor superior a R$ 120.000,00, é determinado pela seguinte fórmula (art. 33, § 2º):

REC = [(VALOR DA RECEITA – R$ 120.000,00) x 0,10] + R$ 120.000,00

Logo, no caso, temos o seguinte cálculo:

REC = [(R$ 22.939.271,00 – R$ 120.000,00) x 0,10] + R$ 120.000,00;

REC = 2.401.927,10.

E, ainda, sendo PE = 5.000 (empresa de grande porte), NAT = 3 (infração

Acesso ao Sumário

bem qualificada no III Grupo do Anexo da Portaria em foco, que se reporta a infração do art. 37, § 1º, do CDC) e VAN =1 (vantagem não auferida), teremos:

PENA-BASE = 5.000 + (R$2.401.927,10 x 0,01) x 3 x 1

PENA-BASE = 77.057,81.

Vencida essa primeira fase do cálculo da multa (fixada, pois, a Pena-Base), devem ser consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes (art. 34) e, neste passo, nada obstante sejam reconhecidas algumas atenuantes (primariedade, ausência de notícia de lesão ou dano patrimonial efetivo a consumidor: art. 34, I, "a" e "b"), há, também agravante de significativo peso (natureza difusa/coletiva do dano, com potência para atingir vasto e indeterminado número de consumidores, ante a veiculação da publicidade em rede de televisão: art. 34, II, "c"). Isso, então, realmente justifica compensar as atenuantes com a agravante e, então, tornar definitiva a Pena-Base, tal como, neste ponto com acerto, foi o critério do PROCON (fls. 207).

Por consequência, é o caso de provimento parcial do recurso, para julgar parcialmente procedente a demanda, tão somente para reduzir a pena de multa aplicada, fixando-a em R$ 77.057,81 (setenta e sete mil, cinquenta e sete reais e oitenta e um centavos), realinhando, por fim, os encargos econômicos do processo, para, ante a proporção de sucumbência de cada parte, condenar a ré ao pagamento de 80% das despesas processuais, arcando o autor com os restantes 20%, bem como condenando a ré ao pagamento de honorários de advogado em favor do autor, que, já considerando essa proporção de sucumbência, bem como os critérios dos §§ 3º e 4º, ambos do CPC-73 (lei ainda aplicável, conforme o enunciado administrativo nº 7 do STJ), fixo em R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Por fim, em relação ao prequestionamento, basta que as questões tenham sido enfrentadas e solucionadas no v. acórdão, como ocorreu, pois "*desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais*" (STJ, EDCL. no RMS nº 18.205/SP, rel. **Min. Felix Fischer**, j. 18/04/2006), mas, mesmo assim, para que não se diga haver cerceamento de direito de recorrer, dou por prequestionados todos os dispositivos legais referidos nos recursos.

Pelo exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, nos termos e para os fins retro.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000465-49.2016.8.26.0222, da Comarca de Guariba, em que é apelante VALDEMIR ARO DA SILVA, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE GUARIBA.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.411)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EVARISTO DOS SANTOS (Presidente sem voto), REINALDO MILUZZI e MARIA OLÍVIA ALVES.

São Paulo, 29 de agosto de 2016.

SIDNEY ROMANO DOS REIS, Relator

Ementa: Apelação – Controle da proliferação de vetores – Ação proposta pelo Município de Guariba com o fim de compelir o requerido a permitir a entrada, em imóvel de sua propriedade, de agentes da vigilância sanitária para fiscalização e realização de serviços de controle da proliferação de vetores – Sentença de procedência – Recurso voluntário do requerido – Desprovimento de rigor – Presentes o interesse de agir do Município e a necessidade da tutela jurisdicional, evidenciados pelo disposto no artigo 5º, inciso XI, da Carta Magna e pela resistência do requerido em cumprir a lei por seus próprios meios e em não permitir a entrada dos agentes epidemiológicos para o controle de doenças – A resistência do Apelante em cumprir a determinação do Poder Público, no sentido de efetuar a limpeza de seu imóvel, bem como a negativa em permitir que os agentes sanitários nele adentrem para executar política de saúde pública, a bem de toda a comunidade (inclusive do próprio réu), implica em prejuízo para toda a população local – R. sentença mantida – Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de recurso voluntário do requerido contra a r. sentença de fls. 49/50, que julgou procedente a ação objetivando autorização para ingresso dos agentes de controle de vetores em imóvel de sua propriedade, condenando-o ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R$ 800,00, observada a gratuidade concedida.

Alega o apelante, em razões de fls. 53/57, que arrecada sucata para reciclagem, mas que o material não apresenta condições insalubres ou que favoreçam a proliferação de insetos, até porque reside no local.

Tempestivo o recurso, foi o mesmo regularmente processado, com apresentação de contrarrazões às fls. 62/64.

É o relatório.

2. É de ser negado provimento ao recurso.

A presente ação ordinária com pedido de liminar foi ajuizada pelo Município de Guariba em face de Valdemir Aro da Silva com o objetivo de obter autorização judicial para que agentes municipais pudessem adentrar no imóvel de propriedade do requerido, realizando serviços de controle de proliferação de vetores, bem como compelir o requerido a realizar a limpeza do local, que abriga entulho recolhido para reciclagem.

No caso dos autos, têm-se presentes o interesse de agir do Município e a necessidade da tutela jurisdicional, evidenciados pelo disposto no artigo 5º, inciso XI, da Carta Magna e pela resistência do requerido em cumprir a lei por seus próprios meios e em não permitir a entrada dos agentes epidemiológicos para o controle de doenças, especialmente os focos da dengue. Por conseguinte, cumpre ao Poder Judiciário assegurar a observâncias das normas legais, de modo a garantir à população que o risco de contaminação seja eliminado, com adoção das medidas cabíveis.

Observo, por oportuno, que o oficial de justiça que compareceu ao local constatou que "no referido imóvel há lixo e significativo depósito de materiais recicláveis, o que exige a realização de limpeza", conforme evidência fotográfica acostada.

Verifica-se dos documentos acostados com a inicial que o Setor de Vigilância Sanitária do Município fez visita de rotina na residência do réu, na qual foi efetivamente detectado o acúmulo de lixo e entulho. Apesar da orientação dos agentes municipais para que fizesse a retirada dos materiais e a limpeza do local, o réu quedou-se inerte, impedindo-os de entrar no imóvel, o que coloca em risco a saúde da população e frustra a ação preventiva do Poder Público no controle das pragas e doenças.

A atuação do Município legitima-se pelo instituto que é chamado de "poder de polícia sanitário dos municípios", que surge com o dever constitucional de agir para garantir a higiene e bem estar dos munícipes.

Em essência, o poder de polícia é a atividade da Administração Pública que impõe limites ao exercício de direitos e liberdades, em prol do interesse coletivo. É o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual. Por ele o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social. Esse poder se reparte entre todas as esferas administrativas da União, dos Estados e dos Municípios.

Ademais, como cediço, o direito de propriedade deve ser exercido por

Acesso ao Sumário

seu titular de forma a não prejudicar os demais cidadãos. Por conseguinte, a resistência do Apelante em cumprir a determinação do Poder Público, no sentido de efetuar a limpeza de seu imóvel, bem como a negativa em permitir que os agentes sanitários nele adentrem para executar política de saúde pública, a bem de toda a comunidade (inclusive do próprio réu), implica em prejuízo para toda a população local.

Evidente haver interesse social, supremacia geral do interesse do Município na conservação da limpeza no local em favor da coletividade, de modo que presentes os requisitos para que o município, considerado responsável pelo solo em razão da CF, aja com o seu poder de polícia sanitária, promovendo a fiscalização do local.

Era mesmo de rigor, assim, a procedência da demanda.

No mesmo sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. ATO ADMINISTRATIVO. VIGILÂNCIA SANITÁRIA. FISCALIZAÇÃO E AÇÃO PREVENTIVA. Autorização para adentrar no imóvel de propriedade do réu, a fim de que agentes do serviço de vigilância epidemiológica possam realizar serviços de dedetização e controle de doenças, bem como compelir o proprietário a realizar a limpeza do local, de modo a não mais representar riscos à saúde pública. Admissibilidade. Conduta do particular que conspira contra o bem estar dos habitantes do Município, em afronta às disposições constitucionais que cuidam do direito à saúde e das medidas para redução dos riscos de doença e epidemias (art. 196 e seguintes da CF). Procedência da demanda que se impõe. Recurso provido, para afastar a extinção do feito por falta de interesse de agir e julgar procedente o pedido. (Apelação 0008115-81.2010.8.26.0156, rel. Des. Osvaldo de Oliveira, j. 06/02/2013)

Destarte, é de ser mantida a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Por fim, considerando o desfecho do presente recurso, de rigor a observância da novel disciplina relativa aos honorários advocatícios constantes do § 11º do art. 85 do novo Código de Processo Civil.

Deste modo, tendo em conta o trabalho adicional realizado em sede recursal pela parte adversa, hei por bem majorar em 10% (dez por cento) o percentual arbitrado em Primeira Instância.

Para o fito de dirimir qualquer dúvida, consigno que o percentual de 10%, ora arbitrado, incidirá sobre aquele montante fixado anteriormente pelo Magistrado Sentenciante.

3. Posto isto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002157-08.2013.8.26.0281, da Comarca de Itatiba, em que é apelante FELIPE VIEIRA DOS SANTOS, é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.717)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ LUIZ GERMANO (Presidente sem voto), VENICIO SALLES e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 1º de setembro de 2016.

OSVALDO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO MORAL – Acidente em estabelecimento público de ensino – Amputação parcial do quinto dedo da mão esquerda por ter ficado preso na porta da sala de aula, empurrada por outro aluno – Dever de indenização do Estado – Obrigação do Estado de promover medidas de segurança para preservar a integridade física dos alunos que estão sob sua custódia – Responsabilidade objetiva (artigo 37, § 6º, da Constituição Federal) – Ressarcimento devido – Juros de mora e correção monetária – Incidência da Lei nº 11.960/09, que alterou a redação do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97 – Definição do tema pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.270.439/PR – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação cível interposta contra a r. sentença de fls. 136/143, cujo relatório se adota, que julgou improcedente o pedido e condenou o autor no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em dez por cento sobre o valor da causa, observado o disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/50.

O autor apela (fls. 146/151), alegando que, no dia 29.08.2012, em horário de aula, perdeu de um pedaço do quinto dedo da mão esquerda (dedinho), nas dependências da apelada. Não havia supervisão dos alunos no intervalo da segunda para terceira aula, razão pela qual ocorreu o acidente. O depoimento das testemunhas da requerida demonstra esse fato. Evidente, assim, o defeito na prestação do serviço. Outrossim, foi socorrido pelo seu pai.

O recurso foi regularmente recebido (fls. 152) e respondido (fls. 154/167).

A douta Procuradoria de Justiça deixou de se manifestar nos presentes autos, ante a superveniência da maioridade civil do autor (fls. 183).

As partes não se opuseram ao julgamento virtual do recurso (fls. 184).

É o relatório.

Alega o autor, Felipe Vieira dos Santos, que, no dia 29 de agosto de 2012, sofreu amputação parcial de seu quinto dedo da mão esquerda no interior da Escola Estadual de Primeiro Grau Professora Ivony de Camargo Sales, durante o intervalo da segunda para terceira aula, porque o aluno Douglas empurrou a porta para fechá-la e acabou atingindo seu dedo. Requer a condenação da ré no pagamento de indenização por danos morais.

É incontroverso que o autor sofreu a lesão narrada no interior de unidade escolar (fls. 10/13).

Inegavelmente, a hipótese vertente constitui responsabilidade objetiva do Estado, ante os termos da teoria do risco administrativo. Segundo esta teoria, no entendimento de Rui Stoco, "o Estado responde pela reparação dos danos causados pelos seus serviços, em virtude de seu mau funcionamento, ainda que não se verifique culpa de seus encarregados ou prepostos." (*in Tratado de Responsabilidade Civil*, 7.ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007, p. 1.011).

A responsabilidade do réu é manifesta. Na espécie, foi descumprido o dever de cuidado e zelo atribuível ao Poder Público. A partir do momento em que ingressou na unidade escolar, o aluno passa à tutela do Estado, a quem incumbe preservar por seu bem-estar e integridade física dentro de suas dependências, tarefa na qual se mostrou falho. Resta evidente que a ré não empregou, como deveria, a vigilância indispensável e ostensiva no interior do estabelecimento de ensino para eliminar possíveis riscos existentes no convívio entre os alunos, sobretudo quando os discentes estavam no intervalo entre uma aula e outra, ocasião em que as ocorrências são mais previsíveis.

Acesso ao Sumário

Acrescente-se que, no dia dos fatos, havia dois Agentes de Organização Escolar na unidade, mas nenhum deles estava perto da sala em que houve o acidente no intervalo entre a segunda e a terceira aula. Confira-se (fls. 38 e 40, respectivamente):

"1- Quanto a classe estar sem nenhuma supervisão e/ou segurança: os declarantes relataram que : "(...) Eu estava no pátio vendo a movimentação

dos alunos que estavam na aula de educação física e outros que iam ao banheiro. Percebi uma movimentação estranha aqui embaixo, desci para o ver o que estava acontecendo." (...) – **Marcelo Marques – Agente de Organização Escolar"**

"2 - Quanto ao esclarecimento sobre o ocorrido: os declarantes e informantes relataram que: (...) Eu estava presente na escola no dia 29/08/2012. O acidente aconteceu no horário de minha saída. Nesse dia tinha falta de professor e havia necessidade de localizar um professor eventual. O Filipe era um menino inquieto, não parava em sala de aula, os professores sempre reclamavam do comportamento dele. Falaram que o Filipe saiu da sala dele e foi até a outra sala provocar o outro menino e que começou a empurrar a porta que ele queria entrar, mas o outro segurava a porta para ele não entrar. Nesse empurra e empurra. Acabou pegando o dedo dele" (...) – **Luciana Fantinelli Rossatto de Britto** – **Agente de Organização Escolar**"

Sendo assim, não havia qualquer vigilância dos alunos que estavam no ambiente em que ocorrido o acidente. Tal fato se reveste de maior gravidade, já que, conforme afirmado pelos próprios professores, o autor constantemente saía de sua sala de aula para ir até a sala vizinha, de modo que o monitoramento do local deveria ser constante, inclusive, para aplicação da respectiva reprimenda disciplinar.

Lado outro, o comportamento do demandante ao sair de sua sala de aula, por si só, não representa exposição deliberada a qualquer risco a sua integridade física, de modo que não se pode admitir que tenha concorrido, mesmo que parcialmente, para a ocorrência do evento danoso.

Também não se pode atribuir a terceiro a responsabilidade pelo acidente. Repita-se: a custódia do autor durante o período de sua permanência na escola determina a obrigação do Estado de promover, de forma ostensiva, abrangente e diligente, medidas que assegurem o convívio pacífico e seguro entre os alunos, inclusive eliminando o risco de áreas que, potencialmente, podem comprometer a integridade física das crianças.

Sendo assim, tem o autor o direito de ser ressarcido pelos prejuízos que experimentou.

A respeito desse tema, ensina o Professor Yussef Said Cahali:

"Responde, também, a Fazenda Pública pelo dano derivado de ofensa física de um estudante contra outro ocorrida em estabelecimento escolar: 'Ao receber o menor estudante, deixado no estabelecimento de ensino da rede oficial para as atividades de aprendizado, a entidade pública se investe no dever de preservar a sua integridade física, havendo de empregar, através dos mestres e demais servidores, a mais diligente

Acesso ao Sumário

vigilância para evitar qualquer consequência lesiva que possa resultar do convívio escolar. E responde, no plano reparatório, se, durante a permanência no interior da unidade de ensino, o aluno vem, por efeito de inconsiderada atitude de colega, a sofrer violência física, restando lesionado de forma irreversível. A responsabilidade, aí, é inerente a extensão dos cuidados exigidos para a custódia do menor vitimado. E, com respeito ao ente estatal, se filia ao princípio consagrado no artigo 107 da Constituição [de 1969], configurando-se pela simples falha na garantia de incolumidade, independentemente de culpa concreta, de qualquer serviço'" (*in Responsabilidade Civil do Estado*, 3.ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2007, p. 317).

Ora, em se tratando de responsabilidade objetiva da Fazenda Pública, a mera existência de liame etiológico já é o bastante para a caracterização do dever de indenizar.

De fato, pela aplicação da teoria do risco administrativo, tão somente se perscruta a existência de dano e de nexo causal. Daí se concluir que o Estado deve responder pelos danos causados ao demandante.

Adverte Hely Lopes Meirelles:

"A *teoria do risco administrativo* faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa exige-se a *falta do serviço*; na teoria do risco administrativo exige-se, apenas, o *fato do serviço*. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração.

Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público. Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no *risco* que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública. O risco e a solidariedade social são, pois, os suportes desta doutrina, que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz a mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados modernos, inclusive o Brasil, que a consagrou pela primeira vez no art. 194 da CF de 1946" (*in Direito Administrativo Brasileiro*, 33.ª edição atualizada, São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 651/652).

Acesso ao Sumário

Nestas circunstâncias, não se deve exigir que o particular tenha de provar a falha da prestação dos serviços prestados pela escola.

Evidenciado o nexo de causalidade entre o ato danoso e a conduta omissiva dos agentes do réu, surge para este o dever de indenizar os prejuízos extrapatrimoniais suportados pelo autor, decorrentes do acidente.

Rechaça-se, pois, a pretensão do Estado de ver arredada a sua responsabilidade pelo evento lesivo, mormente porque não demonstrou nenhuma excludente de responsabilidade.

Sem a demonstração da ocorrência de força maior ou de culpa exclusiva ou concorrente da vítima, únicas hipóteses em que a Administração poderia ver-se livre de responsabilização na hipótese dos autos, não se pode afastar a sua obrigação de indenizar os prejuízos causados à autora. Diante da responsabilidade objetiva da Administração Pública, decorrente da teoria do risco administrativo, infere-se que não é necessária a prova de culpa no evento lesivo, bastando que os elementos essenciais da responsabilidade civil estejam configurados (ato, dano e nexo causal). A análise da culpa somente deverá ser feita em eventual ação de regresso posteriormente promovida pela administração em face de seus agentes.

Outrossim, faz-se mister a análise da postulada indenização por danos morais.

Segundo preleciona Rosana Chiavassa, "*O dano moral pode ser traduzido como uma fissura na alma daquele que se sente lesado. É um abalo no espírito da pessoa, no âmago do ser*" (Trecho da palestra proferida sob o título "A subjetividade do dano moral", na OAB-DF; *in Jornal do Advogado OAB-SP*, julho 2000, p. 23).

Nesta esteira, Sérgio Cavalieri Filho acrescenta:

> "Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo" (*in Programa de Responsabilidade Civil*, 8.ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 83/84).

Desta forma, o incomensurável abalo sofrido pelo autor em virtude do infortúnio experimentado deve ser indenizado.

A compensação financeira, concernente à dor e ao sofrimento, por certo, não tem parâmetros naturais de aferição. No entanto, alguns critérios devem ser

Acesso ao Sumário

sopesados para se avaliar o dano moral, tais como: o bem jurídico tutelado, a gravidade da conduta, a extensão do dano e as condições financeiras do ofendido e do ofensor, a fim de que não gere o enriquecimento ou o empobrecimento indevido de ninguém. Considerando-se esses parâmetros, fixa-se a quantia de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), boa medida para ressarcir o autor pelos danos morais que indelevelmente padeceu.

Sobre a matéria, confiram-se diversos precedentes deste C. Tribunal de Justiça:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. Lesão corporal, resultando na amputação da falange distal do quarto dedo da mão esquerda da vítima, nas dependências de escola municipal em que matriculada. Nexo de causalidade comprovado. Danos morais, incluindo os estéticos, verificados. Lesões que não consistem em mero aborrecimento. Manutenção do valor arbitrado, fixado com razoabilidade. Ação julgada parcialmente procedente. Sentença confirmada. Recursos da autora e do réu desprovidos, com observação quanto à correção monetária. Reexame necessário não conhecido. (Apelação cível nº 0058639-15.2012.8.26.0576 – São José do Rio Preto – 5ª Câmara de Direito Público – Relatora: Heloísa Martins Mimessi – j. 01.08/2016)
>
> CERCEAMENTO DE DEFESA. Julgamento antecipado da lide. Produção desnecessária de provas. Documentos apresentados que são suficientes para formar o convencimento do magistrado. Preliminar rejeitada. RESPONSABILIDADE CIVIL. Criança acidentada nas dependências do estádio municipal. Amputação de metade do dedo do meio das mãos. Omissão estatal caracterizada. Estando a vítima dentro do prédio público, em horário de treino de futebol, responde o Município por sua incolumidade física. Falta de supervisão de um professor, estando as crianças sob a vigilância de um estagiário, estudante de Educação Física. Precedentes, inclusive do C. STF. Danos morais configurados. DANOS MORAIS. Valor arbitrado. Insurgência da requerida. Redução necessária, em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Sentença alterada, neste aspecto. Recurso parcialmente provido. (Apelação cível nº 0000453-59.2012.8.26.0233 – São Carlos – 2ª Câmara de Direito Público – Relator: Claudio Augusto Pedrassi – j. 16.02.2016)
>
> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – Autor que teve o dedo mínimo da mão esquerda prensado por um banco no interior de creche municipal – Desate condenatório pronunciado em primeiro grau que merece subsistir – Realidade fática que se mostrou incontroversa, cabendo ao órgão jurisdicional apenas extrair dela as consequências jurídicas pertinentes – Funcionamento irregular do serviço público evidenciado na espécie –

Acesso ao Sumário

Agentes públicos que faltaram com a necessária vigilância e com o dever de zelo pela segurança das crianças nas dependências do estabelecimento – Evento que provocou sofrimento ao promovente, ficando caracterizado dano moral indenizável – Indenização a esse título adequadamente dimensionada em primeiro grau – Marco inicial de incidência da correção monetária que, todavia, deve ser adequado ao enunciado da Súmula 362 do STJ – Apelo do Município provido em parte. (Apelação cível nº 0004826-71.2010.8.26.0082 – Boituva – Relator: Paulo Dimas Mascaretti – j. 02.09.2015)

Por fim, na esteira da decisão da Suprema Corte, que declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do artigo 5º da Lei 11.960/09 (ADINs 4.357/DF e 4.425), o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp nº 1.270.439/PR, sob a relatoria do Ministro Castro Meira, DJe 02.08.2012, firmou o entendimento de que tal declaração parcial de inconstitucionalidade refere-se ao critério de correção monetária previsto no artigo 5º da Lei nº 11.960/09, mantida a eficácia do dispositivo relativamente ao cálculo dos juros de mora, à exceção das dívidas tributárias, nos seguintes termos: a) a correção monetária das dívidas fazendárias deve observar o IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança; e (b) os juros moratórios serão equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, exceto quando a dívida ostentar natureza tributária, para as quais prevalecerão as regras específicas.

Assim, é o caso de se aplicar o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.270.439/PR), no que tange aos juros e à correção monetária.

Por conseguinte, faz-se mister a reforma da r. sentença para se julgar procedente o pedido, condenando a ré no pagamento de R$20.000,00 (vinte mil reais), a título de danos morais, com correção monetária desde a data do arbitramento, nos termos da Súmula 362 da Superior Tribunal de Justiça, e juros de mora, a partir do evento danoso, a teor da Súmula 54 do mesmo Tribunal, observando-se quanto aos percentuais desses consectários o REsp 1.270.439/PR. Pela sucumbência, condena-se a requerida no pagamento de custas e despesas processuais, mais honorários advocatícios fixados em dez por cento sobre o valor da condenação atualizado.

À vista do exposto, dá-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0043489-27.1998.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTOS, é apelado A.D MOREIRA E CIA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2.125)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RAUL DE FELICE (Presidente), ERBETTA FILHO e SILVA RUSSO.

São Paulo, 6 de setembro de 2016.

RAUL DE FELICE, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Execução Fiscal – IPTU e Taxa de Lixo do exercício de 1997 – Falência da empresa executada decretada anteriormente ao ajuizamento da ação – Extinção do processo sem resolução de mérito, por ausência de pressuposto processual de validade – Descabimento – Pretensão de prosseguimento da execução contra a massa falida – Possibilidade – Substituição da CDA – Desnecessidade – Súmula 392 do STJ – Inaplicabilidade – Entendimento firmado pelo C. STJ em recurso representativo de controvérsia (Rec. Esp. nº 1.372.243-SE) – Sentença reformada – Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de execução fiscal ajuizada pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTOS** em face de **A. D. MOREIRA E CIA. LTDA**., julgada extinta, sem resolução de mérito, por falta de pressuposto processual de validade, nos termos do art. 267, IV, do CPC/1973, em razão de a falência da empresa executada ter sido decretada anteriormente ao ajuizamento da ação, não sendo possível a correção do polo passivo, com fulcro na Súmula nº 392, do STJ (fls. 20).

Apela a Municipalidade de Santos, alegando, em síntese, a possibilidade de prosseguimento da ação contra a massa falida da empresa executada, uma

Acesso ao Sumário

vez que as obrigações para pagamento do IPTU e Taxa de Lixo são *propter rem* (fls. 21/22).

Sem contrarrazões, pois não integrada a relação processual.

A Procuradoria Geral de Justiça deixou de se manifestar por entender não haver interesse que justifique sua intervenção (fls. 28/29)

É O RELATÓRIO.

O recurso merece provimento.

Em 27/3/1998, a PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTOS ajuizou execução fiscal contra A. D. MOREIRA E CIA. LTDA., em razão da inadimplência do IPTU e Taxa de Lixo, no exercício de 1997, pelo valor de R$ 19.873,35 (fls. 2/3).

A citação por Oficial de Justiça restou infrutífera (fls. 5vº).

Após a suspensão do processo, nos termos do art. 40, da Lei nº 6.830/80 (fls. 7) e a juntada da certidão imobiliária, em 30/6/2004 (fls. 9/15 e vº), a Municipalidade requereu a citação da massa falida da executada, na pessoa do síndico Rômulo Fidelli Di Túlio, bem como o arresto do imóvel gerador do tributo, em 2/2/2007 (fls. 16).

Em 28/10/2015, sobreveio a sentença extintiva, sem resolução do mérito, por falta de pressuposto processual de validade, nos termos do art. 267, IV, do CPC/1973, sob o fundamento de que a falência da empresa executada havia sido decretada antes do ajuizamento da execução fiscal, razão pela qual seria inviável a correção do polo passivo, por força da Súmula nº 392, do STJ (fls. 20).

Inicialmente, cumpre destacar que, conforme depreende-se da averbação no registro do imóvel, a empresa executada teve a sua falência decretada desde 1996:

> *"(Av. 13/41.766). Santos, 22 de agosto de 2.000. Proceda-se esta averbação para ficar constando a* ***decretação de falência de A.D. MOREIRA, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO S/A. (Proc. nº 437/96), conforme comunicado recebido em 03 de junho de 1.996****, do Diretor de Serviço da 6º Vara Cível de Santos – SP ..."* (negritado) - fls. 14/15 e vº

No caso, a execução fiscal foi proposta contra a pessoa jurídica sem a menção "*massa falida"*.

Entretanto, sem embargo do entendimento do Juízo *a quo*, a execução fiscal promovida contra pessoa jurídica com falência já decretada, sem mencionar a sua condição de falida, não enseja a extinção do feito sem resolução do mérito.

Isto porque, como é cediço, a mera decretação da quebra não implica extinção da personalidade jurídica do estabelecimento empresarial.

Por sua vez, a massa falida, detém exclusivamente personalidade judiciária, o que significa que ela representa e sucede a empresa e todos os seus

Acesso ao Sumário

direitos e obrigações, inclusive judiciais.

Aliás, nesse sentido, é o entendimento do C. STJ, em recurso representativo de controvérsia, de modo que "*afigura-se equivocada a compreensão segundo a qual a retificação da identificação do polo processual com o propósito de fazer constar a informação de que a parte executada se encontra em estado falimentar implicaria modificação ou substituição do polo passivo da obrigação fiscal*" (Recurso Especial nº 1.372.243- SE, rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, r.p/acórdão Min. OG Fernandes, julg. 11/12/2013, em sede de recurso repetitivo, regime do art. 543-C, do CPC/1973, correspondente ao art. 1040, II, do CPC/2015)

Como já se decidiu esta E. Câmara:

"EXECUÇÃO FISCAL – IPTU, Taxas e CIP – Exercício de 2009 – Município de São Bernardo do Campo – Extinção pela impossibilidade de substituição da CDA, quanto à executada – Ilegitimidade passiva 'ad causam' inexistente – ***Ajuizamento da execução fiscal em face de empresa cuja falência fora decretada três anos antes da propositura da ação – Massa falida – Parte legitimidade para figurar no polo passivo – Carência de ação inexistente –*** *possibilidade de redirecionamento do feito* ***– Súmula nº 392, do C. STJ sem incidência, na espécie – Sentença reformada*** *– Apelo da municipalidade provido."* (Apelação nº 0592719-52.2010.8.26.0562, rel. Des. Silva Russo, julg. 7/6/2016) - negritado

Dessa forma, não se trata de alteração do polo passivo, mas de mera adequação da situação deste, considerando o decreto da falência.

Assim, não sendo o caso de emenda ou substituição da CDA, é inaplicável a Súmula nº 392 do STJ.

De rigor, então, a reforma da sentença.

Ante o exposto, **dá-se provimento do recurso da Municipalidade**, para determinar o prosseguimento da execução fiscal contra a massa falida.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000453-70.2016.8.26.0081, da Comarca de Adamantina, em que é apelante IVO FRANCISCO DOS SANTOS JUNIOR (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados PRESIDENTE DA COMISSÃO DE INVESTIGAÇÃO E PROCESSANTE DE ADAMANTINA e PRESIDENTE DA CÂMARA DE VEREADORES DE ADAMANTINA.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.882)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), BORELLI THOMAZ e FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA.

São Paulo, 21 de setembro de 2016.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: Apelação Cível. Mandado de Segurança.

Liminar que visa suspender os efeitos da sessão de julgamento que culminou na cassação do mandato do Prefeito – Alega em defesa vício formal da sessão e impedimento do Vereador Relator da Comissão, o que acarretaria nulidade – Vício formal, sob nenhum aspecto configurado – DL n.201/67 não prevê o impedimento do Vereador em integrar a Comissão Processante – Decisão que decidiu pela cassação do mandato do Prefeito, mantida, observância das normas da Casa e, em especial, do contraditório e ampla defesa – Decisão mantida.

Nega-se provimento ao recurso interposto.

VOTO

1. Trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato da Senhora Presidente da Câmara de Vereadores de Adamantina e do Senhor Presidente da Comissão de Investigação e Processante de Adamantina, no qual se pugna liminarmente, pela suspensão da sessão de julgamento que estava designada para o dia 22/02/2016, que tinha por objeto o julgamento do processo político-administrativo, criado pela Portaria n. 023/2015, e ao final, a procedência do *writ,* a fim de anular o processo administrativo, reconhecendo o direito do impetrante em permanecer no cargo de Prefeito Municipal de Adamantina. Liminar indeferida (fl. 127/135). Ordem denegada (fl. 204/210).

Embargos de declaração interpostos pelo impetrante, rejeitados (fl. 214).

Inconformado, apela o impetrante, buscando a reforma da sentença, deduzindo em síntese, vício formal no procedimento de cassação, impedimento do Vereador Relator (fl. 250/267).

Processado regularmente com contrarrazões (fl. 273/283).

Manifestação do Ministério Público (fl. 286/287).

Acesso ao Sumário

Pleito de efeito suspensivo ativo, para que o impetrante possa requerer seu registro de candidatura, na próxima eleição. Pleito indeferido, por falta de amparo legal (fl. 292/293).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça pugnou pela concessão da ordem (fl. 295/299).

É o relatório.

2. O recurso não prospera.

Trata-se, em breve síntese, de infração político-administrativa cometida pelo Prefeito, sujeita ao julgamento da Câmara dos Vereadores que pode resultar na cassação do mandato, ou seja, decretação da perda do mandato por ter o seu titular incorrido em falta funcional, definida em lei e punida com esta sanção. A cassação do mandato compete ao plenário da Câmara, por ser ato constitutivo acentuadamente deliberativo e de índole político-administrativa.

De rigor recordar a lição de Hely Lopes Meirelles: "o processo e o julgamento das infrações político-administrativas competem exclusivamente à Câmara de Vereadores, **na forma prevista na lei municipal pertinente**, e os tramites da acusação e da defesa devem atender não só aos preceitos das normas pertinentes, como as disposições regimentais da corporação, para validade da deliberação do plenário. Trata-se de um processo político-administrativo (e não legislativo), de natureza parajudicial e de caráter punitivo, **por isso mesmo sujeito aos rigores formais legais e à garantia de ampla defesa**. É processo autônomo e independente da ação penal do crime de responsabilidade, mas vinculado (e não discricionário) às normas municipais correspondentes e ao regimento da Câmara quanto à tramitação e aos motivos ensejadores da cassação do mandato do acusado, **pelo que se torna passível de controle judicial sob esses dois aspectos, ou seja, quanto à regularidade do procedimento e à existência dos motivos**"[1].

Desse modo, o Judiciário tem o poder-dever de examinar os atos do Poder Legislativo no tocante aos aspectos da legalidade, sendo defesa a análise do mérito.

Nessa linha de raciocínio, cumpre a análise da regularidade formal.

A arguição de impedimento do Presidente da Comissão Processante fundada no artigo 63 paragrafo 3º do Regimento Interno da Câmara Municipal de Adamantina não convence, porquanto três são as hipótese elencadas no regimento, a primeira delas se o vereador estiver envolvido no fato objeto da operação, a segunda quando for arrolado como testemunha e, a terceira, se tiver interesse pessoal na apuração.

Sem sombra de dúvida, o Presidente da Comissão ao que dos autos consta, não está envolvido nos fatos objeto do processo de cassação do Alcaide,

1 Meirelles, 2006, p. 768/769.

tampouco nele foi auscultado como testemunha ou qualquer outra forma, de toda sorte que o impedimento emergiria do interesse pessoal do edil na apuração contra o Alcaide.

A propósito da questão neste momento tão tumultuado politicamente da vida nacional, todo dia com notícias deflagradas na mídia, o que se observa é uma crescente misericórdia dos Senhores Políticos, ora de um partido enaltecendo os candidatos daquele partido, ora em outro, desmerecendo aqueles candidatos que até a pouco eram objeto de encômios, neste contexto verifica-se que o Senhor Presidente da Comissão Processante Luiz Carlos Galvão, em outrora foi muito próximo do Senhor Alcaide, tanto que foi nomeado Chefe de Gabinete em 03.01.2013 e, posteriormente, a pedido foi exonerado em 29.04.2013, o que por si só nada revela. No entanto, em 14.04.2015 o Prefeito ora impetrante promoveu ação de reparação de danos morais em face do edil Luiz Carlos Galvão, que teria proferido uma série de impropérios lançando pechas injuriosas contra o Prefeito, tanto é que em primeiro grau de jurisdição emergiu condenação, não tendo se sucedido até então o trânsito em julgado.

Com efeito, a ação proposta induz, no mínimo, uma certa inimizade mas, como lançado no preambulo, a política brasileira é assaz misericordiosa porque os algozes de ontem são os aliados do amanhã, não havendo uma coerência ideal de conduta sob esse aspecto, de maneira que desavenças político-partidárias não são uma surpresa, sem se olvidar que a sentença não transitou em julgado, não aflorando dela certeza judiciária, aliás, num paralelo hoje de uso comum, deve prevalecer o princípio da presunção de inocência, segundo o qual ninguém poderá ser privado de bens ou direitos sem julgamento que siga o devido processo legal.

Nessa esteira, não prevendo o regramento vigente nenhum fator para impedimento do vereador, pois sequer interesse se comprova, interesse direto seria o interesse fincado na solução da matéria tratada e, indireto, o interesse resultante de indícios, na obtenção de vantagem ou prejuízo conforme a solução imprimida à matéria em questão, cumpria a parte, o impetrante, fazer prova do dito interesse pessoal ou "inimizade capital" do Relator da Comissão, o que não se sucedeu, vez que a única coisa que se deduz era a intimidade de outrora com problema voltado a ação de indenização tempos antes do processo de cassação, não existindo nada contemporâneo ao processo de cassação, nem arguição perante o Plenário da Casa Legislativa da Municipalidade, ao revés, porquanto como bem pontuado pelo nobre Magistrado *a quo* a comissão foi escolhida por sorteio (Cf. fl. 28), não havendo qualquer elemento indicativo de impedimento e mais, na primeira oportunidade de produzir provas ou aduzir "suspeição" ou "impedimento", *in casu*, defesa prévia, o impetrante sequer tocou no assunto, embasando sua defesa, tão-só, na impossibilidade de julgamento pela Câmara, vez que não se trata de infração político-administrativa, mas desvio de verba

Acesso ao Sumário

pública, arrolando, inclusive, testemunhas de defesa (Cf. fl. 48/49), seguindo, portanto, os tramites legais, não havendo eiva formal.

Sem dúvida, não se discute, incontroverso é o dano moral causado à época, pelos xingamentos ocorridos fora do âmbito permitido, ultrapassando a urbanidade e a ética de discussões políticas normais, "triviais", próprias de uma Casa Legislativa, repita-se. Contudo, não há como estabelecer vínculo entre um fato e outro, como já pontuado.

Demais, os entreveros dos parlamentares brasileiros, com xingamentos, cusparadas e outras coisas, infelizmente, se tornaram o cotidiano daqueles que tem a missão de fazer as leis, de toda sorte que se considerado fosse o entrevero ordinário fato causador de impedimento, não haveria nenhum julgamento, ou melhor dizendo, nenhum trabalho na Casa.

Ainda, e não menos importante, cumpre enfatizar que a cassação do mandato se deu a unanimidade dos Vereadores, inclusive do partido do impetrante, como já observado, quando do julgamento do AI n. 2044284-06.2016.8.26.0000 desta Relatoria, não se vislumbrando vício formal, novamente, sublinhe-se, que tenha ofendido o regramento da Casa, ao revés, foi devidamente observado o contraditório e a ampla defesa.

Nesse sentido o posicionamento do CNJ:

"Revisão disciplinar. Magistrado. Falta punível com penas de advertência/censura. Representado. Promovido ao Tribunal de Justiça. Impossibilidade de aplicação da pena. LOMAN art. 42, parágrafo único. Participação no julgamento de Desembargador declarado suspeito. Decisão unânime. Nulidade inexistente.

I- Promovido o juiz de direito para desembargador antes do encerramento do julgamento do procedimento disciplinar, na hipótese de penas de advertência ou censura, correto o arquivamento ou a improcedência da representação, por impossibilidade de aplicação da penalidade.

II- A participação de magistrado declarado suspeito na votação não gerou prejuízo ou sequer alterou a conclusão, porquanto esta se deu à unanimidade. O voto em tela seria irrelevante perante o resultado, eis que, mesmo sem ele, a decisão não favoreceria ao representante (Precedente colendo STJ, 5ª Turma, Proc. 2003/0230933-5 DJU 27.09.2004. p. 373).

III- Revisão disciplinar julgada improcedente"[2].

Em igual sentido o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"Administrativo. Processo Administrativo – Fatos apurados em processo administrativo perfeitamente delineados. Alteração da adequação típica não impossibilita o pleno exercício de defesa. Votos de desembargadores, ainda que admitida a suspeição destes, irrelevantes ante o resultado da

2 Processo 20, Relator Jirair Meguerian, DJ. 15.05.2007, REVDIS.

Acesso ao Sumário

votação, eis que, mesmo sem eles, a decisão não favoreceria ao impetrante – Recurso desprovido"[3].

"Administrativo. Serventuário de Justiça – Julgamento pelo Conselho da Magistratura – Desembargador declarado suspeito por "amizade" – Participação na votação – Conclusão do Acórdão inalterada – Ausência de prejuízo – Nulidade – Inexistência – Art. 130 da Lei n. 60.15/73 – Revogação expressa pelo art. 12 da Lei n. 8.935/94 – Ausência designação precária e temporária para o ofício – Revogação a qualquer tempo – Possibilidade – Precedentes – Recurso desprovido.

I- A participação do Magistrado declarado suspeito por "amizade" não gerou prejuízo, ou sequer alterou a conclusão do v. acórdão, porquanto essa se deu à unanimidade. O voto proferido pelo magistrado sob suspeição seria irrelevante perante o resultado da votação, eis que, mesmo sem ele, a decisão não favoreceria ao impetrante.

II- O texto do art. 12 da Lei n. 8.935/94, de caráter geral, não revela a revogação expressa da norma insculpida no art. 130 da Lei n. 6.015/73. No caso dos autos, o recorrente estava subordinado à regulamentação específica, qual seja o Item n. 13.1.1.6 do Código de Normas, bem como o Ofício Circular n. 50/200 da Corregedoria-Geral de Justiça, determinando a obediência ao princípio da territorialidade.

III- Consoante a jurisprudência consolidada nesta Corte Superior, em se tratando de ocupação precária de cargo por designação, a instauração de processo administrativo disciplinar para apuração dos fatos e aplicação da pena não se faz necessária, podendo a Administração destacar o serventuário do cargo a qualquer tempo, conforme lhe convenha.

IV- Recurso desprovido"[4].

Nesse diapasão, não há nada que justifique a nulidade almejada, tampouco a nulidade deduzida pelo impedimento de vereador outro, que teria sido testemunha no processo indenizatório suso citado, que, obviamente, merece igual tratamento, pelo que a manutenção da Sessão de Julgamento, que com retidão se efetivou e, felizmente ou infelizmente, resultou na cassação do Alcaide, se mantém.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso interposto.

3 Processo RMS 3309/GO, STJ, Relator Ministro Felix Fischer, DJ. 15.12.1997.

4 Processo RMS 17657/PR, Relator Ministro Gilson Dipp, SJ DJ. 27.09.2004.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3001530-52.2013.8.26.0286, da Comarca de Itu, em que é apelante COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO, é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.933)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente) e BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 28 de setembro de 2016.

FERRAZ DE ARRUDA, Relator

Ementa: PROCESSUAL CIVIL – DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL – MATÉRIA EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO – INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA – PRELIMINAR REJEITADA.

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – ICMS – AUTO DE INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA Nº 3.146.519-5 – CREDITAMENTO INDEVIDO DO IMPOSTO – INFRINGÊNCIA AO ARTIGO 61 DO RICMS (DECRETO Nº 45.490/00) – NÃO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA CONSISTENTE NA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS EXIGIDOS PELAS PORTARIAS CAT NºS 17/99 E 99/05 – FALTA DE ENTREGA DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS – INFRAÇÃO A AUTORIZAR A AUTUAÇÃO – PRECEDENTE DESTA C. 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO – LEGALIDADE DA MULTA FIXADA NOS TERMOS DO ARTIGO 527, II, ALÍNEA "J" C.C. §§ 1º E 10, DO RICMS – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE DA FORMA DE CÔMPUTO DOS JUROS DE MORA – SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA QUE AFASTOU A APLICAÇÃO DE JUROS DE MORA ACIMA DA TAXA SELIC MANTIDA – RECURSOS DESPROVIDOS.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença de fls. 291/299 que julgou parcialmente procedentes os embargos opostos por Companhia Brasileira de Distribuição à execução que lhe move a Fazenda Pública estadual apenas para afastar a aplicação de juros de mora acima da taxa SELIC.

Apela a embargante alegando, preliminarmente, nulidade da sentença por cerceamento de defesa porquanto não determinada a produção de prova pericial. No mérito aduz inocorrência do pressuposto de fato da autuação fiscal, ilegalidade do lançamento e ofensa ao princípio da irretroatividade, regularidade dos arquivos magnéticos, impossibilidade de cobrança de tributo com base em mera presunção, comprovação dos créditos ressarcidos e o direito à restituição do imposto. Por fim, requer o cancelamento ou redução da multa por ilegalidade da capitulação e pelo caráter confiscatório, bem como aduz ilegalidade da forma de cômputo dos juros.

Tempestivo, o recurso foi contra-arrazoado.

É o breve relatório.

Considero interposto o reexame necessário, porquanto em conformidade com o art. 496, II, do NCPC.

Primeiramente, entendo que não há cerceamento de defesa, mostrando-se suficientes as provas trazidas aos autos para dirimir as questões suscitadas.

Como bem ponderou o juiz sentenciante, *desnecessária a realização da perícia, já que não se encontra em discussão a origem dos créditos, mas sim o cumprimento da obrigação acessória que competia à embargante*. (fl. 293).

Por conseguinte, evidentemente desnecessária a produção da prova pericial contábil diante da matéria posta para análise e da vinda de cópia integral do procedimento administrativo que originou a execução. Trata-se de matéria exclusivamente de direito, que autoriza o julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330, I, CPC/73, não havendo cogitar-se, pois, de nulidade processual.

Neste sentido, também o Superior Tribunal de Justiça já manifestou entendimento no sentido de que: "*Constantes dos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do julgador, inocorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a lide*" (STJ – 4ª. Turma, Ag. 14.952-DF-AgRG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo j. 4.12.91, negaram provimento, v.u., DJ 3.2.92, p. 472).

É a hipótese *sub examine.*

Fica rejeitada, pois, a preliminar.

Com efeito, o procedimento administrativo colacionado aos autos deu

Acesso ao Sumário

conta de que o auto de infração nº 3.146.519-5 lavrado por infringência ao artigo 61 do RICMS (Dec. 45.490/00), com aplicação de multa nos termos do artigo 527, II, alínea "j" c.c. §§ 1º e 10, do RICMS, indica que a embargante, ora apelante (**item 1**) creditou-se indevidamente do imposto no montante de R$ 110.478,19, registrando a ocorrência "Na desistência de ressarcimento por Nota Fiscal de Ressarcimento, Pedido de Ressarcimento ou Pedido de Liquidação de débito fiscal – Reincorporação do imposto". O contribuinte foi notificado e renotificado a comprovar a origem dos créditos, sendo que não apresentou a referida documentação e (**item 2**) creditou-se indevidamente do imposto no montante de R$ 86.421,89, registrando a ocorrência "Ressarcimento de substituição tributária por estabelecimento de contribuinte substituído". O contribuinte foi notificado e renotificado a comprovar a origem dos créditos, sendo que não apresentou a referida documentação (fls. 37/40).

Conforme dispõe o artigo 155, § 2º, I , da Constituição Federal, o ICMS é imposto não-cumulativo, *compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal.*

Desse modo, a técnica contábil da apuração do débito e crédito do ICMS realiza-se de forma que não ocorra a cumulatividade do imposto, ou seja, o estabelecimento adquirente se credita do valor do imposto pago pelo contribuinte na operação anterior de sorte que, na revenda que venha a ser efetuada pelo comerciante adquirente, este venha a recolher o devido apenas sobre o valor acrescido ao bem vendido. Desta forma se conclui que não havendo venda do bem comercializado fica o contribuinte com um crédito a ser contabilizado para o momento da saída da respectiva mercadoria do estabelecimento.

Enfim, credita-se o contribuinte do valor do imposto pago anteriormente à entrada da mercadoria em seu estabelecimento e debita-se na saída desta do estabelecimento. É assim que se opera o princípio da não cumulatividade: credita-se na entrada e debita-se na saída.

Posto isto, tem-se que o AIIM foi lavrado por infringência ao artigo 61 do RICMS - Regulamento do ICMS (Decreto nº 45.490/00).

Acesso ao Sumário

Referido dispositivo garante a compensação, creditando-se o contribuinte do imposto anteriormente cobrado, relativamente a mercadoria entrada, real ou simbolicamente, em seu estabelecimento, ou a serviço a ele prestado, em razão de operações ou prestações regulares e tributadas, **condicionando o direito ao crédito à escrituração do respectivo documento fiscal e ao cumprimento dos demais requisitos previstos na legislação** (§ 1º).

Na hipótese em tela, o creditamento indevido de ICMS se deu pelo não cumprimento de obrigação acessória consistente na apresentação de documentos fiscais elaborados nos termos indicados pelas Portarias CAT nº 17/99 e 99/05,

ou seja, arquivo magnético e documentos que embasaram o crédito.

Aduz a Fazenda do Estado de São Paulo que a embargante exerceu seu direito ao crédito, mas não comprovou a regularidade dos créditos lançados. E, quando notificada pelo Fisco, apresentou arquivos inábeis, em formato que não atendeu à finalidade de comprovar o seu direito de crédito, em desrespeito às Portarias CAT 17/99 e 99/05 (fl. 158).

Com efeito, para que se tenha direito ao crédito do ICMS, a legislação exige o cumprimento de alguns requisitos.

A Portaria CAT nº 17/99 disciplina os procedimentos com relação ao complemento e ao direito de ressarcimento do imposto retido por sujeição passiva por substituição tributária e regula as especificações para apresentação dos arquivos magnéticos.

O artigo 13 da referida Portaria CAT nº 17/99, na redação dada pela Portaria CAT nº 99, de 25/10/2005, vigente à época da autuação, dispôs o seguinte: "*O arquivo magnético do controle de estoque previsto nos artigos 4º e 5º será gerado e armazenado em conformidade com o gabarito de registro ("layout") e disciplina prevista no Manual de Orientação, anexo a esta Portaria, vigente na data de entrega do arquivo*."

O Fisco alega que a embargante não apresentou os arquivos magnéticos relativos às operações correspondentes ao ressarcimento por substituição tributária. E afirma ainda: "*O que fez a embargante, na tentativa de ludibriar o Fisco, foi apresentar arquivo eletrônicos em formato diferente do exigido pela legislação, ou seja, apresentar arquivos em formato de texto, correspondentes a relatórios de impressão, como se fossem exultantes do processamento de controle de ressarcimento do imposto retido. Esses arquivos também foram apresentados de forma impressa, gerando 5 volumes de documentos no processo administrativo*." (fl. 159, último parágrafo).

Portanto não procede a alegação de que o agente fiscal deixou de analisar as informações fornecidas, pois ficou comprovado que "*Os arquivos magnéticos juntados em fl. 129 não suprem as infrações contidas nos itens 1 e 2 do AIIM por não estarem com a estrutura prevista na Portaria CAT 17/99, tornando impossível a importação pelo programa de análise das operações, conforme "print" exemplificativo juntado em fl. 1080*. [...] (fl. 54).

E não há que se cogitar de ofensa ao princípio da irretroatividade, pois a Portaria CAT 99 que alterou a Portaria CAT nº 17/99, foi editada em 25/10/2005, em data anterior ao início da fiscalização e aos fatos geradores, portanto, plenamente aplicável.

Ademais, como bem pontuado pelo juiz sentenciante, aplica-se o artigo 144, "caput" e §1º, do Código Tributário Nacional - CTN, porquanto "*Tendo ocorrido o lançamento e a exigência dos arquivos magnéticos durante a*

Acesso ao Sumário

vigência da CAT 17/99 com redação dada pela CAT 99/05, evidente a obrigação da embargante de cumprimento da norma, inexistindo qualquer ofensa ao princípio da irretroatividade.".

Não há que se falar também em cobrança do tributo com base em mera presunção, pois a autuação se deu pelo não cumprimento de obrigação acessória consistente na apresentação de documentos fiscais exigidos pelas Portarias CAT nºs 17/99 e 99/05, ou seja, arquivo magnético e documentos que embasariam o suposto creditamento de ICMS.

Refutada a alegação de que o suposto descumprimento de obrigações acessórias enseja, quando muito, a punição por este ato, e não a exigência de tributo (sic), considerando os termos do art. 113, §3º, do CTN, *in verbis: "A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária."*.

Desse modo, o momento para o cumprimento da obrigação acessória não é este processual, mas aquele exigido pelo Fisco, não se podendo transmudar o momento do cumprimento da obrigação acessória. Assim, *irrelevante a discussão a respeito de os arquivos enviados pela embargante comprovarem ou não o direito ao creditamento, já que o não cumprimento das formalidades legais macula o creditamento pretendido*, questão destacada pelo juiz "a quo" (fl. 294, penúltimo parágrafo).

Neste mesmo sentido, é o entendimento desta C. 13ª Câmara de Direito Público em caso semelhante:

> APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. Aplicação das Portarias CAT 17/99 e 99/05. Necessidade de documentação em arquivos magnéticos conforme determinação das Portarias. Certidão de Dívida Ativa. Aplicação do art. 204 do Código Tributário Nacional. Presunção de legitimidade. Inexistência de prova inequívoca. Multa Legitimidade e não ocorrência de confisco. Multa moratória com caráter punitivo. Aplicação. Juros de mora previsto na Lei n.º 13.918/09. Pretensão à exclusão do auto de infração e imposição de multa dos juros de mora previstos na Lei Estadual nº 13.918/2009, que excederem a taxa federal. Admissibilidade. O Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, seguindo a orientação do STF na ADI 442, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade n.º 0170909-61.2012.8.26.0000, conferiu interpretação conforme a Constituição Federal à referida Lei Paulista no sentido de que os juros de mora (incluída a correção monetária) não podem ser superiores àqueles fixados na legislação federal (taxa SELIC). Honorários advocatícios – Pedido de redução da verba honorária pela Fazenda do Estado. Descabimento. Apreciação equitativa segundo os critérios do art. 20, do CPC. Valor arbitrado que

Acesso ao Sumário

se mostra consentâneo com o labor exigido e remunera de forma digna o profissional atuante. Sentença de parcial procedência do pedido mantida. Recursos não providos. (Apelação 0025950-43.2012.8.26.0114, relator: Djalma Lofrano Filho; Comarca: Campinas; Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 03/02/2016; Data de registro: 05/02/2016)

No mais, a execução fiscal foi corretamente aparelhada e a certidão da dívida ativa goza da presunção de certeza e liquidez que deve ser elidida pelo executado que, na espécie, não se desincumbiu a contento de seu ônus.

Com relação à multa, sua aplicação se deu nos termos do artigo 527, II, alínea "j" c.c. §§ 1º e 10, do RICMS, não havendo que se falar em ilegalidade da capitulação, pois este dispositivo é aplicável às infrações relativas ao crédito indevido do imposto, em hipótese não prevista nas alíneas anteriores.

Não pode ser considerada abusiva a multa, pois devida no percentual estipulado (100%) até porque possui caráter punitivo, criada justamente como forma de intimidação do contribuinte para que honre suas obrigações fiscais na forma instituída.

Além disso, a penalidade é previamente conhecida do contribuinte e veio devidamente fundamentada no RICMS. Corresponde ao valor do crédito indevidamente escriturado ou não estornado. Não há, pois, que se falar em multa confiscatória, pois que proporcional à infração cometida desde que se visa evitar e coibir exatamente a conduta assumida indevidamente pela autora.

Por fim, não merece acolhimento a alegação de ilegalidade da forma de cômputo dos juros. Primeiramente, porque a CDA em questão (fls. 25/32) estipulou o termo inicial dos juros sobre a multa a partir do segundo mês subsequente ao da lavratura do AIIM (art. 96, II, "a" da Lei 6.374/89), na forma em que pretendida pela apelante.

Em segundo lugar, a fixação do termo inicial dos juros sobre o principal a partir do vencimento para o recolhimento da obrigação principal, que no entender da apelante ocorre no dia 20, não é a hipótese dos autos. Isto porque essa assertiva se refere ao prazo para recolhimento do imposto previsto no art. 112 do RICMS, feito segundo o Código de Prazo de Recolhimento – CPR, hipótese diversa destes autos.

A questão sobre a constitucionalidade ou não da taxa de juros estabelecida pela Lei estadual nº 13.918/09 foi bem decidida pelo juiz de primeiro grau, valendo destacar que submetida ao C. Órgão Especial desta Corte estadual, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0170909-61.2012.8.26.0000, foi considerada inconstitucional em razão do índice estabelecido nesta legislação estadual extrapolar, e muito, o padrão da taxa SELIC, utilizada para recomposição dos débitos tributários da União e que vinha igualmente sendo

Acesso ao Sumário

adotada para os débitos tributários estaduais.

Conforme anotado pelo Relator Designado Paulo Dimas Mascaretti, na mencionada Arguição de Inconstitucionalidade, *A fixação originária de 0,13% ao dia, nos termos da lei, equivale à taxa de 3,9% ao mês ou 46,8% ao ano; a taxa Selic encontra-se neste momento num patamar de 7,25% ao ano.*

Foi assim considerada abusiva e imoderada a atuação estatal.

Vale lembrar, ainda, que a determinação da Lei estadual nº 13.918/09, que alterou a redação do artigo 96, da Lei estadual nº 6.374/89 igualmente contraria o disposto no artigo 161, §1º, do Código Tributário Nacional.

Portanto, correta a sentença ao reconhecer a inexigibilidade dos juros de mora fixados pela Lei nº 13.918/09, determinando a observância da regra anterior, ou seja, aplicação da SELIC, conforme dispunha o artigo 96 da Lei Estadual nº 6.374/89.

Fica mantida a r. sentença de procedência parcial nos termos em que lançada. A sucumbência é mesmo recíproca, critério que deverá prevalecer dada a sucumbência parcial de ambas as partes, sendo cada litigante em parte vencedor e vencido, devendo as despesas processuais e os honorários advocatícios seguirem a regra do art. 21, do CPC/73.

Saliento que os honorários advocatícios estão seguindo as regras previstas no CPC/73, eis que a sentença foi proferida sob a vigência desta norma processual que deverá ser respeitada, a teor do que disciplina o art. 14 do NCPC, em conformidade, ainda, com o Enunciado Administrativo nº 7[1] do C. STJ, aprovado pelo Plenário na sessão do dia 09/03/2016.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso da embargante e ao reexame necessário.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1036715-74.2014.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FUNDAÇÃO ANTÔNIO PRUDENTE, é apelado DELEGADO REGIONAL TRIBUTÁRIO DA CAPITAL DO ESTADO DE SÃO PAULO – DRTC-I.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.341)**

1 *"Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC."*

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente) e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 4 de outubro de 2016.

MARREY UINT, Relator

Ementa: Apelação Cível – Mandado de Segurança – Imunidade – ICMS – Importação de bens por entidade de assistência social, sem fins lucrativos, inteligência do disposto no art. 150, VI, "c", da Constituição Federal – Imunidade tributária reconhecida. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança com pedido de liminar impetrado pela Fundação Antônio Prudente, em face do Delegado Regional Tributário da Capital do Estado de São Paulo - DRTC-I, objetivando desembaraçar mercadoria importada sem o recolhimento do ICMS, em virtude de sua imunidade tributária, nos termos do artigo 150, inciso VI, "c", da Constituição Federal.

Afirma ser entidade sem fins lucrativos, tendo por finalidade, nos campos científico, técnico, assistencial e social, o combate ao câncer, mantendo, para tanto, um Instituto Central, composto de Hospital – Hospital A. C. Camargo, Escola de Cancerologia, Centro de Estudos, Centro de Pesquisas Básicas, Escola de Enfermagem e Programas de Pós-Graduação na área de Oncologia.

A liminar que almejava o desembaraço aduaneiro dos equipamentos descritos na inicial foi concedida em decisão proferida por este Relator no agravo de instrumento nº 2160535-78.2014.8.26.0000, j. em 24/04/2015 (fls. 515/521).

O Ministério Público do Estado de São Paulo opinou pela concessão da segurança (fls. 334/341).

A r. sentença (fls. 366/), prolatada pelo mm. Juiz Adriano Marcos Laroca, julgou improcedente o pedido, com fulcro no art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, denegando a ordem. Em razão da sucumbência, condenou a Impetrante a arcar com o pagamento das custas e despesas processuais. Ausente a condenação em honorários advocatícios, conforme as Súmulas 105 do Superior Tribunal de Justiça e 512 do Supremo Tribunal Federal.

Recorre a Impetrante buscando a reforma do julgado. Para tanto, sustenta a Apelante ser uma instituição sem fins econômicos ou lucrativos, de caráter beneficente, social e científico que faz jus, em razão disso, à imunidade tributária prevista no art. 150, inciso VI, alínea 'c', e §4º, da Constituição Federal. (fls.

Acesso ao Sumário

373/425).

Por sua vez, a D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela concessão da segurança (fls. 432/439).

Contrarrazões às fls. 450/468 pugnando pela manutenção da r. sentença.

É o relatório.

O artigo 150, IV, "c" da Constituição Federal dispõe:

"Artigo 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI - instituir impostos sobre:

(...)

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; "

Restou evidente, pelas provas acostadas aos autos, que a Impetrante é entidade de assistência social, sem fins lucrativos, de caráter beneficente, social e científico, e que os bens importados são destinados, exclusivamente, à realização de suas finalidades, na assistência médico-hospitalar (fls. 77/104).

Por entidade beneficente de assistência social entendesse aquela que presta serviços relevantes, de cunho social, à parte carente de nossa sociedade, ou seja, qualquer tipo de serviço de natureza social, dentre os quais se enquadram os prestados pela Agravante, na área de saúde. A entidade beneficente de assistência social que presta serviços de saúde possui enorme relevância social, uma vez que, além de fomentar atividades nessas valiosas áreas, ainda o faz em caráter de beneficência, qual seja, de forma gratuita, para atender à população de baixa renda, daí enquadrar-se na hipótese da imunidade prevista no artigo 150, VI, "c", da CF/88.

Acesso ao Sumário

Existe clara relação entre o equipamento importado descrito na inicial e o cumprimento dos objetivos essenciais da Impetrante, na medida em que serão utilizados com o fito de modernizar e ampliar o atendimento a pacientes encaminhados pelo Sistema Único de Saúde – SUS, consubstanciado na inauguração da nova torre do Hospital A. C. Camargo.

Sendo assim, a Impetrante goza de imunidade tributária, não sendo necessário comprovar o pagamento do ICMS para desembaraçar a mercadoria importada.

A Suprema Corte já se posicionou acerca do tema:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. IMUNIDADE

TRIBUTÁRIA. INSTITUIÇÃO DE EDUCAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS. C.F., art. 150, VI, "c".

I. - Não há invocar, para o fim de ser restringida a aplicação da imunidade, critérios de classificação dos impostos adotados por normas infraconstitucionais, mesmo porque não é adequado distinguir entre bens e patrimônio, dado que este se constitui do conjunto daqueles. O que cumpre perquirir, portanto, é se o bem adquirido, no mercado interno ou externo, integra o patrimônio da entidade abrangida pela imunidade.

II. - Precedentes do STF. III. - R.E. não conhecido" (RE 203755, 2ª T., Rel. Min. Carlos Velloso, j. 17/09/1996, DJU 08/11/96, p. 43221.)

Ainda o STF, em decisão proferida pelo Ministro Marco Aurélio:

"O raciocínio desenvolvido pelo Estado acaba por restringir o conceito de patrimônio, o alcance, em si, da imunidade prevista na alínea "c" do inciso VI do artigo 150 da Constituição Federal. Os bens adquiridos em relação aos quais se pretende a cobrança do ICMS, visaram, conforme consignado no acórdão proferido pela Corte de origem, à integração ao patrimônio fixo da entidade, destinando-se exclusivamente ao desempenho de suas finalidades e atividades essenciais. É interessante constatar a fragilidade do Estado na prestação de serviços assistenciais, ligados à saúde, à população carente e, mesmo assim, nota-se a tendência generalizada de mitigar a imunidade estabelecida constitucionalmente. O importante é atinar-se para o fato de a Corte de origem, sopesando os elementos probatórios acostados à inicial do mandado de segurança, haver registrado o atendimento ao disposto no artigo 14 do Código Tributário Nacional, já que é extremo de dúvidas o envolvimento, na espécie, do patrimônio da entidade assistencial. Não se pode concluir pela transgressão ao preceito constitucional evocado. Ao contrário, o que decidido com ele guarda perfeita sintonia" (DM AI 257455, j. 05/12/99, DJU 02/02/2000, p. 13.)

Desta forma, está a Impetrante imune ao recolhimento do ICMS, de acordo com a Constituição Federal, mesmo porque a Emenda Constitucional n.º 33, de 11.12.2001, apenas alterou a letra "a" do inciso IX, do parágrafo 2.º, do art. 155, da CF, para incluir a pessoa física em iguais condições para a pessoa jurídica, visando apenas esclarecer não ser o ICMS devido quando de importação de bens ou mercadorias pela pessoa física, mesmo não sendo contribuinte habitual, ante a quantidade enorme de importação de bens, em especial móveis e veículos, à época.

Por tudo, evidente o direito líquido e certo.

No mesmo sentido:

Apelação Cível 1004282-17.2014.8.26.0053 Relator(a): Ricardo Feitosa

Acesso ao Sumário

Comarca: São Paulo Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Público Data do julgamento: 04/07/2016 Data de registro: 08/07/2016 Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – ICMS – IMUNIDADE – ART. 150, VI, "C", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – INCIDÊNCIA – IMPORTAÇÃO, POR ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL SEM FINS LUCRATIVOS, DE EQUIPAMENTO RELACIONADO COM SUAS FINALIDADES ESSENCIAIS – ORDEM CONCEDIDA – SENTENÇA CONFIRMADA.

Apelação Cível 0028537-90.2013.8.26.0053 Relator(a): Aliende Ribeiro Comarca: São Paulo Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Público Data do julgamento: 21/06/2016 Data de registro: 23/06/2016 Ementa: Mandado de Segurança – ICMS – Bem importado por Instituição de Assistência Social sem fins lucrativos – Imunidade prevista no Artigo 150, VI, "c", da Constituição Federal – Reconhecimento do direito à imunidade tributária – Recurso provido.

Apelação Cível 1014946-10.2014.8.26.0053 Relator(a): Cristina Cotrofe Comarca: São Paulo Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público Data do julgamento: 22/06/2016 Data de registro: 23/06/2016 Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – ICMS – Entidade beneficente sem fins lucrativos – Importação de equipamentos – Isenção tributária – Admissibilidade – Preenchimento dos requisitos do artigo 150, inciso VI, alínea "c", e § 4º, da Constituição Federal e do artigo 14 do Código Tributário Nacional – Precedentes. Recurso provido.

Aliás, o posicionamento desta C. 3ª Câmara também não diverge desse entendimento, cabendo anotar:

Apelação Cível 1052699-98.2014.8.26.0053 Relator(a): José Luiz Gavião de Almeida Comarca: São Paulo Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Público Data do julgamento: 09/08/2016 Data de registro: 16/08/2016 Ementa: ICMS – Imunidade – Fundação de caráter assistencial e de utilidade pública, sem fins lucrativos – Importação de equipamentos médico-hospitalares para serem utilizados em sua atividade fim essencial – Caso em que a imunidade deveria ter sido concedida, segundo determina o art. 150, VI, "c", e § 4º da Constituição Federal – Recurso improvido.

Apelação Cível 0042756-45.2012.8.26.0053 Relator(a): Camargo Pereira Comarca: São Paulo Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Público Data do julgamento: 29/07/2014 Data de registro: 29/07/2014 Ementa: TRIBUTÁRIO – ICMS – IMPORTAÇÃO – IMUNIDADE – ENTIDADE SEM FINS LUCRATIVOS. A imunidade tributária estabelecida pelo artigo 150, inciso VI, "c", da Constituição Federal, também abrange o ICMS, quando da entrada de mercadorias importadas. Precedentes do

Acesso ao Sumário

STF. Recurso provido.

De rigor, portanto, a reforma da r. sentença.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso. Custas pela Apelada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0029367-95.2009.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante EUCLIDES CLEMENTINO DE BARROS, é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.125)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CRISTINA COTROFE (Presidente), BANDEIRA LINS e ANTONIO CELSO FARIA.

São Paulo, 10 de outubro de 2016.

CRISTINA COTROFE, Relatora

Ementa: APELAÇÃO CIVIL – Responsabilidade civil – Junta Comercial do Estado de São Paulo – Inclusão indevida do nome do autor em contrato social – Ação de estelionatários que criaram empresa para praticar fraudes – Autarquia que realizou a verificação formal da documentação apresentada – Observância dos procedimentos previstos no Decreto 1.800/96 – Inexistência de nexo causal – Precedentes – Sentença mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por ***Euclides Clementino de Barros*** contra a respeitável sentença de fls. 330/335, que, nos autos da ação ordinária ajuizada em face da ***Fazenda do Estado de São Paulo***, julgou improcedente o pedido inicial.

O apelante sustenta, em síntese, que faz jus a indenização por dano moral em razão da existência de empresas registradas em seu nome, das quais não tinha ciência. Afirma que a hipótese configura responsabilidade civil do Estado, na medida em que cabia à JUCESP verificar a autenticidade da documentação e

Acesso ao Sumário

da assinatura antes de proceder aos registros societários (fls. 339/343).

Regularmente processado o recurso, foram apresentadas contrarrazões (fls. 350/354).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Extrai-se dos autos que o autor tomou conhecimento de que figurava como sócio das empresas "Magnatech Indústria e Comércio Ltda." e "Automotivo Comercial de Peças e Acessórios Ltda." ao tentar abrir uma conta poupança na Caixa Econômica Federal, por ter seu pedido de abertura de conta negado em virtude de restrições que envolviam seu nome e CPF.

Por este motivo, pugna pelo recebimento de indenização por dano moral decorrente da negligência da Junta Comercial do Estado de São Paulo – JUCESP ao permitir a abertura de empresas por estelionatários, sem a devida análise da documentação apresentada.

Ocorre que, em que pesem as razões do apelante, as Juntas Comerciais não têm por função a fiscalização das sociedades registradas, nem mesmo a investigação da regularidade da documentação apresentada por interessados.

É o que se depreende da leitura do artigo 34 do Decreto Federal nº 1.800/1996, que regulamenta o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins:

> *"Art. 34. Instruirão obrigatoriamente os pedidos de arquivamento: I - instrumento original, particular, certidão ou publicação de autorização legal, de constituição, alteração, dissolução ou extinção de firma mercantil individual, e sociedade mercantil, de cooperativa, de ato de consórcio ei de grupo de sociedades, bem como de declaração de microempresa empresa de pequeno porte, datado e assinado, quando for o caso, pelo titular, sócios, administradores, consorciados ou seus procuradores e testemunhas;*
>
> *(...)*
>
> *V - prova de identidade do titular da firma mercantil individual e do administrador de sociedade mercantil e de cooperativa:*
>
> *a) poderão servir como prova de identidade, mesmo por cópia regularmente autenticada, a cédula de identidade, o certificado de reservista, a carteira de identidade profissional, a carteira de identidade de estrangeiro e a carteira nacional de habilitação;*
>
> *(...)*
>
> *c) o documento comprobatório de identidade, ou sua cópia autenticada, será devolvido ao interessado logo após exame, vedada a sua retenção;*
>
> *(...)*

Acesso ao Sumário

Parágrafo único. Nenhum outro documento, além dos referidos neste Regulamento, será exigido das firmas mercantis individuais e sociedades mercantis, salvo expressa determinação legal, ***reputando-se como verdadeiras, até prova em contrário, as declarações feitas perante os órgãos do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins****"* (grifo nosso).

Da leitura do referido artigo torna-se claro que a lei não atribui às Juntas Comerciais a responsabilidade pela fiscalização dos documentos apresentados para registro de novas empresas e sociedades mercantis, trazendo inclusive dispositivo que trata do procedimento a ser adotado nos casos de suposta falsificação, a ser apurada por outros órgãos:

"Art. 40. As assinaturas nos requerimentos, instrumentos ou documentos particulares serão lançadas com a indicação do nome do signatário, por extenso, datilografado ou em letra de forma e do número de identidade e órgão expedidor, quando se tratar de testemunha.

§ 1º Verificada, a qualquer tempo, a falsificação em instrumento ou documento público ou particular, o órgão do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins dará conhecimento do fato à autoridade competente, para as providências legais cabíveis, sustando-se os efeitos do ato na esfera administrativa, até que seja resolvido o incidente de falsidade documental.

§ 2º Comprovada, a qualquer tempo, falsificação em instrumento ou documento arquivado na Junta Comercial, por iniciativa de parte ou de terceiro interessado, em petição instruída com a decisão judicial pertinente, o arquivamento do ato será cancelado administrativamente."

Assim, não sendo atribuição das Juntas Comerciais a investigação de supostas fraudes, não há como se concluir pela responsabilidade da apelada, já que os danos causados são resultado exclusivo da conduta dolosa de terceiro, em nada imputável à recorrida.

Não há nexo causal entre o dano e a ação da JUCESP, que se pautou por determinação legal; a legislação a reger a hipótese em questão foi integralmente observada, não havendo falha do serviço e nem qualquer falta ou omissão culposa.

Aliás, esta Corte já se pronunciou nesse sentido:

"AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – REGISTRO NA JUNTA COMERCIAL – Pretensão de condenação da Fazenda Estadual por dano ocasionado pelo arquivamento, pela Junta Comercial, de alteração de contrato social de pessoa jurídica com indevida inclusão do autor como sócio da empresa – Autarquia que realizou a verificação formal da documentação apresentada – Inocorrência de conduta dolosa ou culposa por parte

Acesso ao Sumário

da JUCESP – Ausência de demonstração dos danos – Sentença de improcedência mantida. Recurso não provido"[1].

"APELAÇÃO CÍVEL – Ação declaratória com pedido indenizatório de danos morais – Registro de empresa comercial constituída com documentos objeto de crime JUCESP – Junta Comercial que somente responde pela regularidade formal do pedido de arquivamento – Decreto nº 1.800/96 – Falha de serviço inexistente – Inexistência de obrigação de indenizar – Sentença de improcedência – Recurso do autor desprovido"[2].

"Responsabilidade Civil do Estado – Junta Comercial do Estado de São Paulo – Nome do autor que foi incluso indevidamente em contrato social – Ação de estelionatários que criaram empresa para praticar fraudes – Utilização de documentos falsos do autor – Prejuízos comprovados – Junta comercial que não está obrigada a conferir a veracidade dos documentos que lhe são apresentados, respondendo apenas pela regularidade formal do arquivamento – Fraude demonstrada – Declaração de inexistência de relação jurídica entre a vítima e a transportadora – Afastamento de registros em seu nome – Recurso parcialmente provido"[3].

"APELAÇÃO CÍVEL – OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DECLARATÓRIA E INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – Cancelamento de registro perante a JUCESP de 3ª alteração contratual, em vista de falsificação das assinaturas - Anulação do ato que se impõe Laudo pericial comprova a falsidade das assinaturas – Indenização que não deve ser arcada pela Fazenda, mas apenas pelos réus falsificadores – Junta Comercial não tem responsabilidade pela verificação da regularidade das assinaturas – Recurso do réu Silas não deve ser conhecido na parte em que inova na defesa – Valor fixado a título de danos morais, mantido – Sentença reformada apenas para afastar a condenação da Fazenda no pagamento de danos morais – Recurso da FESP provido em parte e recurso do réu Silas, na parte que se conhece, não provido"[4].

Destarte, de rigor a manutenção da respeitável sentença. Ante o exposto, pelo meu voto, ***nega-se provimento*** ao recurso.

Acesso ao Sumário

1 Apelação nº 0054764-65.2012.8.26.0114, Rel. Des. Leonel Costa, 8ª Câmara de Direito Público, j. em 25/03/2015.

2 TJ/SP, Apel. nº 0034287-10.2012.8.26.0053, 5ª Câmara de Direito Público, Rel. Mara Laura Tavares, j. 05/08/2013.

3 TJ/SP, Apel. nº 0050088-63.2012.8.26.0053, 3ª Câmara de Direito Público, Rel. José Luiz Gavião de Almeida, j. 11/02/2014.

4 TJ/SP, Apel.nº 0124662-33.2007.8.26.0053, 12ª Câmara de Direito Público, Rel. Osvaldo de Oliveira, j. 19/06/2013.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008142-52.2002.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante JÚLIO DE MELO TEIXEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Não conheceram dos agravos retidos apresentados pela Fazenda Pública. Negaram provimento ao apelo da parte autora. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.680)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), NOGUEIRA DIEFENTHALER e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 10 de outubro de 2016.

FRANCISCO BIANCO, Relator

Ementa: AGRAVO RETIDO – AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO – AUSÊNCIA DE REITERAÇÃO NAS CONTRARRAZÕES DE APELAÇÃO. 1. Descumprimento do disposto no artigo 523, § 1º, do CPC/73. 2. Recurso, não conhecido. RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – POLICIAL MILITAR – CORPO DE BOMBEIROS – ACIDENTE VASCULAR CEREBRAL APÓS A OPERAÇÃO DE MERGULHO – PRETENSÃO AO RECEBIMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – IMPOSSIBILIDADE. 1. Os elementos de convicção produzidos nos autos não demonstram o nexo de causalidade entre o fato jurídico descrito na petição inicial e o alegado evento danoso. 2. Ação de procedimento ordinário, julgada improcedente. 3. Sentença, ratificada. 4. Recurso de apelação, apresentado pela parte autora, desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 352/355, que julgou improcedente ação de procedimento ordinário, objetivando a recebimento de indenização por danos morais, decorrente de Acidente Vascular Cerebral, ocorrido durante a prática da atividade de mergulho, desempenhada na Polícia Militar do Estado de São Paulo. Em razão da sucumbência, a parte vencida foi condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados, no valor de R$3.000,00, observados os benefícios da assistência judiciária gratuita.

A parte apelante, nas razões recursais, sustentou, em resumo, o seguinte: a) o laudo pericial não é conclusivo no sentido da inexistência de nexo de causalidade entre o fato e o evento danoso; b) existência de estudos clínicos comprovando a possibilidade de ocorrência de AVC, em razão da prática de atividade de mergulho.

O recurso de apelação, tempestivo e dispensado de preparo, em razão da concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, foi recebido nos regulares efeitos e respondido.

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se a fls. 384/386, opinando pelo desprovimento do referido inconformismo.

É o relatório.

Pondere-se, desde logo, que os agravos retidos, oferecidos a fls. 136/140 e 164/167, não comportam conhecimento, tendo em vista que a Fazenda Pública Estadual não postulou o respectivo conhecimento nas contrarrazões recursais, conforme dispõe o artigo 523, § 1º, do CPC/73.

Na sequência, o recurso de apelação, apresentado pela parte autora, não merece provimento, devendo prevalecer a r. sentença de Primeiro Grau, que deu a melhor solução ao caso concreto.

Trata-se de ação de procedimento ordinário, ajuizada pela parte autora, sob a alegação de que, em novembro de 1.996, teria sido vítima de Acidente Vascular Cerebral, após a prática de mergulho, no Corpo de Bombeiros da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

Pois bem. Os elementos de convicção produzidos nos autos não autorizam a conclusão de que o referido problema de saúde, experimentado pela parte autora, decorre da atividade profissional realizada durante operação policial na cidade de Peruíbe, em novembro de 1.996.

Isso porque, a parte autora não conseguiu demonstrar o nexo de causalidade entre o fato jurídico descrito na petição inicial e o alegado evento danoso, indispensável para a configuração do dever de indenizar.

Ademais, o resultado da prova pericial produzida durante a instrução

Acesso ao Sumário

do processo (fls. 269/282), afastou o nexo de causalidade acima mencionado, concluindo que não há nenhuma evidência de que o problema de saúde experimentado pela parte autora tenha alguma relação com a atividade de mergulho. E, na resposta aos quesitos formulados pela Fazenda Pública Estadual, o perito judicial esclareceu o seguinte:

"10. Pode o Sr. Perito dizer se havia sintomas que indicassem alteração cardíaca, pulmonar, osteo-articular ou do sistema neurológico por parte do autor, logo após o mergulho? (fls. 143)

Resposta: Não há relato (fls. 297)

11. Quais os males que podem decorrer da atividade de mergulhador autônomo? O autor apresentou algum deles? (fls. 143)

Resposta: Embolia Gasosa. Não (fls. 297)."

Além disso, é relevante consignar que as conclusões do perito judicial foram corroboradas pela prova documental produzida pela Fazenda Pública, especialmente, a fls. 105/106 verso.

Efetivamente, tal documento comprova o atendimento realizado em 14.10.96, e não, em novembro de 1.996, sendo certo que o respectivo relatório foi subscrito pela própria parte autora, sem o registro de eventual problema ou intercorrência durante e após o resgate da vítima de afogamento.

Finalmente, anote-se que a prova oral produzida a fls. 327/329 é insuficiente para o acolhimento da pretensão deduzida pela parte autora na petição inicial, porquanto as testemunhas não presenciaram o fato lesivo. Assim, a versão de que o AVC teria ocorrido durante a atividade laborativa ficou isolada nos autos, diante do conjunto probatório.

Portanto, a improcedência da ação de procedimento ordinário era mesmo de absoluto rigor, não comportando nenhuma alteração.

Ante o exposto, **NÃO SE CONHECEM** dos agravos retidos, apresentados pela Fazenda Pública Estadual. Outrossim, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação, apresentado pela parte autora, ratificando, na íntegra, a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0010451-20.2014.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que são apelantes PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO e EMPRESA MUNICIPAL DE URBANISMO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - EMURB, são apelados ROGÉRIO CHARABA e VERÔNICA MARIA DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso da Municipalidade e negaram ao dos autores. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.151)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO DELBIANCO (Presidente) e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 13 de outubro de 2016.

VERA ANGRISANI, Relatora

Ementa: AÇÃO ANULATÓRIA DE MULTA DE TRÂNSITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Autuação que decorreu por estacionar veículo em desacordo com a regulamentação estacionamento rotativo. Cartão de zona azul que deveria ter sido colocado simultaneamente à parada do veículo. Ato administrativo que goza de presunção de legitimidade e veracidade. Ausência de situação vexatória ou humilhante. Honorários advocatícios que devem ser fixados de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Recursos conhecidos; provido o da Municipalidade e improvido o dos autores.

VOTO

Trata-se de ação ajuizada por **ROGÉRIO CHARABA E VERÔNICA MARIA DOS SANTOS** em face da **PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO E EMPRESA MUNICIPAL DE URBANISMO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO**, alegando que, em 5/8/2013, por volta das nove horas, a requerente Verônica estacionou o veículo Fiat Pálio, placa CYL 6044, cor prata, em frente à sua loja, situada na rua Delegado Pinto de Toledo, nº 2955, Centro, na cidade de São José do Rio Preto. Poucos minutos após, a funcionária do Setor da Zona Azul entrou em seu estabelecimento e perguntou se o cartão da zona azul seria colocado no veículo estacionado. Nesse momento, tendo em vista que todos no interior da loja estavam ocupados, atendendo clientes, foi dito à senhora da zona azul que ela poderia colocar o cartão no veículo, oportunidade em que ela negou, dizendo de forma rude que não iria vender "fiado". Aduzem os requerentes que, extremamente constrangidos, explicaram que não seria fiado, pois assim que terminassem de atender o cliente iriam pagar pelo cartão. Mais uma vez, a senhora se recusou colocar o cartão e saiu da loja. Em seguida, um funcionário da loja foi até o chaveiro ao lado e adquiriu o cartão da zona azul,

Acesso ao Sumário

que foi colocado no veículo. Passado um tempo, um policial militar, identificado pela numeração 9802657, obviamente acionado pela funcionária da zona azul, chegou ao local e multou o veículo dos requerentes pela infração de "estacionar em desacordo com a regulamentação – estacionamento rotativo", sem ao menos se atentar que o cartão da zona azul estava no para-brisa do veículo. Narram os requerentes que tentaram explicar ao policial que o veículo estava devidamente estacionado no local com o cartão da zona azul, mas sem dar ouvidos e se atentando somente aos dizeres da senhora da zona azul, ele respondeu que a multa já estava sendo providenciada. Alegam que, diante da tamanha falta de respeito frente à situação, os requerentes se dirigiram imediatamente à Ouvidoria da EMURB, onde foi elaborada uma reclamação por escrito, relatando os fatos, bem assim protocolaram uma reclamação no Batalhão da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Pleiteiam a procedência da ação, condenando as rés ao pagamento de indenização por dano moral, bem como anulação da multa.

A r. sentença de fls. 158/160v julgou improcedentes os pedidos, ficando os vencidos condenados ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor atribuído à causa.

Inconformadas, recorrem as partes. A Municipalidade de São José do Rio Preto busca a majoração da verba honorária (fls. 163/167).

Os autores repetem os argumentos ventilados na inicial e requerem a inversão do julgado (fls. 170/175).

Contrarrazões (fls. 183/189, 192/200 e 205/206). Não houve manifestação sobre o julgamento virtual.

É o relatório.

Trata-se ação anulatória de multa de trânsito c/c indenização por danos morais, julgada improcedente pela r. sentença.

Compulsando os autos, resta incontroverso que, em 5/8/2013, o veículo descrito na inicial foi autuado, em razão de estar "estacionado em desacordo com a regulamentação – estacionamento rotativo".

Sustentam os requerentes que a situação estava completamente regularizada, tendo em vista a presença do cartão da zona azul no interior do veículo, bem assim que a funcionária da EMURB quanto o Policial Militar, que lavrou o auto de infração, extrapolaram o bom sendo em suas condutas.

Sem razão.

Ora, ao estacionar a autora em setor de Zona Azul, desprovida de cartão respectivo, fato este admitido na própria vestibular, cai por terra a alegação de que a multa aplicada é irregular, devendo ser declarada nula.

O cartão aludido deveria ter sido colocado simultaneamente à parada do veículo no local descrito nos autos. Infundada, também, a alegação dos autores

Acesso ao Sumário

no sentido de que obstada a motorista de tal providência, face ao volumoso trânsito em seu estabelecimento comercial.

Neste esteio, é certo que a obrigação quanto à aposição de documento necessário ao estacionar o veículo, cabia à autora e não à agente de trânsito.

Ademais, não restou demonstrado pela parte autora que o ato administrativo em questão está eivado de qualquer ilegalidade ou vício, de modo que o mesmo merece subsistir, visto que goza de presunção de veracidade e legitimidade.

O ato administrativo somente admitiria sua anulação, caso comprovado ser contrário ao Direito vigente, o que não é o caso.

Na espécie, depreende-se que a infração foi devidamente registrada por competente policial militar e que houve assunção pela própria motorista de que estacionou o veículo sem o respectivo cartão de zona azul.

Por conseguinte, não há que se acolher a pretensão indenizatória por danos morais, visto que não restou configurada situação vexatória ou humilhante.

Em relação aos honorários advocatícios, pequeno reparado a ser feito na r. Sentença.

Tendo em vista que tal verba deve estar em consonância com o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, como também com a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, fica a mesma arbitrada em R$ 700,00.

Para fins de prequestionamento, observo que a solução da lide não passa necessariamente pela restante legislação invocada e não declinada. Equivale a dizer que se entende estar dando a adequada interpretação à legislação invocada pelas partes. Não se faz necessária a menção explícita de dispositivos, consoante entendimento consagrado no Eg. Superior Tribunal de Justiça, nem o Tribunal é órgão de consulta, que deva elaborar parecer sobre a implicação de cada dispositivo legal que a parte pretende mencionar na solução da lide, uma vez encontrada a fundamentação necessária.

Pelo exposto, **conhece-se** dos recursos; **dá-se provimento** ao apelo da Municipalidade e **nega-se provimento** ao dos autores. Deixo de arbitrar honorários sucumbenciais, na forma do artigo 85, parágrafo 11 do NCPC, porque a decisão foi publicada com data anterior a 18 de março de 2016 (Enunciado administrativo n.º 07 do STJ).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003124-97.2015.8.26.0411, da Comarca de Pacaembu, em que é apelante JOÃO

MARTINS SANCHES NETO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.552)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ LUIZ GERMANO (Presidente sem voto), J. M. RIBEIRO DE PAULA e EDSON FERREIRA.

São Paulo, 5 de setembro de 2016.

VENICIO SALLES, Relator

Ementa: Apelação – servidores públicos estaduais – oficiais operacionais (motoristas) lotados em Unidade do Sistema Penitenciário – recálculo do adicional por tempo de serviço (quinquênio) sobre os vencimentos integrais – base de cálculo constituída pela soma do salário padrão com as demais verbas não eventuais – artigos 129 da CE e 37, XIV, da CF – Uniformização de Jurisprudência – inclusão nesse cômputo das gratificações com caráter de reajuste salarial como "Reajuste Complementar", "Gratificação Executiva", "Adicional de Periculosidade" e "P.D.I. - Prêmio de Desempenho Individual" – inibida apenas a recíproca incidência de verbas de mesma natureza. Pedido julgado improcedente. Sentença reformada.

- Aplicação da lei nº 11.960/2009 nos termos da modulação temporal dos efeitos das ADIs 4.357 e 4.425 realizada pelo E. STF.

Recurso dos autores provido.

VOTO

Cuida-se de ação processada pelo rito ordinário, ajuizada por oficiais operacionais (motoristas), lotados em unidade do sistema penitenciário, em face da Fazenda do Estado de São Paulo, objetivando o recálculo do adicional por tempo de serviço (quinquênio) de maneira que incida sobre os seus vencimentos integrais, em especial sobre as seguintes as vantagens pecuniárias: ***"Reajuste Complementar", "Gratificação Executiva", "Adicional de Periculosidade", e "P.D.I. – Premio de Desempenho Individual"***; apostilando-se o direito e

Acesso ao Sumário

declarando o seu caráter alimentar, reclamando o recebimento das diferenças pretéritas daí decorrentes, ressalvadas as parcelas atingidas pela prescrição quinquenal, com atualização monetária e juros de mora.

O pedido foi julgado improcedente, nos termos do artigo 285-A do CPC/73 **(fls. 186/189).**

Apelaram os autores, pugnando pela inversão do *decisum*, julgando-se procedente o pedido inicial **(fls. 191/202).**

Decisão mantida pelo N. Magistrado sentenciante, recebendo o apelo em seu duplo efeito e determinando a citação da Fazenda do Estado de São Paulo **(fls. 203).**

Contrarrazões apresentada às **fls. 214/223.**

É o relatório.

É procedente a ação que objetiva o recálculo do adicional por tempo de serviço (quinquênio) tendo por base os vencimentos integrais dos autores segundo o conceito consolidado na jurisprudência desta Corte de Justiça de que eles sejam representados pela ***soma do salário padrão com as demais verbas remuneratórias, salvo as eventuais***, incluídas as gratificações que possuam caráter de reajuste salarial, inibida apenas a incidência recíproca de verbas de mesma natureza, conforme as minúcias e explicações a seguir.

Os ***adicionais temporais***, gênero do qual é espécie o quinquênio, devem ser calculados sobre os "vencimentos integrais", na forma prevista no artigo 129 da Carta Constitucional de São Paulo, de tal sorte a comporem as respectivas bases de cálculo todas as verbas incorporadas e efetivamente recebidas, com exclusão apenas daqueles marcados pela precariedade ou pela transitoriedade.

A expressão ***vencimentos integrais*** utilizada pelo artigo 129 da Constituição Paulista deve ser entendida como "*a soma do salário base ou padrão com as vantagens definitivamente incorporadas*". Esclarecedor, nesse sentido, é o voto prolatado na Apelação Cível nº 397.596-5/6, da lavra do ilustre Desembargador Demóstenes Braga:

> *"Surge, normalmente, muita confusão entre o significado de 'remuneração' e de 'vencimento', sendo esta a raiz do problema. 'Vencimento' é um conceito legal, definido em diversos textos (vide artigos 37, incisos XII, XIII e XV, e 39 da Carta Magna e o artigo 60 da Lei Complementar Estadual nº 180/78) como sendo a retribuição paga mensalmente ao funcionário pelo efetivo exercício do cargo, correspondente ao valor do padrão fixado em lei somado às vantagens definitivamente incorporadas nos cargos e aos empregos. Já 'remuneração' corresponde ao total de ganhos do servidor, englobando genericamente todos os títulos, tanto a remuneração básica ou principal, quanto à acessória, constituída pelas vantagens. A remuneração é uma retribuição composta de uma*

Acesso ao Sumário

parte fixa e de outra variável, dependente de variadas circunstâncias. Assim sendo, a soma do padrão com as vantagens incorporadas resulta nos 'vencimentos completos ou integrais', que não são tudo o que o servidor recebe, porque da soma destes vencimentos integrais com as demais verbas de caráter eventual, provisório, transitório, temporário ou variável, obtém-se a 'remuneração' em sua forma completa".

Todo e qualquer benefício pecuniário conferido aos servidores públicos somente pode ter como BASE DE CÁLCULO a ***parte fixa dos vencimentos***, que é composta pela soma do "*padrão e todas as demais verbas incorporadas a título permanente*", devendo ser excluídas deste cálculo apenas as verbas decorrentes de situações especiais de tempo, local ou forma de prestação de serviço, conhecidas como "eventuais".

Portanto, a base de cálculo dos adicionais por tempo de serviço são os ***vencimentos integrais***, que são "*a soma do padrão e das vantagens efetivamente recebidas, salvo as eventuais"*, definição que está pacificada neste Tribunal pelo asseverado no Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 193.485-1/6:

"Acordam os juízes da Turma Especial da Primeira Secção Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconhecer a existência da divergência, vencido o Des. Flávio Pinheiro, e, por votação unânime, responder afirmativamente à tese: ***'A sexta-parte deve incidir sobre todas as parcelas componentes dos vencimentos, entendendo-se por vencimentos integrais o padrão mais as vantagens adicionais efetivamente recebidas, salvo as eventuais'****"* (negritei).

A uniformização firmou o entendimento de que os adicionais por tempo de serviço incidem sobre os vencimentos integrais, independentemente do que constar na legislação infraconstitucional, pois prevalece a norma constitucional.

Enfatize-se que a orientação firmada naquele incidente de uniformização de jurisprudência não vulnera a função legislativa pelo Judiciário, pois nele ficaram assentadas a interpretação do artigo 129 da Constituição Estadual e a sua aplicação. Deste modo, não há que se falar em transgressão aos princípios da legalidade e da separação de poderes, artigos 5º, inciso II, e 2º da Constituição Federal, e tampouco ao artigo 115, XIV, da Constituição Paulista ou, ainda, ao artigo 37, XIV, da Carta Magna.

Sobre as verbas percebidas pelos servidores públicos, cumpre observar que muitas delas, na verdade, são "reajustes salariais" sobre diversos títulos, que não podem ser interpretados como "acréscimos pecuniários" referidos no artigo 37, XIV, da Constituição Federal, sob a redação da Emenda Constitucional nº 19 de 1998.

Certas ***gratificações*** são dadas a todos os servidores, sem distinção ou sem o condicionamento a eventuais tarefas insalubres, perigosas, desgastantes

Acesso ao Sumário

ou prestadas em locais remotos, onde nada foi exigido dos servidores como pressuposto ou requisito deflagrador da benesse. Se todos recebem, tal circunstância confere à gratificação um caráter jurídico de reajuste, efetuado de forma escamoteada, mediante a utilização de valor fixo e não por percentual. A utilização desse expediente mascara os vencimentos dos servidores públicos, objetivando, de algum modo, reduzir os gastos públicos. Por esses motivos, tais gratificações devem ser computadas como verbas componentes da base de cálculo do quinquênio.

No que diz respeito ao "***Reajuste Complementar***", inarredável a conclusão de verba cuja natureza é de caráter geral, visto que alcança, indiscriminadamente, todos os funcionários, sendo passível, portanto, sua incorporação, incluindo-se na base de cálculo do adicional por tempo de serviço - ATS.

De igual modo a "***Gratificação Executiva***", sendo despiciendo maiores considerações sobre o tema, posto que este E. Tribunal já sedimentou entendimento, *in verbis:*

"ENUNCIADO Nº 35 - A GRATIFICAÇÃO EXECUTIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 797/1995 TEM CARÁTER GENÉRICO".

O "***Adicional de Insalubridade***", por sua vez, também segue igual lógica, pois uma vez comprovado a sua concessão a toda a categoria, como a dos Agentes de Segurança Penitenciária, poderá ser entendido como incorporável, o que equivale a dizer, que poderá integrar a base de cálculo do adicional quinquenal.

Por fim, quanto ao "***Prêmio de Desempenho Individual PDI***", tem-se que a referida gratificação foi instituída pela Lei Complementar Estadual nº 1.158, de 02 de dezembro de 2011, devendo ser incluída na base de cálculo do adicional por tempo de serviço, posto que, assim preceitua o parágrafo único do artigo 8º ***"(...) sobre ele incidirão os descontos previdenciários e de assistência médica.".*** Assim, a previsão legal de incidência de descontos previdenciários implica, por óbvio, incorporação da aludida verba aos vencimentos, portanto, deve ser considerada para fins de base de cálculo para adicional de tempo de serviço.

Acesso ao Sumário

Verifica-se, portanto, que as pretensas **"gratificações"** foram conferidas indistintamente a todos os servidores integrantes desta carreira, sem distinção ou sem o condicionamento a eventuais tarefas insalubres, perigosas, desgastantes ou prestadas em locais remotos entre uns e outros agentes. Nada foi exigido dos servidores como pressuposto ou requisito deflagrador dessas benesses. Todos recebem tais vantagens, o que confere às pretensas "gratificação" o caráter jurídico de REAJUSTE, dado de forma escamoteada mediante a utilização de valor fixo e não por percentual.

Registre-se: A vedação constitucional (artigo 37, XIV, da Lei Maior) inibe a cumulação entre benefícios. Na prática, a ordem constitucional impede a

recíproca incidência entre as verbas de mesma natureza.

Sendo assim, de **rigor a reforma da r. sentença** para reconhecer o direito dos autores de perceberem o adicional temporal (quinquênio) recalculado com incidência sobre os seus ***vencimentos integrais***, entendendo-se como tal a soma do padrão e das verbas efetivamente pagas, como o: ***"Reajuste complementar", "Gratificação Executiva", "Adicional de Periculosidade" e "PDI – Prêmio de Desempenho Individual***"; salvo as eventuais, esclarecendo que ***"verbas eventuais"*** são aquelas pagas a título precário, temporário ou condicional. Ante a inversão do julgado, condenação da requerida ao pagamento de honorários advocatício fixados, nesta 2ª instância, em 20% sobre o valor atribuído à causa, montante que se revela compatível com a complexidade da demanda e o trabalho desenvolvido pelo nobre patrono do autor.

Outrossim, ***são devidas as parcelas de diferenças pretéritas*** não prejudicadas pela prescrição quinquenal.

No que toca à aplicação dos consectários legais, em especial no que diz respeito à celeuma que permeia a aplicação da Lei nº 11.960/09, necessário tecer considerações.

A EC nº 62/2009 foi atacada por demandas motivadas pela OAB, que declararam a inconstitucionalidade da fórmula de correção monetária dos débitos fazendários.

A mais alta Corte de Justiça ampliou o espectro da decisão, atingindo por arrastamento a Lei Federal nº 11.960/2009, que carregava o mesmo conteúdo relativamente à correção monetária da Emenda Constitucional considerada.

Por uma absoluta obviedade, a correção monetária com base em índice impróprio decorrente da Taxa Referencial foi declarada inconstitucional.

Esta decisão, que ainda não foi digerida satisfatoriamente pelos operadores do direito, traz entendimento, em que pese absurdo, de que a inconstitucionalidade da Lei nº 11.960/2009 diz respeito apenas aos créditos representados por precatórios, pelo simples fato de que o foco do pedido de inconstitucionalidade havia sido a EC nº 62/2009 que, precipuamente alude a precatórios.

Declarar uma norma inconstitucional é eliminar a regra imperfeita do ordenamento jurídico. Contudo, o STF tem se manifestado em sentido contrário, entendendo que a "declaração" deve respeitar os limites do pedido da ação levada à mais alta Corte de Justiça.

Sendo assim, seguindo a trilha interpretativa da mais alta Corte de Justiça do país, mesmo contrária as minhas convicções pessoais, reconheço a inconstitucionalidade da Lei 11.960/2009 na indicação do fator correcional do crédito formalizado em precatório.

Os créditos ainda em processamento, dimensionados em decisão judicial

Acesso ao Sumário

ou liquidados posteriormente, devem observar o comando da Lei nº 11.960, a partir de 30 de julho de 2009. Anote-se que o débito tem caráter alimentar para todos os fins legais.

Para os devidos fins de direito, consideram-se prequestionados os dispositivos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso dos autores.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9001388-93.2007.8.26.0014, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado SUELY DAMAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., em conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.086)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BURZA NETO (Presidente sem voto), LEONEL COSTA e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 13 de setembro de 2016.

MOREIRA DE CARVALHO, Relator

Ementa: "EXECUÇÃO FISCAL – Reposição de vencimentos recebidos a maior – Inscrição na dívida ativa – Impossibilidade – Crédito incerto – Inexistência de processo administrativo ou ação de conhecimento em que seja garantido o contraditório e a ampla defesa para a formação de título executivo – Sentença de extinção mantida – Recurso desprovido."

Acesso ao Sumário

VOTO

EXECUÇÃO FISCAL promovida pela **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO** em face de **SUELY DAMAS**, objetivando a reposição de vencimentos recebidos a maior pelo servidor.

A r. sentença de fls. 36/37 julgou extinta a execução por ausência de liquidez, certeza e exigibilidade do título exequendo e reconheceu a nulidade da CDA.

Apela a Fazenda Pública, buscando a reforma da r. sentença para que seja

dada continuidade à execução (fls. 40/43).

Não foram apresentadas contrarrazões.

Vieram os autos para julgamento.

RELATEI.

Consta da cópia da certidão de dívida ativa juntada às fls. 3, que a inscrição refere-se a débito decorrente de *reposição de vencimentos recebidos a maior pelo devedor*.

No que se refere à possibilidade de inscrição na dívida ativa de crédito de natureza não tributária, esta se encontra prevista na Lei de Execuções Fiscais (nº 6.830/80):

> *Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.*

A Lei Federal nº. 4.320/64, por sua vez, esclarece a respeito da natureza dos créditos da Fazenda Pública, o quanto segue:

> *Art. 39. Os créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, serão escriturados como receita do exercício em que forem arrecadados, nas respectivas rubricas orçamentárias. (Redação dada pelo Decreto Lei nº 1.735, de 20.12.1979)*
>
> *§ 1º - Os créditos de que trata este artigo, exigíveis pelo transcurso do prazo para pagamento, serão inscritos, na forma da legislação própria, como Dívida Ativa, em registro próprio, **após apurada a sua liquidez e certeza**, e a respectiva receita será escriturada a esse título. (Incluído pelo Decreto Lei nº 1.735, de 20.12.1979)*
>
> *§ 2º - Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e **Dívida Ativa não Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública**, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, alugueis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, **reposições**, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais. (Incluído pelo Decreto Lei nº 1.735, de 20.12.1979)*

Ou seja, a reposição de vencimentos indevidamente pagos possui expressa previsão na Lei nº 4.320/64 e tem lugar quando o próprio funcionário é obrigado a repor o prejuízo à Administração Pública, conforme previsto na Lei nº 10.261,

Acesso ao Sumário

de 28 de outubro de 1968 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado), em seu art. 247:

> *nos casos de indenização à Fazenda Estadual, **o funcionário será obrigado a repor**, de uma só vez, a importância do prejuízo causado em virtude de alcance, desfalque, remissão ou omissão em efetuar recolhimento ou entrada nos prazos legais.*

Assim como consigna o Decreto-Lei 42.850/63:

> *Artigo 338 - Ressalvados os casos expressamente previstos na "C.L.F." as importâncias percebidas ilegal ou indevidamente por servidores do Estado ou as que resultarem de prejuízos por eles causados à Fazenda Pública, **devidamente apuradas**, serão repostas, mediante desconto no respectivo vencimento, remuneração ou salário, na seguinte conformidade:*
>
> *(...)*
>
> *§ 3.º - Não caberá desconto parcelado quando o servidor pedir exoneração ou dispensa, bem como nos casos de demissão, simples ou agravada e exoneração ou dispensa a critério da Administração.*

Nota-se que neste caso de reposição de vencimentos pagos a maior ao servidor, a Administração, dentro das prerrogativas que lhe são conferidas, pode promover a inscrição da dívida, desde que o montante seja líquido, certo e exigível, mediante apuração através de procedimento administrativo ou ação de conhecimento.

Nesse sentido:

> *APELAÇÃO - EXECUÇÃO FISCAL - DÍVIDA ATIVA NÃO-TRIBUTÁRIA - REPOSIÇÃO DE VENCIMENTOS - Pretensão inicial voltada à reposição de vencimentos percebidos por servidora em montante maior ao efetivamente devido - Inscrição do débito em dívida ativa após regular procedimento administrativo - Impossibilidade de cobrança via execução- Ausência de demonstração da má-fé da servidora no recebimento de valores pagos a maior pela Administração - Necessidade de prévio processo de conhecimento ou, ao menos, da juntada do processo administrativo em que apurada a diferença e constatado o elemento subjetivo (má-fé) - Inteligência do artigo 247 da Lei Estadual nº 10.268/68 - Inadequação da via eleita - Precedentes - Sentença extintiva da execução mantida - Recurso da Fazenda Pública desprovido. (*TJSP, 4ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Paulo Barcellos Gatti, Apelação nº 9000426-65.2010.8.26.0014, j. 06/06/2016).
>
> *"EXECUÇÃO FISCAL. Crédito não tributário. Reposição de vencimentos pagos a maior à servidora pública, após sua morte. Extinção. Inadequação da via processual eleita. Impossibilidade de aferir boa ou má-fé na conduta da servidora. Necessidade de prévio processo de conhecimento*

Acesso ao Sumário

ou, quando menos, da juntada do processo administrativo em que apurada a diferença. Título executivo que não goza de liquidez, certeza e exigibilidade. Sentença de extinção da execução. Neguei seguimento aos recursos oficial e da Fazenda. Agravo interno desprovido." (Apelação nº 9001725-14.2009.8.26.0014, Rel. Des. Torres de Carvalho, 10ª Câmara de Direito Público do TJSP, j. 16.03.2015).

Ademais, não basta, porém, o processo administrativo meramente formal; é preciso efetiva observância do devido processo legal (Apelação nº 0001562-63.2010.8.26.0238, Rel. Des. Carlos Eduardo Pachi).

No entanto, no presente caso, inexiste nos autos comprovação de existência de prévio procedimento administrativo ou judicial, a fim de tornar o débito líquido, certo e exigível, bem como, para apurar a má-fé do servidor, sendo, portanto, nula a CDA.

Assim, a sentença merece ser integralmente mantida.

Ocorrendo isto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO**, nos termos supramencionados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1038303-82.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CARLOS WEIS, são apelados 2º SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO e 3º SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a preliminar levantada nas contrarrazões e negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o Dr. José Jerônimo de Lima.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.409)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EVARISTO DOS SANTOS (Presidente) e LEME DE CAMPOS.

São Paulo, 5 de setembro de 2016.

REINALDO MILUZZI, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Preliminar de falta de interesse de agir – Recurso administrativo manejado com o mesmo intuito de obter o reconhecimento da ilegalidade do ato

Acesso ao Sumário

impugnado – Recurso recebido sem efeito suspensivo – Cabimento da ação – A restrição estabelecida no art. 5º, I, da Lei 12.016/2009 é aplicável apenas contra ato de autoridade que comporte recurso administrativo com efeito suspensivo – Preliminar rejeitada.

MANDADO DE SEGURANÇA – Defensor Público lotado na Unidade das Execuções Criminais da Regional da Capital – Ampliação de suas atribuições por ato conjunto dos 2º Subdefensor Público-Geral e 3º Subdefensor Público-Geral do Estado de São Paulo – Alegação de invalidade por incompetência absoluta; de impossibilidade de delegação da competência; de violação ao dever funcional dos membros da Defensoria Pública de residir em Município em que exercem suas funções e à garantia constitucional e legal da inamovibilidade – Não ocorrência – Ato impugnado que se insere no rol das atribuições das autoridades impetradas, às quais compete administrar, coordenar e orientar a atuação das Defensorias Públicas situadas na Capital e no Interior – Vício que, se existente, foi convalidado pelo Conselho Superior da Defensoria Pública, que indeferiu o efeito suspensivo do ato em Representação formulada por Defensores Públicos com o mesmo fim pretendido nesta ação – Possibilidade, outrossim, de convalidação de ato administrativo que padece dos vícios de competência e de forma – Prevalência do princípio do interesse público – Impetrante que se mantém onde estava lotado e tem residência no mesmo Município em que exerce suas funções – Legalidade do ato reconhecida – Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato dos 2º e 3º Subdefensores Público-Gerais do Estado de São Paulo que resultou em aumento de suas atividades.

A r. sentença de fls. 363/368 julgou-a improcedente e denegou a segurança.

Recorreu o impetrante buscando a inversão do resultado, porque o ato, que alega ter sido ilegal, impôs-lhe, e aos demais Defensores lotados na Unidade de

Execuções Criminais da Capital, a atuação em processos de execução criminal eletrônicos, relativos aos sentenciados presos no Centro de Reabilitação Penitenciária de Presidente Bernardes, na Penitenciária de Presidente Venceslau – Unidades I e II, e na Penitenciária de Reginópolis – Unidades I e II, que tramitam, respectivamente, perante as Unidades Regionais de Presidente Prudente e de Bauru do DEECRIM – Departamento Estadual de Execução Criminal.

Alega, em síntese, que há vícios formais e materiais do ato. Aqueles acarretam sua invalidade por incompetência absoluta das autoridades coatoras, pois apenas o Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de São Paulo pode expedir atos normativos que modifiquem as atribuições dos Defensores Públicos. Sustenta também que não é possível a delegação de competência de alteração das atribuições, porque exige expressa autorização legal, sob pena de subversão do sistema jurídico brasileiro, que, no âmbito do Direito Administrativo, calca-se no princípio da legalidade (art. 37, "caput", da CF). Estes (os materiais) dizem respeito à violação do dever funcional de todo Defensor Público residir no Município em que exerce suas funções e à afronta à garantia constitucional da inamovibilidade.

Recurso tempestivo e respondido. O Ministério Público declinou de oficiar nesta ação, conforme parecer juntado a fls. 338/339.

FUNDAMENTOS

Bem rejeitada a preliminar de falta de interesse de agir, ratificada nas contrarrazões.

A restrição estabelecida no art. 5º, I, da Lei 12.016/2009 é aplicável apenas contra o ato de autoridade que comporte recurso administrativo com efeito suspensivo, porquanto os efeitos do ato já estão sobrestados, o que não ocorre no presente caso em que o ato impugnado está em plena vigência.

No mérito, o recurso não comporta guarida, pois a r. sentença, que não ostenta os defeitos a que se referiu o apelante, bem apreciou as questões levantadas e deu correta solução à presente ação mandamental.

Pelo que se infere das consideranda do ato atacado, ele se insere no rol das atribuições das autoridades impetradas, às quais compete, na forma dos artigos 23 e 25 da Lei Complementar Estadual 988/2006 e 5º e 6º, VII, o Ato Normativo DPG 80/2014, administrar, coordenar e orientar a atuação das Defensorias Públicas situadas na Capital e em sua Região Metropolitana e no Interior da Estado, podendo editar, quanto às suas atribuições, atos decorrentes da autonomia administrativa, como o fez.

Impende também considerar que o órgão normativo da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, ao editar a Deliberação CSDP nº 143/2009 e ao decidir o processo CSDP 356/2012, definiu que a atribuição dos Defensores

Acesso ao Sumário

Públicos da Unidade de Execuções Criminais da Capital engloba os processos de execução relativos às pessoas presas no Centro de Reabilitação Penitenciária de Presidente Bernardes, na Penitenciária de Presidente Venceslau, Unidades I e II e na Penitenciária de Reginópolis, Unidades I e II.

Por conseguinte, as Subdefensorias Públicas apenas organizam e orientam a atuação administrativa das Defensorias envolvidas, com o intuito de manter a regularidade do serviço prestado.

Saliente-se ainda que a atuação nos processos relativos aos presos do interior pela Unidade de Execuções da Capital se dá há vários anos, como também as pessoas presas tiveram seus processos julgados perante a Vara de Execução Criminal da Capital, consoante os Provimentos do Conselho Superior da Magistratura nºs 1.227/06; 1.125/06; 823/03; 1.389/07; 1.552/08; 1.648/09; 897/04; 931/05; 1.074/05; 1.157/06; 1.624/09, dentre outros.

Daí a conclusão de que o ato atacado não se reveste de ilegalidade por vício de competência.

E mesmo que se admita que a competência para o ato seja exclusiva do Conselho Superior da Defensoria Pública, foi ele convalidado.

É que, consoante decisão na Representação formulada por Defensores Públicos, dentre eles o impetrante, com pedido de liminar para suspensão dos efeitos do ato, dada sua alegada ilegalidade, com argumentos similares aos postos nesta ação, o Conselho negou o efeito suspensivo, convalidando o ato, pelo menos até o julgando final.

Conforme transcrição de ensinamentos doutrinários e precedente da jurisprudência transcritos nas informações, e posteriormente nas contrarrazões, são convalidáveis os atos que tenham vício de competência e forma, como se deu na hipótese, como visto.

Ensina José dos Santos Carvalho Filho (Manual de Direito Administrativo, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 23ª ed., 2ª tiragem, Janeiro de 2010, pág. 175) que: "*Haverá limitação, ainda, quando as consequências jurídicas do ato gerarem tal consolidação fática que a manutenção do ato atenderá mais ao interesse público do que a invalidação.* ***'Com base em tais atos certas situações terão sido instauradas e na dinâmica da realidade podem converter-se em situações merecedoras de proteção, seja porque encontrarão em seu apoio alguma regra específica, seja porque estarão abrigadas por algum princípio de Direito'****. Essas singulares situações é que constituem o que alguns autores denominam de* ***'teoria do fato consumado'*** *dentro do Direito Administrativo.*

Nesses casos, é de se considerar o surgimento de inafastável barreira ao dever de invalidar da Administração, certo que o exercício desse dever provocaria agravos maiores ao Direito do que aceitar a subsistência do ato e de seus efeitos na ordem jurídica. Nota-se, por conseguinte, a prevalência

do princípio do interesse público sobre o da legalidade estrita". (destaque do original, com transcrição de doutrina e jurisprudência).

A Defensoria Pública presta serviço relevante, que não pode sofrer solução de continuidade.

Está em pleno desenvolvimento e há uma preocupação da Instituição voltada ao aprimoramento de suas atividades, para alcançar a "profissionalização do planejamento institucional", como ficou anotado na Memória da Reunião de 23 de abril de 2013, da Execução Criminal (fls. 246/249), tendo como uma de suas metas "a parametrização da atuação dos Defensores, para que a instituição cresça de forma adequada e sustentável, reafirmando sua atuação estratégica".

Assim, é possível que o atual estado de coisas possa ser alterado, inclusive pelo julgamento da Representação acima referida, que foi convertido em diligência, conforme certidão de fls. 175.

De qualquer forma, é até recomendável a prevalência do princípio do interesse público, ínsito no ato fustigado, para que sejam evitados agravos maiores à prestação dos relevantes serviços pela Instituição como um todo, adotada a lição doutrinária supra reproduzida.

Por fim, tenho que inexistentes os vícios materiais.

Não vislumbro afronta aos artigos 134, § 1º, da Constituição Federal, aos artigos 34, 118 e 129, I, da Lei Complementar Federal 80/94 e artigos 160, II e 164, XII, da Lei Complementar Estadual 988/2006.

Como anotou o MM. Juiz na r. sentença recorrida, a garantia da inamovibilidade impede a remoção do Defensor Público de um local para o outro, ou de uma Defensoria para outra, sem seu consentimento.

O impetrante foi mantido onde estava lotado e no mesmo cargo, assim como não ocorreu violação à regra da obrigatoriedade de residência no mesmo domicílio em que labora, ou, na expressão da lei, "exerce suas funções". O apelante exerce suas funções na Comarca da Capital, onde deve residir.

Desta maneira, não obstante os judiciosos argumentos postos nas razões recursais, deve ser mantida a denegação da ordem.

Ante o exposto, pelo meu voto, **rejeito a preliminar levantada nas contrarrazões e nego provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0012588-36.2010.8.26.0019, da Comarca de Americana, em que são apelantes/apelados VALMIR APARECIDO DE OLIVEIRA, LUIZ VALENTIM MARCHI e

Acesso ao Sumário

DIEGO DE NADAI, é apelado PAULO SERGIO VIEIRA NEVES e Apelado/Apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso adesivo, negaram provimento ao apelo dos demandantes Luiz e Valmir e deram provimento ao recurso do Ministério Público. V.U. Sustentou oralmente o Dr. André Marchi Campos em favor de Luiz Valentim Marchi.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.859)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente) e MAGALHÃES COELHO.

São Paulo, 3 de outubro de 2016.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – NEPOTISMO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Nomeação de cunhados de vereadores para exercer cargos em comissão na Prefeitura Municipal – Conduta que se amolda ao prescrito no verbete da Súmula Vinculante nº 13 – Comprovação de que a conduta dos demandados se desviou do interesse público – Flagrante situação que aponta nítida circunstância caracterizadora de ajuste para burlar as restrições ao nepotismo – Configurado o ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11 da Lei nº 8.429/92 – Violação dos princípios da Administração previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal – Caracterização do ato de improbidade em relação aos demandados vereadores, Paulo Sergio Vieira Neves e Reinaldo Chiconi, vez que concorreram para o ato (art. 3º da Lei 8.429/92) – Recurso adesivo que não preenche os requisitos de admissibilidade. Recurso adesivo não conhecido. Apelação dos demandados Luiz e Valmir improvida, provido o recurso do Ministério Público.

Acesso ao Sumário

VOTO

Valmir Aparecido de Oliveira, inconformado com a r. sentença que julgou parcialmente procedente a ação (fls. 1510/1524), interpôs recurso de apelação.

Alega que não ficou comprovado que o apelante mantém cônjuge ou parente investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento no âmbito da mesma pessoa jurídica que o nomeou. Aduz que não possui competência

para nomear servidores, quer no âmbito do Poder Legislativo, quer no Poder Executivo. Afasta a incidência da Súmula Vinculante nº 13. Esclarece que, para configurar o nepotismo cruzado, é necessária a nomeação de parentes, mediante reciprocidade, bem como a caracterização de ajuste de conduta. Conclui que não houve designações recíprocas. Assere que a alegação de que a nomeação representaria "moeda de troca" não se sustenta em face do arquivamento, por falta de provas, de inquérito civil. Conceitua agente político, esclarecendo que não se aplica a Súmula Vinculante nº 13 a tais agentes. Argui afronta ao art. 2º da Constituição Federal. Sustenta que, para a tipificação da conduta ilícita do agente público, é exigível a má-fé, com obtenção de alguma vantagem ilícita. Cita doutrina e julgados favoráveis (fls. 1537/1547).

Luiz Valentim Marchi também apelou. Alega que é funcionário público concursado. Aduz que não possui qualquer grau de parentesco com a autoridade nomeante. Afirma que atualmente o seu cunhado – vereador Reinaldo Chiconi –, não mais exerce o mandato. Sustenta que o fato de ter exercido o cargo de Agente Vetor o qualificou para o exercício de Chefe da Administração Regional. Assere que não houve "moeda de troca". Argumenta que a Súmula Vinculante nº 13 veda a contratação no âmbito da mesma pessoa jurídica, o que não ocorreu no presente caso. Argui violação ao princípio da separação dos poderes. Assevera que o nepotismo cruzado somente ocorre em condição de reciprocidade. Salienta que o seu cunhado não é autoridade nomeante. Diz que a jurisprudência firmou entendimento de não ocorrência de nepotismo no caso de nomeação a cargo político. Cita doutrina e jurisprudência favoráveis à sua tese. Daí, pretender a modificação do julgado (fls. 1555/1568).

O Ministério Público também recorreu. Volta-se apenas contra a improcedência da ação em relação aos corréus Paulo Sérgio Vieira e Reginaldo Chiconi. Afirma que a nomeação dos cunhados dos vereadores configura o nepotismo direto e afronta a Súmula Vinculante nº 13. Alega que a discussão não se trata de reciprocidade de nomeações entre agentes políticos, mas de troca de apoio dos referidos vereadores à base governista. Sustenta que as disposições do art. 3º da Lei 8429/92 são aplicáveis ao agente público. Diz que a prova testemunhal comprova a troca de apoio dos vereadores aos projetos do Prefeito. Diz que não há necessidade de se comprovar a reciprocidade de favores para configurar o nepotismo, bastando a mera conduta do agente. Cita doutrina e julgados favoráveis. Daí, pretender a reforma da r. sentença (fls. 1686/1701).

Diego de Nadai recorre de forma adesiva. Alega a necessidade de comprovação de vantagem ilícita para configurar o ato de improbidade administrativa. Afirma que não houve comprovação de prejuízos ao Poder Público. Aduz que não ocorreu reciprocidade das nomeações. Diz que os vereadores não possuíam poderes para nomear servidores para cargos em comissão. Assere que os depoimentos esclarecem que as nomeações decorreram

Acesso ao Sumário

da proximidade profissional, e não de indicação ou de trocas de favores com os membros do Poder Legislativo. Sustenta que o apoio à aprovação de projetos de leis do vereador Paulo Sergio se deve à fidelidade partidária, já que compõe a base governista. Argumenta que o vereador Reinaldo Chiconi sempre adotou postura independente. Discorre sobre os atos administrativos. Conclui que não há qualquer vício a ensejar a nulidade das nomeações. Subsidiariamente, requer a redução da pena. Cita doutrina favorável à sua tese. Daí, requerer a modificação do julgado (fls. 1708/1731).

Com as contrarrazões (fls.: 1737/1740, 1743/1755 e 1760/1769, 1780/1782), subiram os autos.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento do recuso adesivo, pelo provimento do recurso interposto pelo Ministério Público e pelo improvimento dos recursos dos corréus Luiz Valentim Marchi e Valmir Aparecido de Oliveira (fls.: 1791/1823).

É o relatório.

Trata-se de ação civil pública por meio da qual o Ministério Público imputa aos corréus Diego de Nadai, na condição de Prefeito Municipal de Americana, Paulo Sergio Vieira Neves e Reinaldo Chiconi, Vereadores Municipais, Valmir Aparecido de Oliveira e Luiz Valentim Marchi, Administradores Regionais e ao Município de Americana ato de improbidade administrativa decorrente da nomeação pelo Prefeito Municipal de parentes dos vereadores para Chefe de Administração Regional.

Objetiva o Ministério Público a decretação de "nulidade das nomeações dos requeridos VALMIR APARECIDO DE OLIVEIRA e LUIZ VALENTIN MARCHI, o ressarcimento integral dos valores recebidos ou acrescidos aos vencimentos em razão das nomeações em cargos em comissão; bem como o ressarcimento integral do dano; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos de 3 (três) e 5 (cinco) anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente público e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos; a condenação de DIEGO DE NADAI, PAULO SERGIO VIEIRA NEVES e REINALDO CHICONI ao ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 3 (três) e 5 (cinco) anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente público e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos; a PREFEITURA MUNICIPAL DE AMERICANA de proibir o provimento de cargos em comissão no âmbito

Acesso ao Sumário

da administração direta ou indireta ou fundacional de cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, do Prefeito Municipal, do Vice-Prefeito Municipal, dos Secretários Municipais e dos Vereadores da Câmara Municipal de Americana, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R$ 1.000,00 (um mil reais), revertida para o Fundo de que trata o artigo 13 da Lei nº 7.347/85, na hipótese de descumprimento, bem como a demitir, imediatamente, servidor público que se enquadre na hipótese da alínea anterior, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R$ 1.000,00 (um mil reais), revertida para o Fundo de que trata o artigo 13 da Lei 7.347/85 (fls. 02/38).

O MM. Juiz da causa julgou extinta a ação em relação ao Município de Americana, sem resolução de mérito, "por falta de interesse processual, com fundamento no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil. Sem imposição de ônus de sucumbência ao autor, com fundamento no artigo 18, da Lei 7.347/1985, condenando o Município por "litigância de má-fé a pagar a multa de 1% e a indenização de 20%, ambas calculadas sobre o valor atribuído à causa, com fundamento no artigo 17, inciso II, e 18, *caput,* e § 2º, ambos do Código de Processo Civil"; julgou improcedente a ação em relação aos réus PAULO SÉRGIO VIEIRA NEVES e REINALDO CHICONI, sob o fundamento de que "não participaram formalmente do ato de nomeação e, por outro lado, apesar dos indícios, não se pode inferir do conjunto probatório tenham eles concorrido para a prática do nepotismo, mesmo porque a incursão no campo subjetivo de suas motivações, sobretudo no que se refere à alegação de 'moeda de troca' consistente no apoio ao Executivo da Câmara, haveria possibilidade de apoio ao Governo local e questionamento das votações individuais no exercício da vereança. Garantidas pelas prerrogativas constitucionais próprias dos parlamentares. Ademais, como se trata de imputação de nepotismo direto e não de cruzado, - conforme a causa de pedir contida na petição inicial e reafirmada pelo autor na réplica, - não se pode atribuir aos dois réus vereadores responsabilidade por ato exclusivo do Prefeito Municipal" e, por fim, julgou "parcialmente procedente a ação em relação aos demais réus, para: c.1) declarar a nulidade das nomeações dos réus VALMIR APARECIDO DE OLIVEIRA e LUIZ VALENTIM MARCHI ao cargo em comissão de Administrador Regional e cessação do exercício a partir do trânsito em julgado desta decisão; (c.2) condenar o réu DIEGO DE NADAI a (c.2.1) pagar multa civil equivalente 50 (cinquenta) vezes sua remuneração mensal e à (c.2.2) proibição de 'de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos'; e (c.3) condenar os réus VALMIR APARECIDO DE OLIVEIRA e LUIZ VALENTIM MARCHI a pagarem (c.3.1) multa civil individual equivalente a de 05 (cinco) vezes à remuneração percebida

Acesso ao Sumário

pelo cargo em comissão de Administrador Regional do Município, e à (c.3.2) proibição "de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos ficais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos" (fls. 1510/1524).

De início, não se conhece do recurso adesivo apresentado pelo corréu Diego de Nadai, porque não preenchidos os requisitos de admissibilidade.

Como é cediço, "quando houver sucumbência recíproca, é possível ao recorrido que se conformara com a decisão, assim que intimado para apresentar contrarrazões ao recurso da parte contrária, interpor recurso adesivo" (Nelson Nery Júnior; Rosa Maria de Andrade Nery. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2017), sendo certo que "legitima-se a interpor recurso subordinado a pessoa que figurar como recorrida no recurso independente. Só tal pessoa sofrerá as consequências do provimento do recurso principal, e, consequentemente, pode a ele se contrapor" (ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. São Paulo: RT, 2007, p. 60).

À evidência, a ausência de interposição de recurso de apelação contra o corréu Diego de Nadai desautoriza a propositura de recurso adesivo e caracteriza nítida feição de contornar a perda do prazo do recurso autônomo.

No mérito, segundo consta dos autos, Valmir Aparecido de Oliveira, cunhado do vereado Paulo Sergio Vieira Neves, foi nomeado ao cargo de Chefe de Administração Regional do bairro Zanaga, em 09.03.202010, pelo então prefeito Diego de Nadai (fls. 61). Do mesmo modo, o prefeito nomeou, em 01.10.2009, Luiz Valentim Marchi, cunhado do vereador Reinaldo Chiconi, ao cargo de Chefe de Administração Regional do bairro São Luiz (fls. 145) em troca de apoio à base governista da Câmara Municipal.

A lesividade dos atos decorre do fato de a contratação de parentes de ocupantes de mandatos eletivos evidenciar flagrante violação à moralidade administrativa, princípio insculpido no artigo 37 da Constituição Federal que deve nortear toda atividade da Administração Pública.

De fato, "os princípios refletem um posicionamento ideológico do Estado e da Nação frente aos diversos valores da humanidade. Bem por isso, a administração pública, na gestão do Estado, na condução das políticas públicas e em suas relações com os administrados, não pode ignorá-los; antes, ao contrário, está a eles vinculada, mesmo nas hipóteses de atuação discricionária. Toda a atividade administrativa se desenvolve debaixo do ordenamento jurídico que dela exige o cumprimento de certos requisitos formais e outros, ainda, materiais. Não basta que a atividade respeite a regra de competência e se dê pelo devido processo legal formal. É preciso mais do que isso, é preciso que o ato emanado, ainda que de natureza discricionária, esteja em harmonia com os fins e os valores do ordenamento jurídico." (Paulo Magalhães da Costa Coelho. Controle

Acesso ao Sumário

jurisdicional da administração pública. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 50).

Com efeito, determina o princípio da moralidade que "o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto." (José dos Santos Carvalho Filho. Manual de direito administrativo. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 18).

Contratações envolvendo parentes de detentores de cargos eletivos constituem evidente hipótese de violação ao princípio da moralidade, além de ofender aos princípios da impessoalidade, da igualdade e da eficiência.

Nos últimos tempos, intensificou-se a preocupação da coletividade em geral com as ações dos agentes públicos que envolvam parentes ou conhecidos. Isto ocorre porque estes atos levam ao dispêndio de dinheiro público, que deve ser aplicado da forma mais consentânea possível com o interesse público na prestação eficiente da atividade administrativa, sem que haja desperdícios.

Neste sentido, foi editada a Súmula vinculante nº 13, segundo a qual "a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, ofende a Constituição Federal."

Releva notar, neste passo, que a Súmula Vinculante nº 13 não esgota todas as situações ofensivas aos princípios constitucionais, de modo que o ponto central para a caracterização da prática de nepotismo funda-se na intenção de satisfação de interesse pessoal ou familiar com a nomeação de parentes a cargo comissionado, desviando-se do interesse público.

De qualquer maneira, a prática de nepotismo está intimamente relacionada com princípios constitucionais norteadores da Administração Pública e, ainda que a conduta do agente não se moldure ao verbete da súmula, a violação a tais princípios configura o ato de improbidade administrativa.

No caso dos autos, embora os nomeados a cargo em comissão não possuam vínculo de parentescos com a autoridade nomeante, o tem com os vereadores do Município.

Acrescente-se que o conjunto probatório evidencia que o Prefeito Municipal Diego de Nadai, valendo-se do cargo que ocupa, concedeu nomeações como benefícios pessoais aos vereadores Paulo Sérgio Viera e Reinaldo Chiconi em troca de apoio na base governista da Câmara Municipal.

Conforme depoimento da testemunha Aline Macário, o vereador Reinaldo

Acesso ao Sumário

Chiconi confirmou que "fazia indicação ou tinha liberdade de indicar para o Prefeito alguém para ocupar cargo de Administrador Regional", de modo que foi enfática ao informar que "negociou com o Prefeito Diego de Nadai a indicação de seu cunhado Luiz Valentim Marchi para o cargo em troca de apoio político na Câmara Municipal de Americana" (fls. 1404).

Anderson Barbosa da Silva, ouvido na condição de informante, "disse que o vereador Paulo Chocolate 'ganhou' do Prefeito a Regional do bairro Zanaga e, pouco depois, conseguiu a nomeação pelo Prefeito do seu cunhado Valmir Aparecido de Oliveira " (...) "importante revelação se fez, por meio de sua informação, é que até ser nomeado o cunhado, o Vereador Paulo Chocolate não havia definido qual a posição política no Parlamento. Disse que, posteriormente à tomada de posição na Câmara Municipal em favor do Prefeito, seu cunhado foi nomeado" (fls. 1767).

Com efeito, ainda que não tenha havido equivalência de favores (nomeação de parente de prefeito em cargo comissionado no Poder Legislativo), não pode passar despercebido que o intuito das nomeações desvirtuou-se do interesse público e aponta nítida circunstância caracterizadora de ajuste para burlar as restrições ao nepotismo, ensejando fraude à lei e descumprimento dos princípios administrativos.

Ressalte-se que não se trata de nepotismo cruzado, que demanda a existência de designações recíprocas, mas de nepotismo simples, com a nomeação de parentes de agentes públicos a cargos comissionados.

Assim, ainda que inexistam tais designações recíprocas, o objetivo da norma não se limita a coibir o ato da autoridade nomeante, mas também a conduta daqueles que, de qualquer forma, induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem direta ou indiretamente.

Logo, não restam dúvidas de que os nomeados Luiz Valentim Marchi e Valmir Aparecido de Oliveira também concorreram e se beneficiaram dos atos de improbidade administrativa ao aceitarem exercer o cargo de Chefe de Administração Regional. Ademais, o documento de fls. 145 demonstra a má-fé do corréu Luiz Valentim Marchi ao declarar que não possuía qualquer vínculo de parentesco com qualquer agente político do Município de Americana (fls. 145). Assim, mostra-se correta a imputação, cuja penalidade observou os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Acesso ao Sumário

Do mesmo modo, a conduta dos corréus Paulo Sergio Vieira Neves e Reinaldo Chiconi também foi demonstrada no caso.

Do conjunto probatório acostado aos autos, especialmente o depoimento das testemunhas retromencionado, restou caracterizada a participação dos vereadores, com a indicação de parentes a serem nomeados pelo Prefeito, concorrendo diretamente pra a prática do ato de improbidade administrativa,

nos termos do artigo 3º da Lei 8.429/92.

A conduta dolosa dos agentes se torna ainda evidente ao considerar o fato de o Município já ter sido condenado "a se abster de proceder a qualquer forma de provimento de cargos em comissão mediante a nomeação de cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, do Prefeito Municipal, do Vice-Prefeito, dos Secretários Municipais e Vereadores" (Ação Civil Pública nº 019.01.2007.016276-4). Ainda que as nomeações tenham ocorrido antes do trânsito em julgado daquele processo, já havia forte sinalização de que a prática estava sendo considerada ímproba.

Deve ser consignado que, nos termos do artigo 1º da Lei Municipal nº 4.871/09, o cargo de Chefe de Administração Regional é de provimento em comissão. Acrescente-se que as funções descritas para o exercício do referido cargo como sendo: "coordenar as operações e atividades da Regional; estabelecer metas de serviços; gerenciar a execução de tarefas; realizar avaliação de desempenho do pessoal a ele subordinado; elaborar relatórios de prestação de contas; organizar grupos de discussão; divulgar normas e procedimentos; elaborar relatórios gerenciais; coordenar a utilização da infraestrutura e dos recursos físicos e humanos disponíveis; decidir sobre as solicitações dos subordinados e outras atividades de natureza gerencial que devam ser atendidas em função das peculiaridades do serviço" (fls. 890) possuem nítido caráter administrativo e gerencial, não se assemelhando com a natureza política defendida pelos demandados.

Assim, o Prefeito Municipal ao nomear os corréus Luiz Valentim Marchi e Valmir Aparecido de Oliveira ao cargo de Chefe de Administração Regional emanou ato administrativo, que por sua natureza submete-se ao controle jurisdicional.

Ressalte-se que, embora a nomeação a cargo comissionado seja ato discricionário do chefe do Poder Executivo, o juízo de conveniência e oportunidade do administrador deve pautar-se entre as hipóteses legais e moralmente admissíveis, o que não ocorreu no presente caso.

No que tange a alegação de que as nomeações não se deram "na mesma pessoa jurídica" dos vereadores, como bem observou o MM. Juiz da causa, "o artigo 1º da Lei Orgânica do Município de Americana dispõe: Art. 1º O Município de Americana é uma unidade autônoma do território do Estado de São Paulo, com personalidade jurídica de direito público, nos termos assegurados pela Constituição Federal. E a eleição da Mesa Diretora da Câmara Municipal (artigo 23, da Lei Orgânica), apesar de atribuições específicas para administração dos atos internos e capacidade de representação formal (processual), não implica existência de personalidade jurídica de direito público específica, a qual é única e recai sobre o Município enquanto ente federativo".

Acesso ao Sumário

Embora a Câmara Municipal possua personalidade judiciária, não possui personalidade jurídica e, enquanto órgão, integra a pessoa jurídica do Município.

Assim, comprovada que as condutas dos demandados constituem atos de improbidade administrativa, especificamente com os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (artigo 11 da Lei 8.429/92), e ainda que os demandados não tenham lesado o patrimônio público, a conduta ilícita deve ser punida, vez que o art. 11 da referida lei, não exige prova do prejuízo material, bastando, para configurar a improbidade, a ofensa aos "... princípios da administração pública, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições...".

Aplicam-se, portanto, aos réus Paulo Sergio Vieira Neves e Reinaldo Chiconi as sanções previstas no inciso III, do artigo 12 da Lei nº 8.429/92. Determina o parágrafo único deste dispositivo legal que, "na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente". As penalidades são, portanto, cumulativas, mas não precisam ser esgotadas.

Assim, fixo, para ambos os réus, o pagamento de multa civil equivalente a 05 (cinco) vezes o valor da remuneração percebida e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Ante o exposto, não se conhece do recurso adesivo, nega-se provimento ao recurso dos corréus Luiz Valentin Marchi e Valmir Aparecido de Oliveira, e dá-se provimento ao recurso do Ministério Público para condenar os réus Paulo Sergio Vieira Neves e Ricardo Chiconi às penas acima mencionadas.

Apelações/Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0035537-78.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado ELZA MARIA CÂNDIDO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao apelo e ao reexame necessário, com observação. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.156)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REBOUÇAS DE CARVALHO (Presidente sem voto), MOREIRA DE CARVALHO e CARLOS EDUARDO PACHI.

São Paulo, 1º de agosto de 2016.

OSWALDO LUIZ PALU, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Ação de indenização por danos materiais e morais. Morte da filha da autora.

1. Filha da autora que em razão de negligência médica veio a óbito. Conjunto probatório hábil a demonstrar a falha estatal no atendimento médico. Configuração da responsabilidade do Estado. Conjunto probatório conclusivo acerca da responsabilidade da requerida no evento danoso.

2. Danos morais mantidos. Valor fixado dentro dos padrões da razoabilidade e proporcionalidade, especialmente considerado o caráter pedagógico e preventivo da condenação. Mãe que perdeu uma filha de 18 anos. Dor insofismável. Sentença mantida. Negado provimento aos recursos oficial e voluntário, com observação.

VOTO

I. RELATÓRIO.

Cuida-se de recursos oficial e de apelação interpostos em confronto à r. sentença de **fls. 173/176** que, nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais aforada por **ELZA MARIA CÂNDIDO** em face da **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, julgou parcialmente procedente o pedido e condenou o requerido ao pagamento de indenização por dano moral na quantia correspondente na data da r. sentença a 200 salários mínimos federais, devidamente corrigida pela tabela prática do TJSP até a data do pagamento, além de eventuais custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação. A requerida, em razão da sucumbência em maior parte, ficou incumbida pelo pagamento dos honorários advocatícios. Há reexame necessário **(fls. 176).** A autora, ao fundamento de ter sofrido danos materiais e morais em razão do óbito de sua filha por alegada negligência médica da rede pública de saúde. **Inconformada** com a sentença de parcial procedência apela a Fazenda Estadual (fls. 180/193) e sustenta inexistir falha no atendimento médico prestado à filha da autora uma vez que ao chegar ao hospital fora prontamente atendida e medicada. Acrescenta que a atividade médica não é atividade fim,

Acesso ao Sumário

mas atividade meio. Ao final pleiteia a redução dos danos morais, bem como a aplicação da Lei nº 11.960/09. Recebido o recurso (fls. 194) sobrevieram as contrarrazões **(fls. 200/211**). **É o relatório**.

II. FUNDAMENTO E VOTO.

1. Pelo meu voto, **nego provimento aos recursos oficial e voluntário.**

2. Conforme se depreende da inicial, em 18.03.2011, a filha da autora, nascida em 21.11.1992, sentia fortes dores no peito e nas costas e fora conduzida pela autora ao **HOSPITAL REGIONAL DE OSASCO** local em que teve consulta médica, sendo medicada com ***dipirona***, tendo passado mal logo em seguida. Com crise convulsiva, ficou em observação de 14h até a passagem de plantão, às 19h, momento em que o médico deu alta. Ao voltar para casa expeliu sangue em vômitos quando a família conduziu-a ao **PRONTO SOCORRO DE BARUERI;** levada à sala de emergência, faleceu momentos depois. O MM. Juiz reconheceu a responsabilidade dos agentes públicos do nosocômio, via Estado, e houve a condenação ao pagamento de danos morais; como tal deverá ser mantido o r. 'decisum'.

3. Ao contrário do que aduz a apelante, o nexo de causalidade **está evidenciado** nos autos conforme o conjunto probatório produzido, de modo omissivo. O laudo pericial apresentado às **fls. 149/156** analisou a dinâmica dos fatos, avaliou os documentos médicos legais e foi concludente:

"(...)

B. A pericianda foi admitida no Hospital Regional Dr. Vivaldo Martins Simões em Osasco no dia 18/03/2011 com queixa de dor toraco-abdominal há sete dias. Foi descrito pressão arterial 90 X 60 mmHg, indicando hipotensão (pressão baixa) e glicemia capital normal. Foi medicada com dipirona (analgésico), apresentando crise convulsiva durante a administração do medicamento.

C. **Não há descrição do exame físico completo da pericianda**: medida da temperatura, perfusão periférica, exame cardíaco, ausculta pulmonar, exame abdominal, estado geral. A pericianda apresentou crise convulsiva durante a administração da dipirona, entretanto, **não há descrição de tratamento para crise convulsiva (medicamento anticonvulsionante).** Apesar da pericianda ter sido admitida com queixa de dor torácica há sete dias, **nenhum exame de sangue, hemograma, eletrólitos, etc) foram solicitados para avaliação de possível infecção/inflamação ou outras causas. Também não foi solicitado o exame radiológico simples do tórax e do abdômen, considerando a queixa de dor toraco abdominal há sete dias. A queixa inicial da pericianda não foi investigada, foi apenas tratada com dipirona. A crise convulsiva ocorreu nas dependências do pronto socorro, durante administração**

Acesso ao Sumário

da dipirona, não há descrição de tratamento da crise convulsiva (com anticonvulsionante). Apesar da queixa inicial ser a dor toraco abdominal, o diagnóstico final ficou como pós- comicial (significa estado neurológico após convulsão) convulsão que apresentou após admissão hospitalar. A crise convulsiva também não foi investigada. Sem exames subsidiários para investigação da dor toraco abdominal e sem explicação para a crise convulsiva, a pericianda obteve alta no mesmo dia. A pericianda não realizou exames de sangue, exame de RX do tórax e do abdome, obteve alta hospitalar com queda do estado geral e sem receita médica para casa.

D. Chegou em casa sem melhora do estado geral, mantendo a sonolência e prostração, foi encaminhada por familiares, na mesma noite, para outro serviço médico, onde foi admitida quase em choque, com sangramento pela via oral, indo a óbito apesar das manobras de ressuscitação.

(...)

CONCLUSÃO

(...)

O exame necroscópico esclareceu que o óbito decorreu de pneumonia, infecção pulmonar que poderia ser facilmente comprovada em exame radiológico do tórax, indicando início imediato de antibioticoterapia, preferencialmente endovenosa em regime de internação hospitalar. **Concluo que o tratamento recebido pela pericianda no Hospital Regional Dr. Vivaldo Martins Simões não cumpriu a boa norma técnica."** (g.n.)

4. Observa-se, pela análise do laudo pericial, que foram reconhecidas falhas no atendimento médico no **HOSPITAL REGIONAL DR. VIVALDO MARTINS SIMÕES de OSASCO.** Foi constatado que um simples exame radiológico do tórax teria evidenciado o quadro pulmonar, indicando tratamento adequado que em razão de sua omissão favoreceu a progressão da infecção. Inquestionável, portanto, a responsabilidade da apelante no resultado danoso da filha da autora. Inegável, portanto, o **nexo de causalidade** entre as condutas dos facultativos (omissão) e o resultado danoso (morte). Os meios de prova adotados no curso da ação foram suficientes a delinear a responsabilidade do Estado, notadamente porque não houve produção de prova que afastasse tal nexo de causalidade, omissivo, normativo.

Sequer é caso de se divagar acerca da atividade médica ser de meio ou de fim porque, nos termos do laudo pericial, a atividade não foi realizada adequadamente.

5. Os danos morais devem ser mantidos, porquanto fixados dentro da proporcionalidade e razoabilidade, levando em conta a magnitude do sofrimento

Acesso ao Sumário

de uma mãe em perder uma filha com 18 anos. Dor insofismável.

6. Ao final, quanto à pretensa aplicação da Lei nº 11.960/09, da mesma forma não comporta respaldo porquanto nas condenações decorrentes do reconhecimento da **responsabilidade civil do Estado**, as regras concernentes aos juros legais estão especificadas na lei civil, ou seja, a regra do art. 406 do Código Civil de 2002, incidindo a Taxa Selic. O **termo 'a quo' de incidência dos juros de mora – desde o evento danoso** – nos termos da Súmula 54 do STJ e correção monetária nos termos da Súmula 362 do STJ.

Por tratarem uma vida humana com tal descaso e eventual relapsia não devem os agentes públicos profissionais da saúde que atenderam a vítima ficar imunes à responsabilização. Determino que a secretaria judiciária extraia cópias **de todo o processado**, inclusive deste voto, e remeta a um dos ilustres promotores de justiça criminais da comarca de Osasco para as providências criminais que o caso merece (inclusive analisando a competência para eventual ação penal, Osasco ou Barueri).

7. Ante o exposto, pelo meu voto**, nego provimento aos recursos oficial e voluntário.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1032711-57.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelada PLAYLAND ENTRETENIMENTO LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento aos recursos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.902)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente), OSWALDO LUIZ PALU e CARLOS EDUARDO PACHI.

São Paulo, 26 de agosto de 2016.

COIMBRA SCHMIDT, Relator

Ementa: ADMINISTRATIVO. Alvará de funcionamento de estabelecimento comercial. Renovação denegada diante de inscrição da empresa no cadastro de contribuintes devedores.

Inadmissibilidade. Súmula nº 70 do STF. Segurança concedida, com afastamento do impedimento. Sentença confirmada. Apelação e reexame necessário denegados.

VOTO

Ao relatório da sentença acrescento que, concedida a segurança, tempestivamente apela o Município em busca de reforma. Alega haver o STF mitigado o alcance da Súmula nº 70 ao julgar o RE 627.543/RS.

Contrarrazões a f. 95/102.

Informou o Município não haver renovado o "alvará da impetrante por mudança de usuário" (f. 122), ao que se manifestou a sucessora (f. 120/1).

Sentença submetida ao reexame necessário.

É o relatório.

1. A sucessão empresarial não afeta o desate, ante os fundamentos do pedido. Questão outra, há de ser discutida em lide própria.

2. A sentença ordenou renovação do alvará de funcionamento da impetrante por consistir o impedimento – inscrição no CADIN municipal – virtual interdição de estabelecimento como forma coercitiva de cobrança de tributo, profligada pela jurisprudência consolidada do STF, consoante indica o verbete 70 de sua Súmula.

A orientação não foi mitigada quando do julgamento do RE 627.543/RS, pois lá se discutiu outra matéria: impedimento de devedor do Fisco e do INSS em ter acesso ao sistema de tributação privilegiado conhecido como "Simples Nacional".

No que pese a existência de legislação semelhante no âmbito de outros entes federativos ou, ainda, a opinião de conceituados professores, a orientação da Corte Suprema não se alterou.

3. Acertado o desate, há a sentença de ser prestigiada pelos próprios fundamentos.

Do exposto, denego os recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1031404-68.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO "EX OFFICIO", é apelado

Acesso ao Sumário

BRUNO BUGER NICOLINI (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento aos recursos oficial e voluntário, v.u. , de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.328)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REBOUÇAS DE CARVALHO (Presidente), DÉCIO NOTARANGELI e OSWALDO LUIZ PALU.

São Paulo, 4 de outubro de 2016.

REBOUÇAS DE CARVALHO, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – ATO ADMINISTRATIVO – Negativa em apor "VISTO CONFERE" em certificado emitido após a conclusão em Curso de Educação de Jovens e Adultos com Atendimento Individualizado e Presença Flexível em Nível de Ensino Médio – Emissão que ocorreu antes da cassação da instituição de ensino – Fato Consumado – Terceiro de boa-fé que não pode ser prejudicado – Sentença que concedeu a segurança mantida – Precedentes desta Câmara e Corte - Recursos oficial e voluntário não providos.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança com pedido de liminar impetrado por Bruno Buger Nicolini contra ato praticado pelo Dirigente Regional de Ensino da Diretoria de Ensino da Região Sul-1, consistente na recusa em reconhecer a validade de certificado de conclusão do Curso de Educação de Jovens e Adultos com Atendimento Individualizado e Presença Flexível em Nível de Ensino Fundamental e Médio, no Colégio Apollo - Externato Conde de Itu S/C, por não possuir o "visto confere" e em se recusar a proceder à publicação de seu nome no sistema GDAE.

A liminar foi deferida (fls. 60/61).

A r. sentença de fls. 96/98, cujo relatório adoto, concedeu a segurança, para o fim de determinar o reconhecimento do direito do impetrante ter seu nome inscrito no sistema GDAE e a validação do seu diploma de Segundo Grau com o "Visto-Confere". Não houve condenação em honorários advocatícios.

Inconformada, apela a Fazenda do Estado de São Paulo, alegando, em síntese, que não será possível a regularização da vida escolar do impetrante,

Acesso ao Sumário

pois o estabelecimento de ensino foi cassado por irregularidades apuradas pela Secretaria da Educação. Assim, requer seja denegada a ordem.

Recurso recebido, devidamente processado e sem contrarrazões.

Acerca do despacho de fl. 122/123, as partes não se manifestaram (fl. 125).

É o relatório.

A r. sentença deve ser mantida.

O impetrante, concluiu o Curso de Educação de Jovens e Adultos, com atendimento individualizado e presença flexível no ensino fundamental, em 2008 (fl.13).

No entanto, foi impedido de concluir curso superior, pois seu diploma não pode ser expedido em razão de irregularidades apontadas em seu diploma do curso de ensino médio, por falta de validação e de inscrição no sistema GDAE.

Assim, com o fito de regularizar sua situação, o impetrante tentou obter o "visto-confere" perante a Diretoria Regional de Ensino Sul – 1, o que lhe foi negado, haja vista que o ato autorizador da referida instituição de ensino foi cassado.

Ocorre que a inscrição do Colégio Apollo Externato Conde de Itu foi cassada em 27/6/2008, conforme a decisão proferida em junho de 2008 pelo Conselho Estadual de Educação, por estar em sindicância para apuração de supostas irregularidades na concessão de diplomas (fl.70). Entretanto, o impetrante concluiu o curso no ano letivo em janeiro de 2008, período em que não havia o decreto de cassação da portaria que autorizou o funcionamento do referido estabelecimento de ensino.

A negativa em conceder o dito "VISTO CONFERE" no certificado de conclusão é situação que não pode ser mantida, sob pena de impingir-lhe enorme prejuízo, tanto na parte intelectual quanto na parte financeira. Tem-se que o impetrante agiu de boa-fé, de forma que, ilegal se mostra o impedimento apontado pelo impetrado.

Esta Eg 9ª Câmara de Direito Público já teve oportunidade de decidir neste mesmo sentido, preservando o direito dos alunos envolvidos em controvérsias semelhantes, como se vê das ementas abaixo transcritas:

> "MANDADO DE SEGURANÇA – ATO ADMINISTRATIVO – Negativa em apor "VISTO CONFERE" em certificado emitido após a conclusão em Curso de Educação de Jovens e Adultos com Atendimento Individualizado e Presença Flexível em Nível de Ensino Médio – Emissão que ocorreu quando vigente liminar que autorizava a instituição de ensino a continuar ministrando seus cursos, bem como fazer avaliações e emitir certificados de conclusão – Fato Consumado – Terceiro de boa-fé que

Acesso ao Sumário

não pode ser prejudicado – Sentença que concedeu a segurança mantida – Apelos voluntário e oficial não providos." **(Apelação nº 0044876-43.2010.8.26.0114. 9ª Câmara de Direito Público, minha Relatoria, j. 05/02/2014)**

MANDADO DE SEGURANÇA – ATO ADMINISTRATIVO – Impetração contra ato que não concede "visto-confere" em certificado do impetrante, após sua conclusão no Curso de Educação de Jovens e Adultos com Atendimento Individualizado e Presença Flexível em Nível de Ensino Médio – Emissão do certificado anterior ao decreto de cassação da autorização concedida pelo Poder Público ao referido estabelecimento de ensino – Fato consumado – Impetrante considerado terceiro de boa fé – Afastamento do prejuízo individual como medida de rigor – Precedentes – R. sentença denegatória da segurança reformada **(APELAÇÃO CÍVEL nº 0014998-28.2011.8.26.0053, Des. Carlos Eduardo Pachi, j. 26.06.2013).**

"ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – ENSINO – CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DE CURSO – VALIDAÇÃO – NEGATIVA – REVOGAÇÃO DE LIMINAR – TEORIA DO FATO CONSUMADO – TERCEIRO DE BOA-FÉ. Matrícula em instituição de ensino à distância autorizada a funcionar regularmente por liminar. Negativa de validação de certificado de conclusão de curso após revogação da medida cautelar. Inadmissibilidade. Situação de fato consolidada. Prejuízo a terceiro de boa-fé. Teoria do fato consumado. Sentença mantida. Reexame necessário, considerado interposto, desacolhido. Recurso desprovido". **(TJ-SP, Apelação nº 0004858-65.2009.8.26.0000, Comarca de Campinas, relator Des. Décio Notarangeli, j. 28.11.2012, V.U)**

E a respeito do tema *sub judice*, veja-se, ainda, os demais precedentes desta E. Corte Estadual, em casos análogos:

"REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – *Visto-confere* em certificado de conclusão de curso com registro no GDAE – Instituição de ensino cassada – Conclusão do impetrante antes da cassação – Terceiro de boa fé que não pode ser prejudicado – Precedentes – Sentença de procedência mantida – Reexame necessário desprovido (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1027299-48.2015.8.26.0053., Des. J.M. Ribeiro de Paula, j. 29.07.2016).

"MANDADO DE SEGURANÇA. Pretensão de compelir a autoridade coatora a conceder o "visto-confere" no certificado de conclusão do ensino médio expedido pelo Colégio Apollo. Instituição educacional que teve sua autorização cassada posteriormente. Irrelevância. Colégio que

Acesso ao Sumário

possuía autorização para funcionamento à época em que o impetrante frequentou o ensino médio. Cassação da autorização em data posterior à conclusão do curso. Respeito ao princípio da boa-fé e à teoria do fato consumado. Sentença de improcedência reformada. Segurança concedida. Recurso provido." (Apelação nº 0026128-44.2013.8.26.0053, Relator Desembargador DJALMA LOFRANO FILHO, j. 15/10/2014).

"APELAÇÃO. ATOS ADMINISTRATIVOS. CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DE CURSO. Pretensão inicial voltada à emissão de diploma/certificado de conclusão do curso de auxiliar de enfermagem possibilidade - processo de sindicância da instituição de ensino que se deu em momento posterior à conclusão do curso pela impetrante Boa-fé da contratante que deve prevalecer. Decisão administrativa que tem efeitos prospectivos, não podendo retroagir para abarcar situações já consolidadas no tempo, sob pena de ofensa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Precedentes. Sentença mentida. Recursos oficial e voluntário da ré improvidos" (Apelação/Reexame Necessário nº 0002725-81.2013.8.26.0106, 4ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador PAULO BARCELLOS GATTI, j. 15/12/2014).

Assim sendo, demonstrada, pois, nos autos, a conclusão regular do curso em data anterior à instauração do procedimento de averiguação, resta caracterizado, diante desses e dos demais elementos, o direito à prestação jurisdicional por esta via.

Nesse passo, o ato da autoridade educacional, consistente na invalidação do certificado ou diploma, ofendeu, direito do impetrante, consubstanciado nos princípios da boa-fé, do fato consumado, proporcionalidade e razoabilidade, razão pela qual a pretensão jurisdicional veiculada devia mesmo ser atendida, restando mantida a r. sentença.

Pelo exposto, nega-se provimento aos recursos oficial e voluntário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1011180-61.2015.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que são apelantes FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado VINICIUS DI STEFANO SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento aos recursos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.816)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BURZA NETO (Presidente), MOREIRA DE CARVALHO e LEONEL COSTA.

São Paulo, 13 de setembro de 2016.

BURZA NETO, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – IPVA. Isenção. Portador de Síndrome de Dandy Walker – dependente de terceiros para dirigir veículos. Princípios da igualdade e da isonomia tributária. Proteção constitucional da dignidade da pessoa humana e igualdade social. Decisão do Órgão Especial que estendeu o benefício da isenção de ICMS a todos os deficientes físicos, independentemente de serem motoristas ou apenas usuários do veículo. Precedentes deste Tribunal de isenção de IPVA também para deficientes não habilitados para dirigir. Recurso e reexame necessário a que se nega provimento.

VOTO

Trata-se de apelação e reexame necessário voltados contra a sentença de fls. 89/93 de relatório adotado que julgou procedente o pedido, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil, concedendo a segurança, para, conceder ao impetrante a isenção do IPVA incidente sobre o veículo de sua propriedade, chassi nº 9BGJB75EOGB116257.

Inconformada, apela Fazenda do Estado pela inversão do resultado, alegando em outros argumentos que o artigo 13 da Lei Estadual 13.296/2008 deve ser interpretado estritamente, para limitar a isenção apenas aos veículos adquiridos e conduzidos por pessoa com deficiência física (fls. 102/122).

Recurso recebido e processado somente no efeito devolutivo, inclusive com as contrarrazões, estando em termos para julgamento.

O órgão do Ministério Público se manifestou pelo não provimento dos recursos. (fls. 155/161).

É o Relatório.

Totalmente aplicável, no caso, o disposto no artigo 252 do Novo Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que prevê que:

> **"Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la".**

Os recursos não comportam provimento.

Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo genitor de Vinicius Di Stefano Silva, por meio do qual pretende assegurar isenção de IPVA para automóvel de sua propriedade, para locomoção de seu filho, portador de Síndrome de Dandy Walker, uma vez que depende de terceiros.

A r. sentença concedeu a segurança, julgando procedente o presente ***mandamus***, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil.

Em que pesem as razões expostas pela apelante, a r. sentença deve ser mantida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

A Lei Estadual 13.926/2008 dispõe em seu artigo 13, inciso III, que é isento de IPVA a propriedade de veículo adequado para ser conduzido por pessoa com deficiência física.

De fato, conforme atestado por autoridade médica (fls. 19), o portador de deficiência mental, apresentando incapacidade absoluta para a prática de atos da vida civil, e, por conseguinte, a impossibilidade de conduzir automóvel.

No presente caso, deve ser estendida à condição do autor a isenção prevista nas legislações atinente ao IPVA, pois a "*ratio legis*" é a inclusão social dos portadores de deficiências, facilitando-lhes a aquisição e manutenção da propriedade de veículo para sua locomoção, ainda que conduzido por terceiro.

Interpretação contrária resulta ofensa ao princípio da isonomia, pois traduz tratamento desigual no que **tange a concessão de benefícios fiscais previstos em lei aos portadores de deficiências.**

Neste aspecto, o eminente jurista Celso Antônio Bandeira de Mello leciona:

"Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando: (...) IV A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente. V A interpretação da norma extrai dela distinções, discrimens, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita" (Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, 3ª edição, Ed. Malheiros, 12ª Tiragem, pág. 47/78).

Cita-se o apontamento do Min. Franciulli Netto:

"a inclusão social dos portadores de necessidades especiais, ou seja, facilitar-lhes a aquisição de veículo para sua locomoção, ainda que conduzido por outra pessoa..." (STJ, REsp nº 523.971-MG, j. de 26.10.04).

Nesse sentido, posicionou-se este E. Tribunal:

EMENTA - MANDADO DE SEGURANÇA - Pretendida isenção do ICMS e IPVA na aquisição de veículo, por genitor de menor portador de

Acesso ao Sumário

deficiência, dependente integralmente de terceiros - Admissibilidade - Precedentes - Interpretação harmônica entre a legislação paulista e o art. 5º da CF - Prevalência dos preceitos constitucionais que assegura a proteção especial às pessoas deficientes - Segurança denegada - Recurso provido. (APEL. Nº: 0006168-75.2011.8.26.0602. j. em 19/12/2011. Des. Rel. REINALDO MILUZZI).

Destarte, diante do fato de o autor ser portador de deficiência mental, ainda que impossibilitado de conduzir veículo, ato a ser realizado por terceiro, razoável e convergente com os preceitos constitucionais que asseguram proteção especial às pessoas deficientes, a concessão do benefício de isenção de pagamento do IPVA, incidente sobre propriedade do veículo.

Portanto, outra solução não havia senão a concessão da ordem, razão pela qual, não merece qualquer censura a bem lançada sentença que fica mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de pré-questionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida.

E mais, os embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal (EDROMS-18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ-08.05.2006 p.240).

Ante o exposto, NEGA-SE provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1006686-49.2014.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que é apelante/apelada MARIA BERNADETE ZUMSTEIN MONTEIRO e Apelante JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado/apelante FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte aos recursos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.277)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ LUIZ GERMANO (Presidente), OSVALDO DE OLIVEIRA e VENICIO SALLES.

São Paulo, 14 de setembro de 2016.

Acesso ao Sumário

JOSÉ LUIZ GERMANO, Relator

Ementa: APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. QUINQUÊNIO E SEXTA-PARTE.

Recálculo e pagamento de adicional por tempo de serviço (quinquênio e sexta-parte) sobre a integralidade dos vencimentos, excluindo-se as vantagens de caráter eventual e os acréscimos *in facto temporis, in facto oficii, propter laborem* e *propter personam*, salvo disposição legal em contrário.

RECURSO ADESIVO E REEXAME NECESSÁRIO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA.

Declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09 na ADI 4357. Impossibilidade de uso da taxa referencial (TR) como fator de correção monetária. Adoção da orientação firmada no C. STJ (REsp nº 1.270.439 – PR) com base no IPCA, e juros de mora a partir da citação, com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, segundo a redação que a Lei 11.960/2009 conferiu ao artigo 1º-F da Lei 9.494/1997.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Parcial procedência do apelo da autora. Sucumbência mínima. Honorários a serem arcados pela fazenda pública, fixados quando da liquidação da sentença, nos termos do art. 85, § 3º e § 4º, II cumulado com o parágrafo único do art. 86 do NCPC. Impossibilidade de fixação de honorários recursais (art. 85, § 11, NCPC), uma vez que o recurso foi interposto antes da vigência do NCPC.

RECURSO DE APELAÇÃO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO.

RECURSO ADESIVO E REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDOS.

VOTO

Trata-se de reexame necessário, apelação interposta por Maria Bernadete Zumstein Monteiro e recurso adesivo interposto pela Fazenda do Estado de São

Paulo contra a r. sentença de fls. 132/147, cujo relatório se adota, que, nos autos da ação ordinária, julgou parcialmente procedente o pedido inicial para o fim de determinar o recálculo somente da sexta-parte, para que incidisse sobre o valor integral dos vencimentos, excluídas as verbas eventuais, com o respectivo apostilamento, bem como para condenar ao pagamento das diferenças vencidas, respeitada a prescrição quinquenal. Com relação aos atrasados, os juros de mora foram contados desde a citação à taxa simples de 0,5% ao mês, com atualização a partir do pagamento a menor: pela TR até 25.03.2015 e IPCA-E a partir de 26.03.2015. Por força da sucumbência recíproca, cada parte arcou com as custas e honorários de seus próprios patronos.

Apela a parte autora, requerendo a reforma do julgado, declarando-se os vencimentos integrais como base de cálculo também dos quinquênios, excluindo-se apenas as verbas eventuais, bem como pleiteando o afastamento da TR para fins de correção monetária.

Também inconformada, recorre adesivamente a Fazenda do Estado de São Paulo, tão somente em relação à aplicação integral da Lei 11.960/09.

Recurso recebido em seu duplo efeito e devidamente processado.

Contrarrazões foram apresentadas em ambos os recursos.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Primeiramente, à analise do apelo da autora e ao reexame necessário, referente à base de cálculo dos quinquênios e da sexta-parte para, após, avaliar o recurso adesivo da fazenda relativo à aplicação da Lei 11.960/09.

QUINQUÊNIO

A autora pretende o recálculo do quinquênio sobre seus vencimentos integrais com o recebimento das diferenças atrasadas.

Com efeito, assim dispõe o art. 129 da Constituição Estadual:

"Art. 129 - Ao servidor estadual é assegurado o percebimento do **adicional por tempo de serviço, concedido no mínimo por quinquênio**, e vedada a sua limitação, bem como a sexta-parte dos vencimentos integrais, concedidos aos vinte anos de efetivo exercício, que se incorporarão aos vencimentos para todos os efeitos, observado o disposto no art. 115, XVI, desta Constituição".

Por sua vez, o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo, Lei 10.261, de 28-10-1968:

Art. 127. O funcionário terá direito, após cada período de 5 (cinco) anos, contínuos, ou não, à percepção de **adicional por tempo de serviço, calculado à razão de 5% (cinco por cento) sobre o vencimento ou remuneração**, a que se incorpora para todos os efeitos.

Acesso ao Sumário

Há ainda a Lei Complementar 712/93:

Art. 11. A retribuição dos servidores abrangidos pelo Plano compreende, além dos vencimentos ou salários, na forma indicada no art. 9º desta Lei Complementar, as vantagens pecuniárias abaixo enumeradas:

I – adicional por tempo de serviço, de que trata o artigo 129 da Constituição do Estado, **que será calculado na base de 5% (cinco por cento) por quinquênio de serviço sobre o valor dos vencimentos**, não podendo essa vantagem ser computada nem acumulada para fins de concessão de acréscimos ulteriores, sob o mesmo título ou idêntico fundamento, nos termos do inciso XVI do artigo 115 da mesma Constituição.

Percebe-se que a Constituição paulista não especifica o valor do adicional por tempo de serviço, a ser concedido por quinquênios, nem ao menos o percentual da base de cálculo, cabendo ao intérprete fazê-lo.

Por sua vez a legislação infraconstitucional estadual é hesitante, ora determinando que se aplique sobre o vencimento ou remuneração no singular (Lei 10.261/1968), ora com base no valor dos vencimentos no plural (Lei Complementar 712/93).

A interpretação da base de cálculo dos quinquênios deve perpassar, necessariamente, pela sistemática adotada pela Administração Pública ao definir e conceder as vantagens pecuniárias aos seus servidores, a fim de que o benefício não se torne irrisório ou imprestável para seu desiderato.

No caso, possível extrair dos demonstrativos de pagamento acostados à inicial que o salário base representa parcela diminuta do conjunto remuneratório do servidor, em alguns casos até inferior ao mínimo legal.

Rechaçada, portanto, a tese de que os adicionais por tempo de serviço teriam como alicerce somente o salário base.

É nesse sentido que ao salário base se incorporam outras verbas e gratificações, dando o real contorno da remuneração total do servidor, apta a firmar a base de cálculo dos adicionais por tempo de serviço. Não obstante, a jurisprudência já firmou entendimento de que nem todas as verbas e gratificações devem incidir para fins de configuração da base de cálculo dos quinquênios, mas tão somente as de caráter permanente.

Nesse sentido, a expressão "vencimentos integrais", constante do dispositivo constitucional estadual (art. 129 da CESP), significa que o adicional por tempo de serviço (quinquênio) deve incidir sobre o salário-base e demais verbas de caráter permanente percebidas pelo servidor, excluídas somente as vantagens eventuais ou temporárias[1], quais sejam, aquelas *in facto temporis, in*

1 "Vantagens pecuniárias são acréscimos ao vencimento do servidor, concedidas a título definitivo ou transitório, pela decorrência do tempo de serviço (*ex facto temporis*), ou pelo desempenho de funções especiais (*ex facto officii*), ou em razão das condições anormais em que se realiza o serviço (*propter laborem*), ou, finalmente, em razão de condições pessoais do servidor (*propter personam*). As duas primeiras espécies

facto oficii, propter laborem e *propter personem*, salvo disposição em contrário.

Imperioso ressaltar, por oportuno que os adicionais não devem incidir sobre as parcelas pagas sob o mesmo título ou fundamento, nem uns sobre os outros, a fim de se evitar o efeito cascata, nos termos do art. 37, XIV, da Constituição Federal e art. 115, XIV, da Constituição Estadual.

Acerca do tema, ficou assentado pela C. Turma Especial deste E. Tribunal de Justiça, no julgamento do Incidente de Assunção de Competência na Apelação nº 0087273-47.2005.8.26.0000, em 18.5.2012, de relatoria do Exmo. Des. Sidney Romano dos Reis, que deverá ser considerado em sua base de cálculo "*o salário base e demais verbas de caráter permanente, excluídas tão somente as vantagens eventuais ou transitórias, bem como a incidência de vantagem sob o mesmo fundamento (efeito cascata)*".

Desse modo, a parte autora tem **direito ao recálculo dos quinquênios sobre o vencimento padrão e verbas de caráter permanente, excluindo-se as eventuais ou temporárias**, quais sejam, *in facto temporis, in facto oficii, propter laborem* e *propter personem*, salvo disposição em contrário, vedada dupla incidência sob a mesma motivação (art. 37, inciso XIV, da CF).

SEXTA-PARTE

Revendo posicionamento anterior, tenho que a expressão "vencimentos integrais", constante do dispositivo constitucional estadual (art. 129 da CESP), significa que a "sexta-parte" deve incidir sobre o salário-base e demais verbas de caráter permanente percebidas pelo servidor, excluídas somente as vantagens eventuais ou temporárias[2], quais sejam, aquelas *in facto temporis, in facto oficii, propter laborem* e *propter personem*, salvo disposição em contrário.

O referido entendimento foi estabelecido no Incidente de Uniformização da Jurisprudência nº 193.485-1/6-03, proferido pela Turma Especial da Primeira Seção Civil desta Casa, onde foi decidido que "*a sexta-parte deve incidir sobre todas as parcelas componentes dos vencimentos, entendendo-se por vencimentos integrais o padrão mais as vantagens adicionais efetivamente recebidas, salvo as eventuais*".

Imperioso ressaltar, por oportuno, que a sexta-parte não deve incidir sobre as parcelas pagas sob o mesmo título ou fundamento, nem uns sobre os

Acesso ao Sumário

constituem os adicionais (adicionais de vencimentos e adicionais de função), as duas últimas formam a categoria das gratificações (gratificações de serviço e gratificações pessoais)." *In:* Direito Administrativo Brasileiro. Hely Lopes Meirelles, 24ª ed. São Paulo: Malheiros, p.430)

2 "Vantagens pecuniárias são acréscimos ao vencimento do servidor, concedidas a título definitivo ou transitório, pela decorrência do tempo de serviço (*ex facto temporis*), ou pelo desempenho de funções especiais (*ex facto officii*), ou em razão das condições anormais em que se realiza o serviço (*propter laborem*), ou, finalmente, em razão de condições pessoais do servidor (*propter personam*). As duas primeiras espécies constituem os adicionais (adicionais de vencimentos e adicionais de função), as duas últimas formam a categoria das gratificações (gratificações de serviço e gratificações pessoais)." *In*: Direito Administrativo Brasileiro. Hely Lopes Meirelles, 24ª ed. São Paulo: Malheiros, p.430)

outros, nos termos do art. 37, XIV, da Constituição Federal e art. 115, XIV, da Constituição Estadual.

Desse modo, **a parte autora tem direito à sexta-parte sobre o vencimento padrão e verbas de caráter permanente, excluindo-se as eventuais ou temporárias**, quais sejam, *in facto temporis, in facto oficii, propter laborem* e *propter personem*, salvo disposição em contrário, vedada dupla incidência sob a mesma motivação (art. 37, inciso XIV, da CF).

LEI 11.960/09

Quanto aos valores atrasados, no tocante à correção monetária e juros de mora, cumpre ressaltar minha posição pessoal quando integrava a C. 2ª Câmara de Direito Público, no sentido de que a questão encontra-se ainda *sub judice*, conforme Repercussão Geral reconhecida nos autos do RE n.º 870.947/SE – Tema n.º 810[3].

Nesse sentido, considerando-se o teor da medida cautelar concedida nos autos da Rcl n.º 21.147/SE[4], tenho entendido pela aplicação com relação aos atrasados o disposto no art. 1º-F da Lei n.º 9.494/97, com redação determinada pelo art. 5.º da Lei n.º 11.960/09[5], atentando-se para o que vier a ser decidido por ocasião do julgamento do tema de Repercussão Geral n.º 810 (nos termos da medida cautelar concedida nos autos da Rcl n.º 21.147/SE – Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – 06.07.2015) e, na fase de execução (entre a inscrição do crédito em precatório e o seu efetivo pagamento), para o tanto quanto decidido pelo Pleno do Excelso Pretório, em sede de questão de ordem, nos autos das ADIs nºs 4.357 e 4.425[6], fixando-se os termos iniciais dos juros a partir da citação e, correção monetária, desde o desembolso/vencimento de cada parcela.

Não obstante, curvo-me ao entendimento desta C. 12ª Câmara de Direito Público e passo a seguir a orientação fixada pelo C. Superior Tribunal de Justiça em sede de recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C, do CPC[7], tendo por **inaplicável o uso da taxa referencial (TR) como fator de correção monetária, adotando então o IPCA, índice que melhor reflete a inflação**

3 Repercussão Geral no RE n.º 870.947/SE – Tema n.º 810 – Descrição: "*Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 102, 'caput', I, e 195, § 5.º, da Constituição Federal, a validade, ou não, da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre condenações impostas à Fazenda Pública segundo os índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança (Taxa Referencial – TR), conforme determina o art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com redação dada pela Lei 11.960/2009". (grifo nosso).*

4 Em 06.07.2015 – Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA.

5 Art. 5.º O art. 1.º-F da Lei n.º 9.494, de 10 de setembro de 1997, introduzido pelo art. 4.º da Medida Provisória n.º 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, passa a vigorar com a seguinte redação: *"Art. 1.º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança".*

6 Julgada em 25.03.2015.

7 REsp nº 1.270.439 - PR, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção do STJ, j. 26.06.2013.

Acesso ao Sumário

acumulada do período, a partir dos correspondentes vencimentos, e juros de mora, a partir da citação, com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, segundo a redação que a Lei 11.960/2009 conferiu ao artigo 1º-F da Lei 9.494/1997.

Em razão da procedência do pedido inicial, arcará a fazenda com os honorários a serem fixados quando da liquidação da sentença, nos termos do art. 85, § 3º e § 4º, II cumulado com o parágrafo único do art. 86 do NCPC/15.

Outrossim, consigno ser incabível a fixação de honorários recursais (art. 85, § 11, NCPC/15), uma vez que o recurso foi interposto antes de sua vigência.

No caso concreto, a conclusão adotada pelo julgador não foi infirmada por qualquer dos argumentos deduzidos pelas partes no processo, posto que integralmente analisados no decorrer da fundamentação, atendendo-se ao art. 489, § 1º, IV, do NCPC/15.

Ante o exposto, é **dado parcial provimento** ao recurso de apelação, ao reexame necessário e ao recurso adesivo, nos termos acima. Ônus da sucumbência em desfavor da fazenda estadual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 9003076-13.1995.8.26.0014, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO "EX OFFICIO", é recorrido FUNDICAO WINDOR LTDA (MASSA FALIDA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.889)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO GALIZIA (Presidente) e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 01 de outubro de 2016.

TERESA RAMOS MARQUES, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: EXECUÇÃO FISCAL

Extinção – Inércia – Exequente – Prescrição intercorrente – Possibilidade:

– Ocorre a prescrição intercorrente quando suspensa

a execução por mais de cinco anos sem que a Fazenda requeira qualquer medida útil para a efetiva satisfação de seu crédito.

VOTO

RELATÓRIO

Extinta a execução fiscal pela ocorrência da prescrição intercorrente, subiram os autos para reexame necessário.

FUNDAMENTOS

Realmente escoou o prazo da prescrição intercorrente.

Estabelece o art. 40 da Lei de Execução Fiscal o seguinte:

"Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição."

Contudo, tal disposição acabou modificada pelo § 4º, introduzido no artigo pela Lei nº 11.051/04, a saber:

"§ 4º - Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato."

Inquestionável, portanto, que a suspensão do art. 40 da Lei de Execução Fiscal não impede a prescrição intercorrente, salvo quando não escoado seu prazo legal de cinco anos.

Mesmo antes da Lei nº 11.051/04, a jurisprudência já era pacífica, no sentido de que o art. 174 do CTN preponderava sobre o art. 40 da Lei de Execução Fiscal, de forma que ocorria efetivamente a prescrição intercorrente, se o processo permanecesse suspenso no arquivo por mais de cinco anos, por falta de localização do devedor ou de bens a penhorar.

E o Superior Tribunal de Justiça tem afirmado a aplicabilidade do § 4º do art. 40, nos processos em curso, a saber:

> *"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ARQUIVAMENTO DOS AUTOS POR MAIS DE CINCO ANOS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE CONSUMADA.*
>
> *1. O Tribunal de origem decretou a prescrição intercorrente por constatar que a Execução Fiscal foi arquivada em 2001 e que "o próximo impulso dado pelo credor" data de agosto de 2007.*
>
> *2. Ultrapassado o lustro, configura-se a hipótese do art. 40, § 4º, da Lei 6.830/1980.*
>
> *3. Agravo Regimental não provido."*

(AgRg no REsp nº 1.357.679/RS, relatado pelo Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 20.8.2013 e publicado em 13.9.2013).

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. ART. 40, § 4º, DA LEI 6.830/1980. NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA.

1. Caso em que o Tribunal de origem, mantendo a sentença, julgou prescrita a execução fiscal, ante o transcurso do prazo quinquenal entre o pedido de suspensão do processo e o requerimento de novas diligências pelo exequente, com fundamento no art. 40, § 4º, da LEF combinado com o art. 269, IV, do CPC.

2. Paralisado o processo por mais de 5 (cinco) anos impõe-se o reconhecimento da prescrição.

3. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp nº 1.287.856/ES, relatado pelo Ministro BENEDITO GONÇALVES, publicado em 10.8.2012).

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO COM PRÉVIA OITIVA DA FAZENDA PÚBLICA. INTELIGÊNCIA DO ART. 40, § 4º, DA LEI 6.830/1980.

1. "Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato" (art. 40, § 4º, da Lei 6.830/1980, com a redação dada pela Lei 11.051/2004).

2. No caso dos autos, verifica-se que foram respeitadas pela Corte de origem todas as formalidades legais para o reconhecimento de ofício da prescrição intercorrente, conquanto o processo tenha sido regularmente suspenso por um ano, arquivado em seguida e, por fim, haja sido decretada, após ouvida a Fazenda Pública, a prescrição intercorrente pelo decurso do prazo prescricional.

3. Agravo Regimental não provido."

(AgRg no AREsp nº 83.170/RS, relatado pelo Ministro HERMAN BENJAMIN, publicado em 26.6.2012).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DECURSO DE MAIS DE CINCO ANOS DO ARQUIVAMENTO. OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA

Acesso ao Sumário

DA DECISÃO QUE SUSPENDE E ARQUIVA O FEITO. SÚMULA 314/STJ. INOCORRÊNCIA DE INÉRCIA DA FAZENDA PÚBLICA. INVIABILIDADE DA PRETENSÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DA FAZENDA NACIONAL DESPROVIDO.

1. Esta egrégia Corte Superior firmou entendimento de que não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente, ainda que desnecessária a intimação da Fazenda da decisão que suspende ou arquiva o feito, na forma do art. 40 da Lei n. 6.830/80; incide, ao caso, a Súmula 314/STJ.

2. Constata-se dos autos que a agravante foi intimada para se manifestar quanto à prescrição, todavia não apresentou qualquer causa suspensiva ou interruptiva da sua ocorrência.

3. Para se chegar à conclusão diversa da firmada pelas instâncias ordinárias, quanto à inércia da Fazenda Pública, seria necessário o reexame das provas carreadas aos autos, o que, entretanto, encontra óbice na Súmula 7 desta Corte, segundo a qual a pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial.

4. O que se tem dos autos é que, desde o ajuizamento da execução, em 03.03.1999, até a data da sentença reconhecendo a prescrição (15.06.2009), o devedor não respondeu à citação por edital e não foram localizados bens penhoráveis, sendo certo que a execução ficou paralisada desde 2002, razão pela qual não se constata o malferimento à legislação federal indicada ante o reconhecimento da prescrição intercorrente.

5. Não há como deixar de pronunciar a prescrição intercorrente, nos casos em que não encontrados bens penhoráveis para a satisfação do crédito após o decurso do prazo quinquenal contado do arquivamento (REsp. 1.245.730/MG, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 23/04/2012).

6. Agravo Regimental da Fazenda Nacional desprovido."

(AgRg no AREsp nº 41.627/GO, relatado pelo Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, publicado em 28.6.2012).

Houve ciência do procurador a respeito da suspensão do processo, pois consta carimbo atestando tal ciência na folha de despacho que deferiu o pedido de sobrestamento e determinou o seu arquivamento no caso de silêncio da FESP (fls.74).

Destarte, pelo meu voto, nego provimento ao reexame necessário.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 1001914-88.2015.8.26.0024, da Comarca de Andradina, em que é recorrente JUÍZO "EX OFFICIO", é recorrida OTELINA DA SILVA LIMA.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao reexame necessário. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.229)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente) e MOACIR PERES.

São Paulo, 3 de outubro de 2016.

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Isenção de IPVA – Aquisição de veículo automotor por deficiente físico não habilitado para dirigir – Embora a regra excepcional comporte interpretação restritiva, deve-se ter em conta a finalidade da norma – A distinção entre deficiente-condutor e deficiente-usuário investe contra o princípio da razoabilidade, ao qual deve obediência a Administração Pública (art. 111 da CE) – O receio do mau uso de um direito não implica impedir o uso legítimo (*abusus non tollit usum*) – Boa-fé que se presume por princípio geral do direito – Reexame necessário improvido.

VOTO

Vistos, etc.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Otelina da Silva Lima, no qual busca a impetrante o reconhecimento do direito à isenção de IPVA, tendo em vista que é portadora de deficiência física.

O juízo monocrático julgou procedente a ação.

Ausente recurso voluntário.

Há reexame necessário.

O Douto Procurador de Justiça opinou pelo desprovimento do reexame necessário.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Embora a norma excepcional comporte interpretação restritiva, e não ampliativa, deve-se ter em conta a finalidade da regra de isenção, adotando-se, assim, uma interpretação teleológica.

E nem se venha argumentar com a norma do artigo 111, II, do Código Tributário Nacional, que parte de um evidente equívoco do legislador, pois não existe interpretação literal da lei, como demonstra a moderna Teoria Geral do Direito, na base da Filosofia da Linguagem, havendo de se acrescentar que até mesmo para concluir que uma disposição legal é clara, o intérprete há de submetê-la a um exame crítico. Por isto, ultrapassado há muito o brocardo *in claris cessat interpretatio* (a propósito, é rica a bibliografia, podendo-se citar, dentre outras obras, o livro de Luiz Alberto Warat, *Mitos e teorias na interpretação da lei*, Porto Alegre, Ed. Síntese, 1979).

Segundo Carlos Maximiliano, "o hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessárias para satisfazer certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para a qual foi redigida". (Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1984, p.151).

A impetrante é portadora de deficiência que compromete segmentos da função física (CID-10, M17.0, M21.1, Z96.6 e R26.8, fls. 25). Deste modo, revela-se incapaz de dirigir um veículo, necessitando de terceiro que possa conduzi-lo.

A finalidade de qualquer regra de isenção de impostos é promover a realização de valores importantes do ponto de vista social, cultural e econômico. No caso concreto, a regra de isenção inspira-se na promoção da justiça social e da igualdade, havendo de se observar que, no caso do IPI, a norma não faz distinção entre deficiente-motorista e deficiente-usuário.

De fato, a distinção feita pela requerida revela-se injusta, pois não é razoável admitir que o deficiente com severas limitações físicas possa ser colocado em situação de desigualdade em relação àquele que, por ser portador de discretas restrições, acha-se em condições de dirigir o próprio veículo. Interpretação desta natureza seria contrária ao sentido da norma, ofendendo o princípio da razoabilidade que, por preceito constitucional, deve nortear a edição do ato administrativo.

E nem se venha dizer que, à falta desta distinção, estaria aberta a via para o abuso, já que o mau uso de um direito, conquanto possa se verificar nesta ou naquela situação específica, não anula o uso legítimo, nem impede que o direito seja invocado em situação outra. Como já diziam os romanos, *abusus non tollit usum*. Além disso, a boa-fé se presume, por princípio geral de direito, de forma

Acesso ao Sumário

que não se justifica privar o deficiente do uso regular de um direito.

Nestes termos, nego provimento ao reexame necessário.

Para fins de acesso aos Egrégios Tribunais Superiores, ficam expressamente pré-questionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1007153-63.2014.8.26.0362, da Comarca de Mogi-Guaçu, em que são apelantes ESTADO DE SÃO PAULO – PROCURADORIA GERAL DE SÃO PAULO e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelada ELIANE MARQUESI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Não conheceram da remessa necessária, e deram provimento em parte ao recurso da Fazenda do Estado. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.506)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO DELBIANCO (Presidente), LUCIANA BRESCIANI e CARLOS VIOLANTE.

São Paulo, 15 de setembro de 2016.

RENATO DELBIANCO, Relator

Ementa: Apelação/Remessa necessária – Responsabilidade civil do Estado – Indenização – Morte de detento em estabelecimento prisional mantido pelo Estado de São Paulo.

Remessa necessária – Inadmissibilidade – Condenação líquida inferior a quinhentos salários mínimos, imposta à Fazenda Estadual – Não conhecimento.

Responsabilidade civil do Estado – Indenização – Morte do filho da autora na Penitenciária II de Itirapina – Falha de serviço caracterizada – Culpa *in custodiendo* – Responsabilidade objetiva da ré – Comprovado o nexo de causalidade surge, *in re ipsa*, o dever de indenizar.

Dano moral – *Quantum* indenizatório – Quantia bem fixada, dentro dos limites adotados por esta C. Câmara.

Consectários legais – Juros e correção monetária nos termos do art. 1º-F da Lei n.º 9.494/97, com redação determinada pela Lei n. 11.960/09 a partir de sua entrada em vigor, observadas as determinações do C. Supremo Tribunal Federal.

Remessa necessária não conhecida. Recurso de apelação parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação e de remessa necessária interpostos nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais, que foi julgada **parcialmente procedente** pela r. sentença de fls. 359/361.

Recorre a Fazenda do Estado (fls. 364/375) sustentando, em síntese, que a morte do detento se deu por culpa exclusiva da vítima, ao manusear fiação elétrica sem autorização e conhecimento dos prepostos da apelante, circunstância que rompe o nexo de causalidade necessário a ensejar a responsabilidade do Estado. Subsidiariamente, alega, que deve ser reconhecida a culpa concorrente da vítima, reduzindo-se o *quantum* indenizatório, e, ainda, aplicada a Lei n. 11.960/09 aos juros de mora e à correção monetária.

O recurso recebeu resposta (fls. 378/386).

Não houve oposição a julgamento virtual (fl. 390).

É o relatório.

Cuida-se de ação de indenização ajuizada por Elaine Marquesi, mãe de Thiago Roberto Marquesi Goulart, morto na Penitenciária II de Itirapina, em estabelecimento prisional mantido pelo Estado de São Paulo.

A r. sentença houve por bem julgar a ação parcialmente procedente, "*para condenar a requerida a pagar, a título de danos morais, o importe de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais), acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, que incidirão desde a citação e de correção monetária, a partir da data deste arbitramento (Súmula 362, STJ), pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça*."

De início, nos termos do artigo 496, § 3º, inciso II, do Código de Processo Civil, não se conhece da remessa necessária, tendo em vista que a condenação imposta à Fazenda Estadual é líquida e inferior a quinhentos salários mínimos.

Consta dos autos que o filho da autora, ao mexer em lâmpada existente na cela do estabelecimento prisional, teria recebido uma descarga elétrica, e, embora tenha sido socorrido pelos servidores da Penitenciária, veio a óbito no hospital.

Submetido a exame de corpo de delito (fl. 335), concluiu-se que, de fato, a vítima faleceu em decorrência de "*insuficiência respiratória aguda com*

Acesso ao Sumário

consequente parada cárdio-respiratória, por descarga elétrica".

Note-se, ademais, que o laudo pericial elaborado pelo Instituto de Criminalística (fls. 176/181), constatou a existência de fiação precária no interior da cela.

O art. 37, § 6.º, da Constituição Federal prevê que as pessoas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes nessa qualidade causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Hely Lopes Meirelles, por seu turno, ensina que:

"Para obter indenização basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexo causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como seu montante. Comprovados esses dois elementos, surge naturalmente a obrigação de indenizar. Para eximir-se dessa obrigação incumbirá à Fazenda Pública comprovar que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso. Enquanto não evidenciar a culpabilidade da vítima, subsiste a responsabilidade objetiva da Administração"[1].

Em que pesem as alegações da apelante, não se vislumbra, na hipótese, causa excludente da responsabilidade estatal. Não se diga que houve culpa exclusiva da vítima, pois, restou comprovado nos autos que a fiação elétrica no interior da cela era precária.

Assim, inexistindo comprovação acerca de eventual causa excludente da responsabilidade do Estado, é o que basta para configurar o nexo de causalidade entre a omissão da ré que, além de ter o dever de prestar um serviço público seguro e de qualidade, também possui a incumbência de assegurar aos internos o respeito à integridade física e moral (art. 5.º, inciso XLIX, da Constituição Federal), restando, pois, caracterizada a culpa *in custodiendo*, devendo ser objetivamente responsabilizada com fundamento no art. 37, § 6.º, da Constituição Federal.

Pouco importa, nesta senda, que a morte da vítima tenha sido, eventualmente, ocasionada por culpa concorrente, na medida em que esta não afasta a responsabilidade do Estado. Aliás, o que realmente interessa nesta demanda é verificar se agiu ou não a ré com descaso para com o seu dever de custódia e, do contexto probatório coligido, constata-se indubitavelmente que se quedou inerte relativamente às condições mínimas de segurança do filho da autora, não havendo como não se reconhecer a falha na prestação do serviço público.

Em assim sendo, comprovado o nexo de causalidade surge, *in re ipsa*, o dever de indenizar.

Acesso ao Sumário

1 *In* MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 24.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 593.

É cediço que a mensuração da indenização por dano moral que, em verdade é sempre difícil, envolve a aplicação de alguns conceitos preestabelecidos. E estes conceitos quase sempre levam em conta a situação pessoal, social e econômica da vítima e daquele que pede a indenização, bem como daquele que deve pagá-la, a gravidade da lesão, o caráter punitivo para o agente e a natureza compensatória da condenação, não podendo ser fonte de locupletamento, visando indenizar de forma justa a reparação do prejuízo.

Na espécie, o montante fixado pela r. sentença se mostra compatível com os fatores que regem a reparação do dano, quais sejam, a gravidade do dano causado à vítima, os caracteres punitivo-pedagógico e compensatório da medida e a inexistência de enriquecimento sem causa, nos moldes dos parâmetros adotados por este Órgão fracionário em casos semelhantes.

Senão, vejamos:

"RESPONSABILIDADE CIVIL - Indenização por morte de detento causada pela violência praticada por outros presidiários - Omissão estatal caracterizada - Estando o preso sob a custódia estatal, responde o Estado por sua incolumidade física - Dano moral configurado e majorado para 100 salários mínimos - Incidência dos juros de mora a partir da citação - Os ônus da sucumbência devem ser integralmente pagos pela ré - Recursos parcialmente providos." (grifos nossos)

(Apelação n. 994.06.155586-3, Rel. Des. SAMUEL JÚNIOR, j. 04.05.2010).

"MORTE DE PRESO. Indenização. Preso morto por outros. Referências de que a vítima tinha pretensão de assumir a liderança do presídio, de dominar os outros detentos pelo terror e mesmo de que já houvesse extorquido e espancado outros não excluem a responsabilidade do Estado por falhas dos seus mecanismos e recursos de controle dos presídios, que são incapazes de assegurar a integridade de todos os presos sob a sua custódia, de evitar que se agridam e que se matem. Indenização que não está sendo postulada em favor do morto, mas de um filho dele, condenado a viver sem a presença paterna e com o peso emocional da morte dele em tais circunstâncias. Recurso provido para julgar procedente a demanda, fixar indenização por dano moral no equivalente a cem salários mínimos, com correção monetária a partir deste julgamento e juros de mora a partir da data do fato, além de honorários advocatícios, fixados por equidade em dez por cento do valor da condenação, para também remunerar o trabalho profissional de forma compatível com a expressão econômica da demanda. Recurso provido." (grifos nossos)

(Apelação n. 0064008-92.2009.8.26.0576, Rel. Des. EDSON FERREIRA, j. 05.03.2013).

Reexame Necessário e Apelações - Responsabilidade Civil - Morte de interno da Fundação Casa - Falha de serviço caracterizada - Culpa in

custodiendo - Responsabilidade objetiva das rés - Comprovado o nexo de causalidade surge, in re ipsa, o dever de indenizar - Precedentes.

(...) Devida também indenização por dano moral, devendo, no entanto, ser reduzido o montante à quantia correspondente a 100 (cem) salários mínimos ora vigentes no âmbito federal, consoante precedente desta C. Câmara - Reexame necessário e recursos de apelação da Fundação Casa e da Fazenda do Estado parcialmente providos, desprovido o recurso de apelação da autora.

(...)"

(Apelação n. 0009450-51.2013.8.26.0053, Rel. Des. RENATO DELBIANCO, j. 21.10.2014).

Logo, ainda que se reconhecesse a culpa concorrente da vítima na hipótese dos autos, considerando-se o montante concedido a título de ressarcimento pelo dano moral por esta C. Câmara em casos análogos, tem-se que o *quantum* indenizatório fixado pela r. sentença não comporta redução.

Por outro lado, tratando-se de condenação imposta à Fazenda Pública, aos consectários legais incidirá o disposto no art. 1º-F da Lei n.º 9.494/97, com redação determinada pelo art. 5.º da Lei n.º 11.960/09[2], que já se encontrava em vigor por ocasião do ajuizamento da demanda, atentando-se para o que vier a ser decidido por ocasião do julgamento do tema de Repercussão Geral n.º 810[3] (nos termos da medida cautelar concedida nos autos da Rcl n.º 21.147/SE – Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – 06.07.2015) e, na fase de execução (período entre a inscrição do crédito em precatório e o seu efetivo pagamento), para o tanto quanto decidido pelo Pleno do Excelso Pretório, em sede de questão de ordem, nos autos das ADI's n.os 4.357 e 4.425[4].

Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional aventada, observado que é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido analisada.

Ante o exposto, pelo meu voto, **não conheço** da remessa necessária e **dou parcial provimento** ao recurso de apelação da Fazenda do Estado.

Acesso ao Sumário

2 Art. 5.º O art. 1.º-F da Lei n.º 9.494, de 10 de setembro de 1997, introduzido pelo art. 4.º da Medida Provisória n.º 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, passa a vigorar com a seguinte redação: "*Art. 1.º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança*".

3 Suscitado nos autos do RE n.º 870.947/SE, cuja ementa ora se transcreve: "*DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. TEMA 810. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA*" (STF – Pleno – Rel. Min. LUIZ FUX – j. 16.04.2015).

4 Julgada em 25.03.2015.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0048404-29.2016.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que é suscitante 1ª CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitado 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Turma Especial - Publico do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.554)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUCIANA BRESCIANI (Presidente), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, LUIS GANZERLA, ERBETTA FILHO, SIDNEY ROMANO DOS REIS, WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, FERMINO MAGNANI FILHO, EDUARDO GOUVÊA, MOREIRA DE CARVALHO, LUIZ FELIPE NOGUEIRA, RUBENS RIHL, LEONEL COSTA, HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, PAULO GALIZIA e FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA.

São Paulo, 7 de outubro de 2016.

PAULO BARCELLOS GATTI, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA – FASE DE EXECUÇÃO – PRECATÓRIO – MORATÓRIA CONSTITUCIONAL (ART. 78, DO ADCT) – Incidente originado de agravo de instrumento interposto nos autos de ação de indenização por desapropriação indireta – decisão agravada que homologou os cálculos apresentados pelo DEPRE, com consequente reconhecimento da quitação integral do débito por parte da Fazenda Estadual em favor do INOCOOP – ressalva de que permaneceria obstado o levantamento dos valores ainda depositados em Juízo, por força de provimento cautelar proferido pela 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente no bojo de outra demanda envolvendo as mesmas partes e o Ministério Público (ação civil

Acesso ao Sumário

pública – Processo nº 0014747-84.1996.8.26.0554) – distribuição do agravo, por prevenção, à 5ª Câmara de Direito Público, que declinou de sua competência por considerar a possibilidade de decisão conflitante com aquela proferida pela Câmara Especializada – redistribuição do feito à 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, com suscitação de conflito negativo de competência, sob o argumento de que, nos pontos em que impugnada a decisão, não se revela qualquer controvérsia sobre matéria de direito ambiental – acerto da C. Câmara Suscitante prevenção gerada em favor da 5ª Câmara de Direito Público (art. 105, do RITJSP) – controvérsia de natureza estritamente administrativa (possibilidade, ou não, de incidência de juros de mora durante o período de moratória do art. 78, do ADCT; ofensa à *coisa julgada*) ordem cautelar de suspensão do levantamento de valores que, além de já se encontrar com o prazo de eficácia expirado, não revela matéria de direito ambiental – ausência de risco de decisões conflitantes. Conflito julgado procedente, para fixar a competência da 5ª Câmara de Direito Público.

VOTO

Vistos.

Trata-se de incidente de conflito negativo de competência suscitado pela **1ª CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE** deste Tribunal de Justiça, nos autos da "ação de desapropriação indireta", já em fase de execução, ajuizada pelo **INSTITUTO DE ORIENTAÇÃO ÀS COOPERATIVAS HABITACIONAIS DE SÃO PAULO – INOCOOP-SP** em face da **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.**

Consta dos autos que, em razão de ilícito apossamento administrativo promovido pela ré sobre o imóvel denominado "Haras São Bernardo" (antiga Chácara da Baronesa, em São Bernardo do Campo), foi ela condenada, por decisão transitada em julgado ainda no ano de 1993, ao pagamento de correspondente indenização, passível ressarcir o prejuízo provocado (**Processo nº 0000178-93.1987.8.26.0554**).

Após sucessivas tratativas com o intuito de viabilizar o pagamento do débito, foi este submetido ao regime da ***moratória constitucional*** previsto no art. 33, do ADCT, sendo que, das 10 parcelas do precatório, restou pendente

Acesso ao Sumário

apenas a última, no valor aproximado de R$ **14.000.000,00**, a ser adimplida em **12.2010**.

Ocorre que, paralelamente à ação de desapropriação indireta, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO promoveu ***ação civil pública*** em face do INOCOOP (**Processo nº 0014747-84.1996.8.26.0554**), objetivando a adequada desocupação do imóvel expropriada pela Administração Estadual, assim como a recuperação ambiental das áreas degradadas. Esta demanda, embora tenha sido julgada improcedente na origem, resultou na condenação do INOCOOP, por acórdão proferido pela, até então existente, Câmara Especial do Meio Ambiente, sob a relatoria do eminente Desembargador TORRES DE CARVALHO, ao pagamento de indenização em favor do Estado, em montante equivalente ao custo por este suportado com o procedimento de desocupação e recuperação da área expropriada, considerando que, tal obrigação, incumbia, em verdade, à cooperativa (e-fls. 296/305).

Por esta razão, o Estado de São Paulo solicitou nos autos da ação civil pública o bloqueio dos valores reservados para pagamento da última parcela do precatório expedido nos autos da ação de desapropriação indireta, o que foi deferido pelo Juízo de primeiro grau. A decisão foi objeto de impugnação pelo INOCOOP, via agravo de instrumento (Agravo de Instrumento nº 0079524-66.2011.8.26.0000), distribuído, por prevenção, à 1ª Câmara Reservada do Meio Ambiente, novamente sob a relatoria do eminente Desembargador TORRES DE CARVALHO, que, por seu turno, deu parcial provimento ao recurso, nos seguintes termos: "*O voto é pelo provimento em parte do agravo para revogar a ordem de bloqueio do pagamento da última parcela da desapropriação e substituir a medida pela suspensão cautelar do levantamento do dinheiro pelo prazo de um ano, com as observações feitas no acórdão.*" (*e*-fls. 270/280, **j. 25.08.2011**).

Sobrevieram diversos pedidos do Estado de São Paulo no sentido de que fosse prorrogado o decreto de suspensão cautelar, ao menos enquanto não apurada a real extensão dos danos por ele suportados (e-fls. 324/326, 333/337 e 409) o que foi deferido pela C. Câmara Reservada ao Meio Ambiente, pelo prazo fatal de 1 ano, **com termo em 06.2015.**

Finalmente, voltando para os autos da ação de desapropriação indireta e já aos **23.07.2015**, a Fazenda Estadual se manifestou no sentido de que havia despendido **R$ 28.824.355,91** no cumprimento da obrigação de fazer que incumbia ao INOCOOP, solicitando o levantamento da 10ª e última parcela do precatório ainda reservada em Juízo (e-fl. 410). Este, por seu turno, após notícia do DEPRE dando conta da quitação integral do precatório, declarou extinta a obrigação, **mas manteve suspensa a ordem de levantamento em favor das partes, frente à pendência de resolução a respeito dos recíprocos créditos.**

Acesso ao Sumário

E, foi exatamente contra esta decisão, que o INOCOOP interpôs o **Agravo de Instrumento nº 2014846-32.2016.8.26.0000**, no qual se originou o presente conflito negativo de competência.

Em sua minuta, a cooperativa-agravante, **sem referir qualquer questão de ordem ambiental**, limitou-se a aduzir que: (i) não poderia ter sido determinada a exclusão de juros de mora das parcelas do precatório já adimplidas pela Fazenda Pública, ainda que submetidas às moratórias dos arts. 33 e 78, do ADCT; (ii) seria possível o levantamento dos valores depositados em Juízo, já que a ordem de suspensão, cujo prazo de um ano foi expirado, não mais prevalece diante da inércia da Fazenda Pública em cumprir com sua obrigação (e-fls. 01/24).

Inicialmente distribuído à 5ª Câmara de Direito Público, órgão prevento por ter primeiro conhecido da ação de desapropriação indireta (*e*-fl. 424), sob a relatoria do eminente Desembargador FIRMINO MAGNANI FILHO, o recurso não foi conhecido, pelo fundamento de que: "*(...) Saliente-se a obrigação de o Estado recompor área degradada, mas indenizado dessas despesas de recomposição pelo INOCOOP, o que eventualmente sairá deste depósito [10ª parcela do precatório]. Está claro que a questão decidida na desapropriação indireta imbrica-se agora com a questão ambiental (...).* ***Necessária a tomada de providências para evitarem-se julgamentos conflitantes.***" (*e*- fls. 429/433).

O agravo foi, então, redistribuído à 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente (e-fl. 436), sob a relatoria do Exmo. Desembargador TORRES DE CARVALHO, que, por decisão unânime, não conheceu do recurso, **suscitando o conflito negativo**, nas seguintes palavras: *"(...) Como se extrai da narrativa acima, são duas ações distintas, com objetos diversos (na desapropriação, o cálculo, o depósito e pagamento da indenização; na ação ambiental, a recomposição ambiental de área protegida invadida por terceiros), e que possuem apenas um ponto de contato: o juiz da ação ambiental determinou o bloqueio do depósito realizado na ação de desapropriação para o pagamento de remoção das pessoas lá alojadas e da recuperação da área degradada. (...) Este agravo foi interposto nos autos da ação de desapropriação indireta; a controvérsia cinge-se ao valor da décima e última parcela do precatório e à inclusão dos juros moratórios no período de moratória do art. 78 do ADCT, bem como ao levantamento do valor depositado.* ***É incidente próprio à ação de desapropriação e restrito a esse processo, que foge à competência das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente (...) Não há interesse ambiental na lide em que interposto este agravo e a anterior apreciação de recursos interpostos nos autos da ação civil pública ambiental, de toda dissociada do feito expropriatório, não tem o condão de atrair a prevenção da Câmara especializada"*** (*e*-fls. 444/449).

Este é, em síntese, o relatório.

Acesso ao Sumário

VOTO

Anote-se, de início, a competência desta Turma Especial para julgamento do presente conflito, nos termos do art. 32, IV, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça, visto tratar-se de conflito de competência entre Câmaras da Seção de Direito Público.

No mérito, assiste razão à Colenda 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, suscitante do conflito, senão vejamos.

Esclarecidas as circunstâncias que deram origem ao presente incidente, deve-se anotar que, como bem destacado pela Câmara-suscitante, a matéria controvertida no recurso e devolvida ao conhecimento deste Tribunal de Justiça diz respeito: ***(i)*** ao acerto do decreto de exclusão dos juros moratórios das parcelas de precatório adimplidas pela Fazenda do Estado sob o regime da moratória do art. 33, do ADCT, assim como daquela que ainda se encontra pendente (10ª), e que foi submetida à moratória do art. 78, do ADCT; ***(ii)*** à possibilidade de levantamento dos valores relativos a esta última parcela, diante do decurso de mais de um ano a partir da data da decisão judicial que determinou a sua suspensão.

Destarte, nada há que envolva matéria de direito ambiental, apta a atrair a competência da Câmara Especializada.

Adira-se que o agravo de instrumento, originário do incidente, foi [corretamente] interposto nos autos da ação de desapropriação indireta [e não na ação civil pública], fazendo exsurgir a causa de **prevenção** da 5ª Câmara de Direito Público (responsável pelo julgamento da apelação e de outros agravos no curso da demanda), conforme disposição do **art. 105, do RITJSP**. Confira-se a literalidade deste último dispositivo legal:

> **Art. 105.** A Câmara ou Grupo que primeiro conhecer de uma causa, ainda que não apreciado o mérito, ou de qualquer incidente, terá a competência preventa para os feitos originários conexos e para todos os recursos, na causa principal, cautelar ou acessória, incidente, oriunda de outro, conexa ou continente, derivadas do mesmo ato, fato, contrato ou relação jurídica, e nos processos de execução dos respectivos julgados.

Ainda, é importante advertir que as ordens de suspensão de levantamento dos valores (provimento cautelar – arresto) exaradas nos autos do Agravo de Instrumento nº 0079524-66.2011.8.26.0000 e Agravo de Instrumento nº 2089539-55.2014.8.26.0000, que serviram de motivo para a declinação de competência pela C. 5ª Câmara de Direito Público, sequer subsistem no plano jurídico, não podendo, por conseguinte, gerar qualquer risco de "decisões conflitantes".

Note-se, aliás, que o prazo fatal de 1 ano concedido pela última decisão colegiada (e-fls. 276/290), expirou em **06.2015**, inexistindo pendência sobre

Acesso ao Sumário

este ponto perante o Juízo da ação civil pública ambiental.

Portanto, conclui-se que a 5ª Câmara de Direito Público, por força do disposto no retrotranscrito art. 105, do RITJSP, já tivera sua competência previamente firmada para conhecer de recursos posteriores interpostos na mesma causa principal, tendo em vista que se perfez o fenômeno processual denominado *perpetuatio jurisdicionis*.

De fato, não se descuida que parcela das *causas de pedir* dos Processos nº 0000178- 93.1987.8.26.0554 (ação de indenização por desapropriação indireta) e nº 0014747-84.1996.8.26.0554, (ação civil pública) conhecidos, respectivamente, pelas C. 5ª Câmara de Direito Público e 1ª Câmaras Reservada ao Meio Ambiente, decorrem de um mesmo fato (imóvel ilicitamente apossado pela Administração), o que sugere a **conexão** entre as demandas.

Todavia, conforme visto, além do singelo liame não versar matéria de competência própria das Câmaras especializadas, inexiste risco de decisões conflitante, pelo que o conflito de competência exsurgido entre os órgãos jurisdicionais deve ser resolvido à luz da **prevenção**, que para a ação de desapropriação indireta foi firmada em favor da 5ª Câmara de Direito Público.

Este, inclusive, foi o entendimento adotado pela C. Turma Especial de Direito Público em caso análogo. Confira-se:

> "CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Proposta de ação para discutir o valor de indenização decorrente de desapropriação do imóvel do demandante – inexistência de litígio de matéria ambiental – Anterior ação civil pública acerca da região que não afeta o objeto deste pleito – Matéria administrativa que se enquadra na competência de uma das Câmaras de Direito Público – Incompetência das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente – Competência da C. Câmara Suscitada – Conflito procedente." **(Conflito de Competência nº 0066695-14.2015.8.26.0000, Turma Especial, Rel. Des. ÁLVARO PASSOS, j. 27.11.2015).**

Em suma, cuidando-se de causa principal em que já firmada a **prevenção** da 5ª Câmara de Direito Público, a competência para apreciar os recursos posteriores nela interpostos cabe ao mesmo órgão fracionário da Seção de Direito Público.

Ante o exposto, **JULGA-SE PROCEDENTE** o conflito de competência, para declarar competente a Colenda 5ª Câmara de Direito Público.

Acesso ao Sumário

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0025521-31.2013.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que são embargantes/embargados CARLA DA ASSUNÇÃO NEVES VELOSO CARLOS (JUSTIÇA GRATUITA), ALÍCEA DA ASSUNÇÃO NEVES VELOSO CARLOS (JUSTIÇA GRATUITA) e UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Recurso da USP rejeitado e acolhido o recurso das autoras, apenas para fins de esclarecimento, não alterando ou modificando o resultado do acórdão, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.105)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente sem voto), LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ e RUBENS RIHL.

São Paulo, 5 de setembro de 2016.

DANILO PANIZZA, Relator

Ementa: EMBARGOS DECLARATÓRIOS – PRETENSÃO DE OMISSÃO – INOCORRÊNCIA.

A alegação de ocorrência do defeito de omissão, não confirmado no texto não propicia efeito modificativo.

Recurso apresentado com única finalidade de caracterizar omissão da matéria ventilada para fins de acesso aos Tribunais Superiores.

Ausência do defeito mencionado e de previsão legal a amparar a pretensão (art. 535 do CPC).

Recurso da USP rejeitado e acolhido o recurso das autoras, apenas para fins de esclarecimento, não alterando ou modificando o resultado do acórdão.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Carla da Assunção Neves Veloso Carlos e Alícea da Assunção Neves Veloso

Carlos apresentaram embargos declaratórios, a partir de fls. 155/158, alegando que constou erro material no v. acórdão, posto que o valor da indenização por danos morais constou R$ 80.000,00 (cem mil reais), bem como dúvida quanto a data do termo inicial do pagamento referente aos danos materiais fixados em 2/3 do salário mínimo para cada uma das autoras, até atingirem a maioridade; também a Universidade de São Paulo apresentou embargos declaratórios a fls. 161/173, discorrendo da omissão do v. acórdão ao fundamentar o evento morte, como responsabilidade objetiva do Estado, uma vez que a vítima foi morta dentro do prédio da ré, não havendo prova de que a localização da lanchonete ficava dentro do prédio; e que há guardas e vigilância; bem como incabível pensão mensal até que as autoras completem a maioridade. Prequestionam a matéria, pedindo acolhimento do recurso.

É o relatório.

Em que pese o argumento expandido pela embargante, o certo é que a pretensão não pode ser acolhida, visto não encontrar amparo legal a justificar seu inconformismo, em razão de o art. 535 do CPC não trazer em seu bojo qualquer indicação a socorrer tal postulação.

Por outro lado, o defeito mencionado incorre, considerando que o v. aresto trouxe a fundamentação necessária, dando atendimento ao disposto no inc. IX do art. 93 da CF.

Quanto aos **embargos das autoras**, nada a ser modificado, apenas para fins de esclarecimento, posto que constou do parágrafo:

"...Quanto aos **danos materiais**, na ausência de comprovação de renda que auferia na época, fica estabelecida a **pensão de 2/3 do salário mínimo para cada uma das autoras, até atingirem a maioridade.**

(...)

*Assim, de rigor a **procedência em parte** da demanda, condenando a ré ao pagamento de **R$ 80.000,00 (oitenta mil reais) às autoras, a título de danos morais**, salientando que, para **cumprimento do julgado**, registre-se que a **correção monetária** deverá prevalecer desde a data do arbitramento (Súmula 362, do STJ) e com incidência dos **juros moratórios, a partir do evento danoso** (Súmula 54, do STJ), quanto ao índice de atualização, registra-se que os juros de 1% ao mês, não se pode aplicar, pois o Código Civil disciplina relações privadas e a norma próxima de aplicação dos acréscimos às relações de direito público é a da Lei nº 9.494/97 (art. 1º-F) e suas atualizações.*

Assim, tem-se que a indenização por danos morais é de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), com a devida correção desde o evento danoso; bem como a pensão mensal, que tendo em vista a maioridade atingida, **passa a ser de cunho reparatório, com a devida correção.**

Quanto aos **embargos da Universidade de São Paulo**, nada a reparar,

Acesso ao Sumário

conforme constou do v. acórdão:

"...A ré pretende se eximir de qualquer responsabilidade, justificando que o campus é um local aberto, franqueado ao público (apesar de ser um bem público de uso especial), e devido ao grande contingente de pessoas que para lá se dirigem (mormente durante dias de semana e aos sábado, até determinado horário), é manifestamente inviável realizar qualquer espécie de triagem. Ou seja, as pessoas o frequentam livremente, não sendo possível restringir o acesso, como ocorre em determinadas universidades particulares.

Ora, não há que se falar em falta de serviço, pois não há serviço de vigilância, considerando que é obrigação da ré a proteção das pessoas que frequentam a Universidade.

Assim, o nexo causal está comprovado, na medida em que os ***menores adentraram em suas dependências****, sem nenhum obstáculo, não disponibilizando a ré condições de segurança aos alunos, professores e funcionários,* ***descuidando de seu dever de guarda e vigilância dentro das dependências acadêmicas, o que resultou em falha típica e omissão de regular serviço de incumbência da Administração.***

A jurisprudência é majoritária no sentido do reconhecimento do princípio do "risco administrativo no artigo 37, § 6º da Constituição da República" (Apelação Cível nº 186.305-1, Relação Desembargador Euclides de Oliveira). Nesta mesma linha: RT, 730/103; JTJ, 203/79; Apelação Cível nº 87.915-5, Relator Desembargador Alberto Gentil; JTJ, 192/120; RT, 757/290, entre outras.

Daí, parece ser pertinente analisar o contexto deduzido sob o âmbito da responsabilidade objetiva, consoante depreende-se do ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello: "É razoável e impositivo que o Estado responda objetivamente pelos danos que causou. Mas só é razoável e impositivo que responda pelos danos que não causou quando estiver de ***direito obrigado a impedi-los****" (v;. Curso de Direito Administrativo, Ed. Malheiros, 17ª ed., p. 897).*

Reconhecida a responsabilidade da ré, está configurado o dever de indenizar. Nesta linha, quanto aos danos morais, deve-se considerar que a indenização não constitui reparação, mas sim uma compensação, eis que, a dor, a aflição e o incômodo sofridos não podem ser mensurados. A compensação pode ser razoavelmente estabelecida, até como solução de equidade. E, não havendo um critério legal para a fixação dos danos morais, entendo que devem ser arbitrados levando-se em consideração o prejuízo causado, a gravidade do dano e as condições do causador do dano, servindo a condenação como uma punição, para que este seja desestimulado a reiterar a conduta e, ao mesmo tempo, não sirva de enriquecimento ilícito à outra parte, que deve ter

Acesso ao Sumário

proporcionada uma satisfação justa.

*Assim, quanto ao **dano moral** que, na lição jurisprudencial do Ministro Nilson Naves do STJ "é todo sofrimento humano resultante da lesão de direitos da personalidade. Seu conteúdo é a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, em geral uma dolorosa sensação experimental pela pessoa." (RSTJ, 47/159).*

Não resta dúvida de que a perda de um ente querido possui magnitude significativa, posto que a vida é o bem maior do ser humano..."

Com relação a alegada prescrição, esta manteve-se afastada, posto que **na data do evento** as autoras **eram menores de idade, contando com 2 (dois) anos.**

Assim, a alegação de prescrição tendo em vista as menores terem atingido a maioridade, em nada afeta o resultado do voto, posto que a pensão mensal, estabelecida desde o evento danoso até quando atingiram a maioridade, **passa a ser de cunho reparatório, com a devida correção.**

Em que pese a argumentação das Embargantes, entendo que o recurso da autarquia não deve prosperar e o recurso das autoras deve ser acolhido apenas em caráter de aclaramento.

Por conseguinte, importante deixar consignado que os embargos declaratórios não se mostram via adequada para rediscutir a matéria já analisada e julgada, devendo a recorrente valer-se dos meios próprios para tanto, até porque "*não se admitem embargos de declaração infringentes, isto é, que, a pretexto de esclarecer ou completar o julgado anterior, na realidade buscam alterá-lo*" (RTJ 90/659; no mesmo sentido: RSTJ 109/365; RT 527/240; RSTJ 114/351, dentre outros).

O C. Superior Tribunal de Justiça pontifica que delira da via declaratória a decisão que nos embargos de aclaramento rejulga a causa (REsp. 2604-AM RSTJ 21/289).

Portanto, a irresignação trazida pela autarquia não encontra guarida, visto que os embargos declaratórios não se prestam para fins de prequestionamento, ante a ausência de disposição legal a albergar o presente pedido (art. 535 do CPC), admitido, no entanto, de acordo com os termos da Súmula nº 98 do STJ.

Com isto, **rejeita-se** o recurso da USP e acolhe-se o recurso das autoras apenas para fins de esclarecimento, sem alteração do voto ou efeito modificativo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2115101-95.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é

embargante CHRISTIAN HARISSON QUEIROZ, é embargado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.047)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente) e VICENTE DE ABREU AMADEI.

São Paulo, 5 de setembro de 2016.

RUBENS RIHL, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Erro material apontado – Ocorrência – Acórdão proferido sob a égide do Código de Processo Civil de 2015 – Aplicabilidade do art. 300 do novel Código – Contradição – Ocorrência – Acórdão que incorreu em contradição ao afirmar que a perícia a qual teria determinado que o invólucro de plástico localizado com o autor continha maconha foi realizado no procedimento administrativo disciplinar nº 8.362/2014, quando, na verdade, foi realizado nos autos do Inquérito Policial nº 462/2014, da 2ª Delegacia de Crimes Funcionais da Corregedoria da Policial Civil deste Estado – Contudo, o desprovimento do recurso deve ser mantido, eis que ausente o requisito da probabilidade do direito – Embargos acolhidos para correção de erro material e para sanar contradição, sem efeito modificativo.

VOTO

Cuida-se de embargos de declaração opostos ao acórdão de fls. 981/988, o qual, à unanimidade de votos, negou provimento agravo de instrumento interposto pelo embargante.

Sustentou o embargante que o aresto incorreu em erro material, visto que, embora o recurso tenha sido interposto sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, a fundamentação da decisão menciona o art. 273 do antigo código.

Defendeu, outrossim, a ocorrência de obscuridade, pois a prova pericial que teria determinado que o invólucro plástico localizado com o autor continha maconha não foi produzido no Procedimento Administrativo Disciplinar nº

Acesso ao Sumário

8.362/2014, mas sim nos autos do Inquérito Policial nº 462/2014, da 2ª Delegacia de Crimes Funcionais da Corregedoria da Policial Civil deste Estado.

Por fim, afirmou que o prejuízo suportado por ele em razão do indeferimento das providências requeridas no Procedimento Administrativo Disciplinar nº 8.362/2014 foi a sua não confirmação no cargo de Agente Policial.

Pediu, assim, o acolhimento dos embargos para a correção do erro material, bem como para que sejam sanados os vícios apontados.

É o relatório.

Razão assiste ao embargante no tocante ao erro material constante no corpo do acórdão. Destarte, em face do manifesto erro material, onde consta:

"Com efeito, esta Colenda Câmara de Direito Público tem reiteradamente decidido que a antecipação da tutela é faculdade atribuída ao magistrado, prendendo-se ao seu prudente arbítrio e livre convencimento, dependendo a concessão de prova inequívoca e convencimento da verossimilhança da alegação e ainda dos requisitos elencados nos incisos I e II, do artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época da interposição do recurso."

Deverá passar a constar:

"Com efeito, esta Colenda Câmara de Direito Público tem reiteradamente decidido que a tutela de urgência é faculdade atribuída ao magistrado, prendendo-se ao seu prudente arbítrio e livre convencimento, dependendo a concessão da presença de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (art. 300 do CPC/15)"

Além disso, verifica-se que o acórdão incorreu em contradição ao afirmar que foi realizado no Procedimento Administrativo Disciplinar nº 8.362/2014 a perícia que teria determinado que o invólucro de plástico localizado com o autor continha maconha, quando, na verdade, esta ocorreu nos autos do Inquérito Policial nº 462/2014, da 2ª Delegacia de Crimes Funcionais da Corregedoria da Policial Civil deste Estado.

Acesso ao Sumário

Contudo, ainda que referido laudo pericial não tenha sido produzido nos autos do Procedimento Administrativo Disciplinar nº 8.362/2014, fato é que não se vislumbra nenhuma ilegalidade no referido processo que viabilize a antecipação da tutela recursal para determinar que o agravante seja imediatamente reintegrado no cargo de Agente Policial.

Pelo contrário, como afirmado no aresto, no referido procedimento administrativo o agravante constituiu advogado, apresentou defesa preliminar instruída de documentos, assim como houve a oitiva de testemunhas, não se entrevendo, numa análise perfunctória que é própria desta fase recursal, nenhum cerceamento de defesa ou ilegalidade.

Ademais, importante ressaltar que as alegações unilaterais do autor de que teria sido aprovado na disciplina de direção defensiva do Curso de Formação de Agente Policial, de que não restou demonstrado no Inquérito Policial nº 190/14 que teria praticado apologia ao crime ou tráfico de drogas, bem como de que não há prova alguma de que tivesse consumido substância entorpecente, conforme disposto no BO nº 255/14, demanda a instauração do contraditório.

De fato, nota-se que o agravante, nos diversos procedimentos em que argumenta ter sido injustamente submetido, faz menção a testemunhas e relatórios que lhe favorecem, devendo, por prudência, ser oportunizado a Fazenda do Estado de São Paulo o devido contraditório.

Em resumo, não se vislumbra a probabilidade do direito necessária para a concessão da tutela de urgência, ficando mantido o desprovimento do recurso.

Por fim, registre-se que não há nada a esclarecer na parte da fundamentação do aresto que afirma que "*o agravante relata que houve cerceamento de defesa, eis que teve indeferido seu pedido de providências, mas não demonstra quais foram os prejuízos efetivos que este indeferimento lhe trouxe*". Decerto, o agravante não demonstrou a pertinência das providências que requereu "*nos autos do Procedimento Administrativo DGP. 8.362/13 (anexos 02 usque 23 do documento número 01), à folhas 376 usque 381 do anexo 17 daquele mesmo documento*" (fl. 26), e que lhe foram indeferidas pelo autoridade policial "*às folhas 375 do anexo 16 do documento número 01*" (fl. 28).

Para que fique claro, o agravante não demonstrou qual seria a utilidade efetiva do deferimento das providências requeridas, razão pela qual não se identifica cerceamento de defesa que macule o procedimento.

Diante do exposto, acolho os embargos de declaração opostos para corrigir o erro material apontado, assim como para sanar contradição, mas sem efeitos modificativos, eis que mantido o desprovimento do agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1006352-53.2014.8.26.0361/50000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é embargante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO - FESP, são embargados MARIA JOSE DOS SANTOS LUSTOSA, VILMA TERESA PADILHA, ATAILDE AIRES PIMENTA, CLAUDIA ANTONIA DOS SANTOS, FATIMA APARECIDA TOMAZ, LUCIA APARECIDA FERREIRA SANTOS, MIRIAM VIEIRA DE ARAUJO, MARIO DONIZETE NOGUEIRA, PEDRO CORREIA, RAQUEL SARMENTO, SUELI ALVES GUIMARAES BARREIRA e VANIA BERNADETE DE LIMA.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Não conheceram os embargos da parte autora e rejeitaram os embargos da Fazenda do Estado. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.178)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ LUIZ GERMANO (Presidente) e OSVALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 12 de setembro de 2016.

EDSON FERREIRA, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. O acórdão embargado determinou correção monetária pelo IPCA, afastando expressamente a aplicação da Lei 11960/2009, de modo que não são conhecidos os embargos da parte autora. Embora a decisão do Supremo Tribunal Federal seja restrita aos precatórios, estabeleceu o descabimento do uso da taxa referencial ou dos rendimentos das cadernetas de poupança como fator de correção monetária, pela razão simples de que não refletem a desvalorização da moeda que a correção monetária objetiva recompor. Aplicação afastada que não viola a cláusula de reserva de plenário do artigo 97 da Constituição Federal e da Súmula Vinculante nº 10 do STF, providência dispensada pelos artigos 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil anterior e 949, parágrafo único, do atual porque já houve pronunciamento do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. Como não houve modulação de efeitos em relação à Lei 11960/2009, declarada inconstitucional por arrastamento, não incide hipótese de afronta aos artigos 27 e 28 da Lei 9868/1999. Não incidindo, pois, hipótese de omissão, contradição ou obscuridade, tampouco motivo excepcional para a revisão do julgamento. Não conhecidos os embargos da parte autora e rejeitados os embargos de Fazenda do Estado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de dois embargos de declaração a acórdão que concedeu a servidores públicos estaduais o cálculo dos quinquênios sobre todas as verbas

não eventuais que lhes integram a remuneração regular, postulando a parte autora que a correção monetária não seja na forma da Lei 11960/2009 e Fazenda do Estado a sua aplicação integral da Lei 11960/2009, com pronunciamento sobre o tema de repercussão geral 810 do Supremo Tribunal Federal, artigos 97 da Constituição Federal, 97 e 98 da Lei 9868/1999 sobre modulação de efeitos.

O acórdão embargado determinou correção monetária pelo IPCA, afastando expressamente a aplicação da Lei 11960/2009, de modo que não são conhecidos os embargos da parte autora.

Quanto aos embargos opostos por Fazenda do Estado, de fato, a modulação dos efeitos, em 25 de março de 2015, nas ADI 4357 e 4425, se limitou aos precatórios, por isso remanescendo sem modulação o reconhecimento, por arrastamento, de inconstitucionalidade do uso da taxa referencial como fator de correção monetária, pela razão simples de que não reflete a desvalorização da moeda que a correção monetária objetiva recompor.

A decisão da Corte Maior, embora restrita aos precatórios, estabeleceu o descabimento do uso da taxa referencial ou dos rendimentos das cadernetas de poupança como fator de correção monetária, sendo por isso afastada a providência da cláusula de reserva de plenário do artigo 97 da Constituição Federal e da Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal pelo disposto nos artigos 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil anterior e 949, parágrafo único, do atual, porque já houve pronunciamento do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Como não houve modulação de efeitos em relação à Lei 11960/2009, declarada inconstitucional por arrastamento, não incide hipótese de afronta aos artigos 27 e 28 da Lei 9868/1999.

Em tais condições, não são conhecidos os embargos da parte autora e, não incidindo hipótese de omissão, contradição ou obscuridade, tampouco motivo excepcional para a revisão do julgamento, são rejeitados os embargos de Fazenda do Estado.

Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 3000770-66.2013.8.26.0072, da Comarca de Bebedouro, em que é apelante MUNICÍPIO DE BEBEDOURO – SP, é apelado ANTÔNIO DONIZETE RODRIGUES (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito

Acesso ao Sumário

Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: ACÓRDÃO READEQUADO. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.887)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ LUIZ GERMANO (Presidente) e EDSON FERREIRA.

São Paulo, 14 de setembro de 2016.

J. M. RIBEIRO DE PAULA, Relator

Ementa: RECURSO ESPECIAL – Juízo de retratação – CPC, art. 1.030, II, do CPC – Julgamento do STJ, Ministra Maria Tereza de Assis Moura, REsp. 1.101.726/SP – URV – Fundamento de desconformidade com a Lei Federal nº 8.880, de 1994 – Prejuízo que persiste nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação não demonstrado – Presunção de que as diferenças foram corrigidas – Entendimento do STF – Ação improcedente – RE prejudicado – Acórdão readequado.

VOTO

Por v. Acórdão de 06/11/2015[1] esta C. 12ª Câmara deu provimento a recurso de apelação do Município de Bebedouro, reconheceu prescrição e julgou improcedente a ação, envolvendo a questão da Lei nº 8.880, de 27/5/94, que dispôs sobre conversão dos salários em *Unidade Real de Valor (URV)* em 1º/3/94.

Interpõe o autor Recurso Especial alegando que o v. acórdão não poderá prevalecer, diante da negativa de vigência da Súmula nº 85 do STJ, reconhecendo que nas ações que visam a percepção de diferenças salariais advindas da conversão da moeda em URV, é uma relação de trato sucessivo.[2]

Despacho da E. Presidência da Seção de Direito Público ordenando retorno dos autos à Turma Julgadora, para eventual adequação da fundamentação e/ou manutenção da decisão em cumprimento da decisão do C. Superior Tribunal de Justiça.[3]

É o relatório.

É possível a retratação do v. acórdão, nos termos do disposto no art. 1.030, II, do CPC/2015.

Acesso ao Sumário

1 Acórdão, fls. 168/176.

2 Recurso Especial, fls. 179/187.

3 Fl. 190.

Ação fundada na Lei nº 8.880, promulgada no já distante ano de 1994, há 22 anos, e ainda vem sendo objeto de uma torrente de ações judiciais por alegado erro de conversão.

Ressalvo o entendimento desta Relatoria por acolhimento da tese da prescrição do próprio direito, que não há de ser imponderavelmente eterno e fluídico, sério motivo de insegurança jurídica nas relações entre o Estado e seus servidores.

Examina-se, todavia, o mérito da demanda, à vista do posicionamento do STJ no Recurso Especial n° 804591-RS, de que "nas ações em que os servidores públicos pleiteiam diferenças salariais decorrentes da conversão do Cruzeiro Real em URV, não se opera a prescrição do fundo de direito, mas apenas das parcelas vencidas anteriormente ao quinquênio que antecedeu a propositura da demanda. Inteligência da Súmula 85/STJ. Precedentes".[4]

Trata-se de lei de âmbito e aplicação nacional, que tem sentido de estabilização econômica e de *padrão monetário*, aplicável, portanto, a disciplina do *Plano Real* aos servidores das três esferas de governo.

O art. 22 da Lei 8.880/94 estabeleceu os parâmetros para a conversão e, adotando referidos critérios, deveria o autor demonstrar que as diferenças ainda persistem nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

O direito à conversão não implica, por si só, no reconhecimento de diferenças a serem pagas aos servidores, sendo imprescindível a prova efetiva do prejuízo. Nesse sentido:

SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. CONVERSÃO DA MOEDA EM URV. LEI N. 8.880/94. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. REEXAME DE PROVA. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA. I - A conversão dos salários dos servidores públicos civis federais, estaduais e municipais, bem como dos militares, em URV, a partir de março de 1994, deve observar a sistemática estabelecida na Lei Federal n. 8.880/94, de aplicação geral e eficácia imediata. II - Entretanto, o direito à referida conversão não conduz, por si só, ao reconhecimento de diferença a ser paga pelo ente federado, pois cabe ao servidor comprovar a ocorrência de efetivo prejuízo com a não-observância dos critérios de conversão da moeda determinados pela Lei n. 8.880/94. III - Estabelecida na instância ordinária a premissa fática de que não ocorreu perda salarial com a conversão da moeda, a reforma do acórdão recorrido implica revisão do conteúdo probatório dos autos, providência essa que encontra óbice na Súmula n. 7 desta Corte (EDcl no REsp nº 971.336/RS, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 02/08/2010). Precedentes: AgRg no REsp nº 1.095.152/RS, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 27/09/2010; AgRg no Ag nº 1.373.256/MG, Rel. Mini. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 25/05/2011. IV - Agravo regimental improvido. **(AgRg no AREsp 25.969/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 20/04/2012).**

4 Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 16/5/2006, DJ 19/6/2006, p. 200.

No entanto, conforme demonstrativos de pagamentos anexados à petição inicial, não é possível concluir que ocorreu o prejuízo alegado e que este subsiste até o momento. Eventuais perdas devem ser apuradas no caso concreto, considerando a situação peculiar de cada servidor.

Assim vem decidindo esta C. Câmara:

SERVIDORAS ESTADUAIS. Conversão dos vencimentos em URV. Prescrição de fundo de direito afastada pelo Superior Tribunal de Justiça. Novo julgamento. As informações sobre a evolução dos vencimentos das autoras no período de novembro de 1993 a junho de 1994, em comparação com os critérios de conversão dos vencimentos em URV do artigo 22 da Lei 8880/1994, cabem ao Estado fornecer, sendo por isso afastada a extinção do processo por inépcia da petição inicial, prosseguindo-se no julgamento da causa na forma do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil anterior, correspondente ao artigo 1.013 do atual. Demonstrativo apresentado pelo Estado no sentido de ter feito a conversão dos vencimentos em URV de forma mais benéfica para as servidoras em comparação com os critérios do art. 22 da Lei 8880/1994, também referindo que uma das autoras só entrou em exercício em 28-09-1994. Diferença postulada, de 11,98%, reconhecida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que diz respeito a servidores públicos federais, de alguma forma influenciada pelo disposto no art. 168 do texto constitucional, de fechamento da folha de pagamento no dia 20 de cada mês, situação não repetida com os servidores públicos estaduais, que recebiam os seus vencimentos no 4º ou 5º dia útil do mês seguinte ao de competência. Seja por não haver demonstração de prejuízo quanto à forma adotada pelo Estado para a conversão dos vencimentos em URV, em relação aos critérios do art. 22 da Lei 8880/1994, seja por não caber averiguar se a forma adotada pelo Estado para a valorização dos vencimentos dos seus servidores, no período de março a junho de 1994, teria acarretado alguma outra eventual diferença, em prejuízo dos servidores, em comparação com os referidos critérios, que não fosse de 11,98%, por ser vedada sentença ilíquida quando o pedido dos autores é certo, segundo o disposto no art. 459, parágrafo único, do Código de Processo Civil anterior, a demanda é improcedente. Recurso parcialmente provido, apenas para afastar a extinção do processo por inépcia da petição inicial, porém com julgamento de improcedência da demanda. **(Apelação nº 0012178-02.2012.8.26.0053; Relator(a): Edson Ferreira; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 22/07/2016; Data de registro: 22/07/2016).**

Acesso ao Sumário

SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. Ação embasada na Lei nº 8.880/1994, objetivando o pagamento de diferenças decorrentes da não conversão ou conversão equivocada dos vencimentos em URV. Direito à conversão não conduz, por si só, ao reconhecimento de diferença a ser paga Ausência de prova do efetivo prejuízo. Ação julgada procedente em 1º grau - Decisão reformada em 2ª instância para julgar a ação improcedente. RECURSO PROVIDO. **(Apelação nº 0005909-78.2014.8.26.0407; Relator(a): Isabel**

Cogan; Comarca: Osvaldo Cruz; Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 20/07/2016).

Desta forma, reconsidero o v. acórdão recorrido, afasto a prescrição e julgo improcedente a ação porque não há prova de que os reajustes concedidos pelo Município foram inferiores à conversão prevista na Lei 8.880/94. É como voto.

ACÓRDÃO READEQUADO, conforme a fundamentação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 9003076-13.1995.8.26.0014, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO "EX OFFICIO", é recorrido FUNDICAO WINDOR LTDA (MASSA FALIDA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.889)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO GALIZIA (Presidente) e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 01 de outubro de 2016.

TERESA RAMOS MARQUES, Relatora

Ementa: EXECUÇÃO FISCAL

Extinção – Inércia – Exequente – Prescrição intercorrente – Possibilidade:

– Ocorre a prescrição intercorrente quando suspensa a execução por mais de cinco anos sem que a Fazenda requeira qualquer medida útil para a efetiva satisfação de seu crédito.

VOTO

RELATÓRIO

Extinta a execução fiscal pela ocorrência da prescrição intercorrente, subiram os autos para reexame necessário.

FUNDAMENTOS

Realmente escoou o prazo da prescrição intercorrente.

Estabelece o art. 40 da Lei de Execução Fiscal o seguinte:

"Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição."

Contudo, tal disposição acabou modificada pelo § 4º, introduzido no artigo pela Lei nº 11.051/04, a saber:

"§ 4º - Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato."

Inquestionável, portanto, que a suspensão do art. 40 da Lei de Execução Fiscal não impede a prescrição intercorrente, salvo quando não escoado seu prazo legal de cinco anos.

Mesmo antes da Lei nº 11.051/04, a jurisprudência já era pacífica, no sentido de que o art. 174 do CTN preponderava sobre o art. 40 da Lei de Execução Fiscal, de forma que ocorria efetivamente a prescrição intercorrente, se o processo permanecesse suspenso no arquivo por mais de cinco anos, por falta de localização do devedor ou de bens a penhorar.

E o Superior Tribunal de Justiça tem afirmado a aplicabilidade do § 4º do art. 40, nos processos em curso, a saber:

> *"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ARQUIVAMENTO DOS AUTOS POR MAIS DE CINCO ANOS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE CONSUMADA.*
>
> *1. O Tribunal de origem decretou a prescrição intercorrente por constatar que a Execução Fiscal foi arquivada em 2001 e que "o próximo impulso dado pelo credor" data de agosto de 2007.*
>
> *2. Ultrapassado o lustro, configura-se a hipótese do art. 40, § 4º, da Lei 6.830/1980.*
>
> *3. Agravo Regimental não provido."*
>
> (AgRg no REsp nº 1.357.679/RS, relatado pelo Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 20.8.2013 e publicado em 13.9.2013).
>
> *"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. ART. 40, § 4º, DA LEI 6.830/1980. NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA.*
>
> *1. Caso em que o Tribunal de origem, mantendo a sentença, julgou prescrita a execução fiscal, ante o transcurso do prazo quinquenal entre o pedido de suspensão do processo e o requerimento de novas diligências pelo exequente, com fundamento no art. 40, § 4º, da LEF combinado com o art. 269, IV, do CPC.*

Acesso ao Sumário

2. Paralisado o processo por mais de 5 (cinco) anos impõe-se o reconhecimento da prescrição.

3. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp nº 1.287.856/ES, relatado pelo Ministro BENEDITO GONÇALVES, publicado em 10.8.2012).

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO COM PRÉVIA OITIVA DA FAZENDA PÚBLICA. INTELIGÊNCIA DO ART. 40, § 4º, DA LEI 6.830/1980.

1. "Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato" (art. 40, § 4º, da Lei 6.830/1980, com a redação dada pela Lei 11.051/2004).

2. No caso dos autos, verifica-se que foram respeitadas pela Corte de origem todas as formalidades legais para o reconhecimento de ofício da prescrição intercorrente, conquanto o processo tenha sido regularmente suspenso por um ano, arquivado em seguida e, por fim, haja sido decretada, após ouvida a Fazenda Pública, a prescrição intercorrente pelo decurso do prazo prescricional.

3. Agravo Regimental não provido."

(AgRg no AREsp nº 83.170/RS, relatado pelo Ministro HERMAN BENJAMIN, publicado em 26.6.2012).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DECURSO DE MAIS DE CINCO ANOS DO ARQUIVAMENTO. OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA DA DECISÃO QUE SUSPENDE E ARQUIVA O FEITO. SÚMULA 314/STJ. INOCORRÊNCIA DE INÉRCIA DA FAZENDA PÚBLICA. INVIABILIDADE DA PRETENSÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DA FAZENDA NACIONAL DESPROVIDO.

1. Esta egrégia Corte Superior firmou entendimento de que não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente, ainda que desnecessária a intimação da Fazenda da decisão que suspende ou arquiva o feito, na forma do art. 40 da Lei n. 6.830/80; incide, ao caso, a Súmula 314/STJ.

2. Constata-se dos autos que a agravante foi intimada para se manifestar quanto à prescrição, todavia não apresentou qualquer causa suspensiva

Acesso ao Sumário

ou interruptiva da sua ocorrência.

3. Para se chegar à conclusão diversa da firmada pelas instâncias ordinárias, quanto à inércia da Fazenda Pública, seria necessário o reexame das provas carreadas aos autos, o que, entretanto, encontra óbice na Súmula 7 desta Corte, segundo a qual a pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial.

4. O que se tem dos autos é que, desde o ajuizamento da execução, em 03.03.1999, até a data da sentença reconhecendo a prescrição (15.06.2009), o devedor não respondeu à citação por edital e não foram localizados bens penhoráveis, sendo certo que a execução ficou paralisada desde 2002, razão pela qual não se constata o malferimento à legislação federal indicada ante o reconhecimento da prescrição intercorrente.

5. Não há como deixar de pronunciar a prescrição intercorrente, nos casos em que não encontrados bens penhoráveis para a satisfação do crédito após o decurso do prazo quinquenal contado do arquivamento (REsp. 1.245.730/MG, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 23/04/2012).

6. Agravo Regimental da Fazenda Nacional desprovido."

(AgRg no AREsp nº 41.627/GO, relatado pelo Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, publicado em 28.6.2012).

Houve ciência do procurador a respeito da suspensão do processo, pois consta carimbo atestando tal ciência na folha de despacho que deferiu o pedido de sobrestamento e determinou o seu arquivamento no caso de silêncio da FESP (fls.74).

Destarte, pelo meu voto, nego provimento ao reexame necessário.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 1001914-88.2015.8.26.0024, da Comarca de Andradina, em que é recorrente JUÍZO "EX OFFICIO", é recorrida OTELINA DA SILVA LIMA.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao reexame necessário. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.229)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente) e MOACIR PERES.

São Paulo, 3 de outubro de 2016.

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Isenção de IPVA – Aquisição de veículo automotor por deficiente físico não habilitado para dirigir – Embora a regra excepcional comporte interpretação restritiva, deve-se ter em conta a finalidade da norma – A distinção entre deficiente-condutor e deficiente-usuário investe contra o princípio da razoabilidade, ao qual deve obediência a Administração Pública (art. 111 da CE) – O receio do mau uso de um direito não implica impedir o uso legítimo (*abusus non tollit usum*) – Boa-fé que se presume por princípio geral do direito – Reexame necessário improvido.

VOTO

Vistos, etc.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Otelina da Silva Lima, no qual busca a impetrante o reconhecimento do direito à isenção de IPVA, tendo em vista que é portadora de deficiência física.

O juízo monocrático julgou procedente a ação.

Ausente recurso voluntário.

Há reexame necessário.

O Douto Procurador de Justiça opinou pelo desprovimento do reexame necessário.

É o relatório.

Embora a norma excepcional comporte interpretação restritiva, e não ampliativa, deve-se ter em conta a finalidade da regra de isenção, adotando-se, assim, uma interpretação teleológica.

E nem se venha argumentar com a norma do artigo 111, II, do Código Tributário Nacional, que parte de um evidente equívoco do legislador, pois não existe interpretação literal da lei, como demonstra a moderna Teoria Geral do Direito, na base da Filosofia da Linguagem, havendo de se acrescentar que até mesmo para concluir que uma disposição legal é clara, o intérprete há de submetê-la a um exame crítico. Por isto, ultrapassado há muito o brocardo *in claris cessat interpretatio* (a propósito, é rica a bibliografia, podendo-se citar, dentre outras obras, o livro de Luiz Alberto Warat, *Mitos e teorias na interpretação da lei*, Porto Alegre, Ed. Síntese, 1979).

Segundo Carlos Maximiliano, "o hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A

Acesso ao Sumário

norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessárias para satisfazer certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para a qual foi redigida". (Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1984, p.151).

A impetrante é portadora de deficiência que compromete segmentos da função física (CID-10, M17.0, M21.1, Z96.6 e R26.8, fls. 25). Deste modo, revela-se incapaz de dirigir um veículo, necessitando de terceiro que possa conduzi-lo.

A finalidade de qualquer regra de isenção de impostos é promover a realização de valores importantes do ponto de vista social, cultural e econômico. No caso concreto, a regra de isenção inspira-se na promoção da justiça social e da igualdade, havendo de se observar que, no caso do IPI, a norma não faz distinção entre deficiente-motorista e deficiente-usuário.

De fato, a distinção feita pela requerida revela-se injusta, pois não é razoável admitir que o deficiente com severas limitações físicas possa ser colocado em situação de desigualdade em relação àquele que, por ser portador de discretas restrições, acha-se em condições de dirigir o próprio veículo. Interpretação desta natureza seria contrária ao sentido da norma, ofendendo o princípio da razoabilidade que, por preceito constitucional, deve nortear a edição do ato administrativo.

E nem se venha dizer que, à falta desta distinção, estaria aberta a via para o abuso, já que o mau uso de um direito, conquanto possa se verificar nesta ou naquela situação específica, não anula o uso legítimo, nem impede que o direito seja invocado em situação outra. Como já diziam os romanos, *abusus non tollit usum*. Além disso, a boa-fé se presume, por princípio geral de direito, de forma que não se justifica privar o deficiente do uso regular de um direito.

Nestes termos, nego provimento ao reexame necessário.

Para fins de acesso aos Egrégios Tribunais Superiores, ficam expressamente pré-questionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 9000103-04.2016.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é agravante LUIS BATISTA DOS SANTOS SENA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao agravo para absolver o Agravante da falta disciplinar, tornada sem efeito a penalidade imposta - V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2.159)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCO ANTÔNIO COGAN (Presidente) e LOURI BARBIERO.

São Paulo, 4 de agosto de 2016.

CARLOS MONNERAT, Relator

Ementa: Agravo em Execução. Cometimento de falta grave. Dano ao patrimônio, consubstanciado em buraco na parede de cela. Penalidade. Perda de 1/3 dos dias remidos. A Defensoria Pública do Estado de São Paulo recorre arguindo, em preliminar, sete matérias prejudiciais e, no mérito, acusa que o julgado não merece manutenção, eis que aplicada sanção coletiva. Preliminares prejudicadas por ser a decisão final mais favorável. Falta de individualização da conduta pelos agentes de segurança. Impossibilidade de atribuir a conduta ao sentenciado. Falta disciplinar imposta a todos os presos da cela. Configurada sanção coletiva. Ilegalidade - Agravo provido para absolver o Agravante da falta disciplinar, tornada sem efeito a penalidade imposta.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Agravo em Execução visando à reforma da decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara das Execuções Criminais de Presidente Prudente que reconheceu faltas disciplinares de natureza grave, declarando a perda de 1/3 (um terço) dos dias remidos.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em longa manifestação, aponta diversos vícios no procedimento administrativo, sendo eles: ***(i)*** *violação ao art. 64 do Regimento Interno das Penitenciárias do Estado de São Paulo;* ***(ii)*** *violação ao art. 67 do Regimento Interno das Penitenciárias do Estado de São Paulo;* ***(iii)*** *ausência do acusado na inquirição de testemunhas;* ***(iv)*** *por ofensa ao artigo 564, inc. III, 'e' do Código de Processo Penal;* ***(v)*** *violação ao art. 69 do Regimento Interno das Penitenciárias do Estado de São Paulo;* ***(vi)*** *não oitiva judicial e ilicitudes das provas;****(vii)*** *prescrição das faltas graves. No mérito percorre duas linhas argumentativas:* ***(i)*** *reconhecimento do princípio da insignificância; e* ***(ii)*** *sanção coletiva.*

Contrarrazões ofertadas às fls. 96/111, em que as premissas retromencionadas foram rebatidas.

Processado o recurso e mantida a decisão guerreada, opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do agravo (cf. fls. 116/127).

RELATADOS, passo a decidir.

Antes de avançar à analise do presente recurso, cumpre afastar o exame das questões prejudiciais suscitadas por ser a decisão de mérito mais favorável ao agravante.

Nota-se dos autos que o sentenciado, durante a expiação de pena em regime fechado, na data de 11 de fevereiro de 2015, teria praticado falta disciplinar grave, juntamente com outros sentenciados que habitavam a mesma cela, por causar danos ao patrimônio do Centro de Detenção Provisória "CDP ASP NILTON CELESTINO" de Itapecerica da Serra, consubstanciado em buraco na parede no Raio 7, cela 6.

Instaurou-se procedimento administrativo disciplinar (número 013/2015) que culminou com o reconhecimento de infração de natureza grave.

Esta decisão, quando submetida à análise do Poder Judiciário, foi referendada pelo juiz *a quo.*

Daí o presente reclamo.

Irresignado, o agravante insurge-se objetivando a absolvição da prática de falta grave, pela inexistência de prova de autoria contra ele, cuja conduta não foi individualizada, sendo-lhe imputada responsabilidade objetiva.

Analisadas as razões elencadas, o recurso **comporta provimento.**

O agente penitenciário *Alan Carlos Ribeiro da Silva* contou que, no dia

Acesso ao Sumário

dos fatos, durante procedimento de revista – "blitz" – no pavilhão 07, dentro da cela 06, localizaram um buraco de 40 centímetros de comprimento na parede do banheiro, pelo qual era possível o acesso a cela do pavilhão 05, permitindo a comunicação e passagem de diversos produtos. Sem coação física ou moral, sessenta detentos se apresentaram como autores dessa fenda (fls. 21/24).

Em seu depoimento, o Agravante disse que o referido buraco na parede já existia antes de ele ser encaminhado ao Centro de Detenção Provisória "ASP Nilton Celestino". Não soube dizer quem fez essa abertura na parede e não tinha conhecimento até onde ela iria, tampouco presenciou qualquer de seus companheiros de cela valendo-se de tal meio (fl. 23).

A sindicância concluiu que o Agravante praticou falta disciplinar de natureza grave, nos termos do artigo 46, inciso VIII c/c. artigo 27, incisos IV, VIII e XLIII, do RIP e artigo 52, da LEP.

Incontroversa a existência do dano caracterizado pelo buraco na parede (fls. 09 e 17/20 – foto do buraco e boletim de ocorrência).

Entretanto, a autoria do dano causado não restou demonstrada com a devida certeza.

Consta do boletim de ocorrência de fls. 17/18 que "*nenhum detento foi especificamente identificado como autor do dano*" e que a cela é ocupada por um total de sessenta detentos.

Difícil crer que, conforme relatado pelos agentes penitenciários, todos os sentenciados daquela cela teriam admitido a autoria do buraco (cf. relatório conclusivo do procedimento disciplinar fls. 39/47).

Ainda se constata que não foi apreendido nenhum objeto que possa ter sido utilizado para perfurar o buraco (fls. 15/16) e, apesar de menção à requisição de exame pericial do local, este não foi realizado.

A partir disso, poderia se aferir quando o furo foi aberto e alcançar uma possível individualização dessa conduta delituosa.

Conclui-se que a autoria do buraco foi imputada de forma coletiva a todos os detentos da cela, o que não pode ser admitido, por expressa vedação legal, nos termos do § 3º, art. 45 da Lei de Execuções Penais.

Certamente um ou alguns presos se utilizariam do referido buraco para comunicação ou passagem de produtos, mas da forma como indicado nos depoimentos dos agentes penitenciários, bem como diante da declaração do Agravante e demais informações apresentadas, não há qualquer certeza de que seja um deles, não podendo, portanto, a ele ser imputada tal infração.

Também não se pode exigir do Agravante que delate seus companheiros de cela, haja vista a represália que sofreria dos mesmos, motivo pelo qual, deve ser o mesmo absolvido dessa conduta.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, dá-se provimento ao agravo para absolver o Agravante da falta disciplinar ocorrida em 11 de fevereiro de 2015 (procedimento disciplinar 013/2015 – danos ao patrimônio), e como consequência, afastar a perda dos dias remidos ou a remir e a determinação de reinício da contagem do lapso temporal para fins de progressão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Agravo de Execução Penal nº 9000147-58.2016.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CARLOS ROBERTO RAMOS PEREIRA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U." de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.869)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 23 de agosto de 2016.

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Ementa: Agravo em execução. Pretendido indulto de penas a pessoa submetida à medida de segurança. Ausência de requisitos objetivo e subjetivo. Exame pericial que atesta a não cessação da periculosidade, ademais. Decisão acertada. Agravo improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Visto.

Agravo tirado de autos de execução de pena do sentenciado **Carlos Roberto Ramos Pereira**, submetido à medida de segurança consistente em internação, contra r. decisão de *f. 10/11*, que indeferiu pleito de indulto, por entender impossível conceder-se a benesse (i) ante a hediondez da infração penal cometida e **(ii)** por persistirem o transtorno mental e a consequente periculosidade do sentenciado.

Vem o inconformismo recursal *(f. 3/9)*, buscando a reforma do decisório, para que se conceda indulto, alegando que o crime não era considerado hediondo ao tempo de seu cometimento, inexistindo óbices legais à benesse.

Contraminuta anotada *(f. 13/23),* mantida ao depois a respeitável decisão atacada *(f. 24/102).*

Autos distribuídos *(f. 106),* foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria de Justiça que, após vista regular, concluiu, em parecer respeitável, pelo improvimento do recurso – *f. 107/109* –, chegando o feito ao Gabinete do Relator, finalmente, aos **28.jul.2016**, *f. 110.*

É o relatório.

Agiu com plena razão o juízo de origem.

Data venia.

Ainda que os fatos tenham ocorrido anteriormente à vigência da Lei nº 8.072/90 e da Lei nº 12.015/09, f. 25/26, e não possam ser considerados hediondos, o que impossibilitaria a benesse, as circunstâncias objetivas e subjetivas do sentenciado ainda não lhe autorizam o benefício.

Foi o agravante submetido à medida de segurança consistente em internação, pela prática das infrações penais previstas no art. 213, 214, por três vezes, c.c. o art. 223, 'caput', e no art. 129, 'caput', c.c. o art. 61, II, "d", tudo na forma do art. 71, todos do Código Penal (*estupro e atentado violento ao pudor, por três vezes, com lesões de natureza grave, em continuidade delitiva*).

Pretexta a concessão de indulto, pois ***estariam presentes os requisitos objetivo e subjetivo*** para a concessão.

Mas não estão, *data venia.*

Apesar de o Decreto nº 8.380/14, em seu art. 1º, XII, dispor sobre a possibilidade das pessoas submetidas à medida de segurança serem beneficiadas com o indulto de penas, não preenche, o ora agravante, todos os requisitos para a concessão da benesse.

Isto porque o decreto prevê a possibilidade do indulto, independentemente da cessação de periculosidade, para casos em que a internação tenha ocorrido por prazo igual ou superior às penas máximas das infrações praticadas.

Que, *'in casu'*, sendo três, somam 36 anos, prazo ainda distante para a obtenção da benesse.

E neste contexto, agiu com pleno acerto a origem.

Ademais, e isso verdadeiramente importa, a perícia psiquiátrica *(f. 64/68 e 76/86)* realizadas em 2014 e 2015, atestaram a **não cessação da periculosidade** do ora agravante, restando ausente o requisito subjetivo necessário à concessão da benesse buscada.

Em verdade, os **laudos atestam que o sentenciado não entende a gravidade de sua conduta, alegando que foi convidado "pela menina" para a relação sexual**.

Daí que efetivamente **não preenche** o acusado os requisitos

Acesso ao Sumário

imprescindíveis à concessão do indulto.

Para que o interessado possa fazer jus à benesse, mister que restasse ***estreme de dúvidas*** que sua readaptação seria incontroversa.

Afinal, trata-se de sentenciado inimputável, submetido à medida de segurança, com periculosidade presente, o que, indubitavelmente, coloca em risco a sociedade e a integridade física do próprio agravante.

Donde a cautela e prudência que devem nortear as decisões que eventualmente concedam benesses a esta espécie de sentenciado.

Isto mostra à prudência que ***não é*** recomendável a concessão da benesse.

Tais elementos, só por si, dão evidências de que o sentenciado não deve ser beneficiado com o indulto neste momento.

Em suma.

O sentenciado, até aqui, **não reúne condições subjetivas e objetivas**, para obter o benefício.

Nega-se provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0053018-14.2015.8.26.0000, da Comarca de Pindamonhangaba, em que é agravante JONATAN GABRIEL ALVES, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.548)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME G. STRENGER (Presidente sem voto), XAVIER DE SOUZA e PAIVA COUTINHO.

São Paulo, 24 de agosto de 2016.

MARIA TEREZA DO AMARAL, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – INDULTO DA PENA DE MULTA (ART. 1º, INCISO X DO DECRETO Nº 8.380/14) – RÉU CONDENADO POR CRIME DE TRÁFICO DE DROGA – POSSIBILIDADE – HIPÓTESE PREVISTA

PELO DECRETO EM QUESTÃO (ARTIGO 9º, PARÁGRAFO ÚNICO) – IMPEDIMENTO ANTE AS NORMAS CONTIDAS NO ART. 5º, INCISO XLIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E NO ART. 2º, DA LEI 8.072/90 – INOCORRÊNCIA.

CONTUDO, AUSENTE UM DOS REQUISITOS EXIGIDOS, JÁ QUE O MONTANTE DA MULTA SUPERA O VALOR MÍNIMO PARA INSCRIÇÃO DE DÉBITOS NA DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO, ESTABELECIDO EM ATO DO MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA.

AGRAVO IMPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo em execução interposto por **JONATAN GABRIEL ALVES**, contra a respeitável decisão do Meritíssimo Juiz de Direito em exercício no Juízo da Vara das Execuções Criminais de Pindamonhangaba que, nos autos da execução penal nº 1053.585, indeferiu o pedido de indulto da pena de multa não adimplida, formulado com base no Decreto Presidencial 8.380/2014.

Alega o recorrente estarem presentes os requisitos para que a pena de multa em questão seja declarada indultada, nos termos do artigo 1º, X, do Decreto nº 8.380/2014 (fls. 03/05), devendo-se observar o valor de R$ 20.000 (vinte mil reais), estabelecido para o ajuizamento de execuções fiscais à cargo da União, em atenção ao princípio constitucional da eficiência previsto no artigo 37 da Constituição Federal (fls. 03/05).

Contrariado o recurso (fls. 45/49) e mantida a r. decisão (fls. 50), a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento do agravo (fls. 54/55).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

O Decreto Presidencial nº 8.380/2014 previu o indulto da pena de multa, desde que preenchidos os requisitos exigidos, dispostos no inciso X do artigo 1º, quais sejam: cumprimento da pena privativa de liberdade até 25/12/2014, que a multa não supere o valor mínimo (R$ 1.000,00) para inscrição de débitos na Dívida Ativa da União; que o sentenciado não tenha capacidade econômica de quitar a multa.

Infere-se dos autos que o agravante possui uma condenação por tráfico ilícito de drogas, em que condenado às penas privativas de liberdade e multa (Processo 2357/2012, da 3ª Vara Criminal de Pindamonhangaba).

Acesso ao Sumário

Cumprida a pena privativa de liberdade impostas, foi ela declarada extinta, contudo, a r. decisão indeferiu o pedido de indulto da pena de multa porque o valor desta supera o valor mínimo para inscrição de débitos na Dívida Ativa da União, estabelecida em ato do Ministro de Estado da Fazenda, Portaria MF 75/2012, art. 1º, inciso I, R$ 1.000,00 (um mil reais).

De início, registre-se que o artigo 1º, inciso X, c.c. o artigo 9º, parágrafo único do Decreto nº 8.380/14 previu a possibilidade de concessão de indulto da pena de multa, aplicada cumulativamente com pena privativa de liberdade cumprida até 25/12/2014, mesmo em se tratando de crime hediondo ou equiparado.

E o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal veda aos praticantes de tráfico ilícito de entorpecentes, como o caso dos autos, somente a concessão de graça e anistia, não mencionando qualquer vedação para a concessão de indulto.

Portanto, conforme já julgado no Agravo em Execução nº 0056542-58.2011.8.26.0000 pelo eminente Desembargador Xavier de Souza, tratando-se de restrição de direitos, não se pode dar interpretação extensiva ao texto legal, pois, do contrário, estar-se-ia criando restrição não prevista no texto constitucional.

De outro lado, uma vez tendo a Constituição Federal, em seu artigo 84, XII, incumbido ao Presidente da República a tarefa de conceder indulto e indultar penas, não há que se cogitar de ilegalidade do Decreto Presidencial frente à proibição legal contida no artigo 2º da Lei 8.072/90.

Todavia, de fato, embora o agravante tenha cumprido a pena privativa de liberdade até 25/12/2014 e tenha sua hipossuficiência demonstrada pelo fato de estar sendo representado pela Defensoria Pública, carece ele de outro requisito exigido, já que o montante da multa (R$ 3.064,78 fls.32) supera o valor mínimo para inscrição de débitos na Dívida Ativa da União.

A portaria 75 do Ministério da Fazenda, datada de 23/03/2012, prevê no parágrafo único do artigo 1º que o limite mínimo para inscrição na Dívida Ativa é de R$ 1.000,00 e para o ajuizamento de execuções fiscais é de R$ 20.000.

Acesso ao Sumário

E, conforme constou da r. decisão agravada, não cabe o entendimento extensivo pretendido, "*pois, notório é que a inscrição em dívida ativa e consequente restrição no Cadastro de Pessoas Físicas do devedor constitui eficiente meio de coerção, a fim de que busque a composição com a Fazenda Pública, sendo certo também que para a concessão de indulto há necessidade de franca observância das regras estabelecidas para concessão do benefício em pauta, sob pena de subverter o ordenamento jurídico aplicável à espécie*".

Destarte, não preenche o agravante todos os requisitos exigidos pelo inciso X do artigo 1º do Decreto em questão, daí porque não tem direito ao

indulto pleiteado.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 9000005-20.2016.8.26.0320, da Comarca de Limeira, em que é agravante ADEMIR MÁRCIO MOREIRA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "deram provimento ao recurso para, com fundamento no Decreto 8.830/14, indultar a pena imposta a Ademir Márcio Moreira no processo 0010932-19.2007.8.26.0320, número de ordem 492/2007, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Limeira. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.870)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANGÉLICA DE ALMEIDA (Presidente) e JOÃO MORENGHI.

São Paulo, 14 de setembro de 2016.

VICO MAÑAS, Relator

Ementa: Indeferimento de pedido de indulto formulado com base no Decreto 8.380/14 sob o argumento de que não cumprida parte de uma das penas restritivas de direitos imposta – Requisito não previsto no decreto – Atendimento das condições estipuladas – Concessão.

VOTO

Ademir Márcio Moreira interpõe recurso de agravo contra a decisão do MM. Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Limeira que indeferiu pedido de indulto formulado com base no Decreto 8.380/14.

Inconformado, pretende a reforma da sentença, uma vez que, diversamente do decidido, o decreto invocado não exige cumprimento mínimo de cada pena restritiva de direitos imposta para a concessão do benefício.

Oferecidas as contrarrazões (fls. 08/11) e mantida a decisão combatida (fl. 12), a D. Procuradoria da Justiça opina pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

O recorrente, por violação ao art. 302, "caput", do Código de Trânsito Brasileiro, foi condenado a 02 (dois) anos de detenção, em regime aberto, substituídos por prestação de serviços à comunidade no primeiro ano e prestação pecuniária no valor de 30% do salário mínimo a ser paga bimestralmente à APAE de Limeira no ano seguinte, bem como a 02 (dois) anos de suspensão de habilitação para dirigir veículo automotor (fl. 13).

Cumpridas 142 horas de serviços comunitários antes de 25.12.2014, a defesa postulou o indulto previsto no art. 1º, XIII, do Decreto 8.380/14 (fls. 45/46).

O Magistrado, considerando que "o sentenciado cumpriu ¼ da prestação de serviços à comunidade, porém não cumpriu nenhuma parte da prestação pecuniária imposta", indeferiu o pedido (fl. 54).

Sem razão, contudo.

O art. 1º, XIII, do Decreto 8.380/14, dispõe que será concedido indulto às pessoas condenadas a pena privativa de liberdade, desde que substituída por restritiva de direitos, na forma do art. 44 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, ou ainda beneficiadas com a suspensão condicional da pena, que, *de qualquer forma*, tenham cumprido, até 25 de dezembro de 2014, um quarto da pena, se não reincidentes, ou um terço, se reincidentes.

Primário, o recorrente prestou 142 horas de serviço até 25.12.14 (fl. 51), o que corresponde a mais de 30% do total da respectiva pena.

Além disso, o não cumprimento da prestação pecuniária cumulativamente aplicada não obsta a concessão do indulto.

Como visto, a normativa presidencial estabelece que poderão beneficiar-se do indulto aqueles que de qualquer forma tiverem cumprido parcela da sanção imposta, nada aludindo sobre o resgate mínimo de cada uma das reprimendas alternativas aplicadas para a concessão da benesse.

Incabível exigir requisitos não previstos no decreto, sob pena de afrontar-se a garantia constitucional da legalidade em matéria penal.

Acesso ao Sumário

A esse respeito, o E. Superior Tribunal de Justiça assentou que, "fixadas exaustivamente as condições objetivas e subjetivas à obtenção do indulto, mostra-se indevida a inclusão de outros requisitos pela autoridade judicial, sob pena de se substituir a quem detém os poderes de clemência, sem dispor de delegação para tanto" (HC 5.054, 6ª T., Rel. Fernando Gonçalves, j. 26.11.96, DJU 24.03.97, p. 9067).

Em conclusão, atendidas as condições fixadas no art. 1º, XIII, do Decreto 8.380/14, a concessão do benefício é medida que se impõe.

Frente ao exposto, dá-se provimento ao recurso para, com fundamento

no Decreto 8.830/14, indultar a pena imposta a Ademir Márcio Moreira no processo 0010932-19.2007.8.26.0320, número de ordem 492/2007, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Limeira.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0012156-59.2004.8.26.0073, da Comarca de Avaré, em que é apelante ALTANISIA SANTOS DE SOUZA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.952)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente) e LEME GARCIA.

São Paulo, 9 de agosto de 2016.

NEWTON NEVES, Relator

Ementa: FALSIDADE IDEOLÓGICA – Inserção de nome falso em procuração "ad judicia" com posterior juntada de certidão de nascimento – Alteração da verdade sobre fato juridicamente relevante – Acusada que obteve sua liberdade provisória com a utilização de nome de terceira pessoa – Condenação mantida – Pena fixada no mínimo legal – Atenuante da confissão – Súmula 231 do STJ – Regime semiaberto – Maus antecedentes – Descabimento de consideração do tempo de prisão para fixação de regime mais brando – Recurso improvido (voto nº 29952).

VOTO

A r. sentença de fls. 691/695, com relatório adotado, julgou procedente a ação penal para condenar **ALTANISIA SANTOS DE SOUZA** ao cumprimento da pena corporal de 01 (um) ano de reclusão, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada um deles fixado no piso mínimo, por incursa no artigo 299

Acesso ao Sumário

do Código Penal, fixado o regime semiaberto para cumprimento da pena, substituída ao final por pena restritiva de direito, consistente em prestação de serviços à comunidade.

Embargos de declaração (fls. 705/710) rejeitados a fls. 714.

Apela a defesa sustentando, em preliminar, seja declarada a isenção do pagamento de custas. No mérito, busca a redução da pena ao mínimo legal, com aplicação da atenuante da confissão e da detração penal.

Recurso processado e respondido, com pareceres do Ministério Público de ambas as instâncias pelo improvimento.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

A ré foi denunciada como incursa no art. 299, "caput", e no art. 307, este por três vezes, na forma do art. 71, e ambos na forma do art. 69, todos do CP, porque no dia 22/07/2004, inseriu declaração falsa no documento particular consistente em procuração "ad judicia" com o fim de alterar a verdade sofre fato juridicamente relevante.

Consta, ainda, que concomitantemente, nos dias 23/07/2004 e 05/08/2004, em continuidade delitiva, atribui-se falsa identidade, a fim de obter vantagem em proveito próprio, nos autos do processo crime nº 611/04, que tramitou perante a 1ª Vara Criminal de Avaré.

Narra a inicial que a apelante constituiu como seu defensor o advogado Paulo Antonio Scollo para ingressar com pedido de liberdade provisória nos autos nº 611/04 e, para ocultar sua verdadeira identidade e antecedentes criminais, a fim de obter o benefício atribuiu a si falsamente o nome de Joseane Wingeter Cassidore, logrando obter sua liberdade provisória mediante a apresentação de documentos em nome dessa terceira pessoa.

Em relação ao crime do art. 307 do CP (falsa identidade) o d. juízo reconheceu a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, restando, portanto, o crime do artigo 299 do CP que consistiu em inserir na procuração "ad judicia" o nome de terceira pessoa, fato confessado pela ré e que culminou com sua condenação.

Acesso ao Sumário

Depreende-se, assim, que a acusada fez constar na procuração 'ad judicia', informação inverídica quanto à sua verdadeira identidade, com o fim de alcançar sua liberdade provisória.

É de se ver que a prática dos fatos como descritos na denúncia restou sobejamente demonstrada nos autos.

Dos documentos referentes à ação penal nº 611/2004, onde foi pleiteada a liberdade provisória, verifica-se que na Procuração "Ad Judicia", constou o nome de "Josseane Wingeter Cassidore" (fls. 301).

Sobreveio despacho da N. Magistrada atuante naqueles autos, determinando a juntada de documento pessoal da parte autora para que se comprovasse sua efetiva qualificação, tendo em vista a prática de estelionato onde a autora apresentou documentação falsa (fls. 141), o que foi atendido a fls. 145, vindo a ser juntada uma certidão de nascimento autenticada, em nome de "Joseane Wingtir Cassidore" e aceita pelo juízo que acabou por lhe conceder a liberdade provisória, dispensando a necessidade de se aguardar a resposta ao ofício ao IRGD para a legitimação da qualificação da acusada (fls. 149).

O IRGD constatou, após, tratar-se a acusada de Altanisia Santos de Souza (fls. 61/63).

Portanto, dúvida alguma há nos autos a respeito da materialidade e autoria do delito, tanto que a defesa se insurge apenas contra a dosimetria da pena.

E, neste ponto, respeitado o entendimento da d. defesa tenho que a pena para o crime do art. 299 do CP foi fixada no mínimo legal (01 ano) e, em respeito à Súmula 231 do STJ, impossível sua redução abaixo do mínimo legal.

O regime semiaberto é o adequado tendo em vista os maus antecedentes comprovados da apelante.

Inviável, por sua vez, se considerar o tempo de prisão processual cumprido para fins de fixação do regime penitenciário, por não haver nestes autos elementos suficientes à aferição do atendimento dos requisitos expressamente previstos em lei (art. 112 e art. 66, III, "b" e "c", ambos da LEP) para a progressão de regime penitenciário, dispositivos não revogados pela Lei nº 12.736/12, que deu nova redação ao art. 387, §2º, do CPP.

Por fim, inadmissível afastar a obrigatoriedade de a ré arcar com as custas processuais.

O pagamento das custas processuais decorre da sucumbência processual, em razão de previsão legal que está em plena vigência (art. 4º da Lei 11.608/2003), não podendo o sucumbente ser isento desse pagamento.

Se o sucumbente tem ou não condições financeiras para o pagamento dessa taxa é questão outra que deverá ser dirimida se e quando exigida essa quitação, observando a existência de previsão legal para a suspensão dessa exigência (art. 12 da Lei 1060/50), debate esse que deve ser questionado no juízo das execuções penais e não no processo de conhecimento.

De outra parte, o art. 12, da Lei 1060/50, dispõe que a parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Se, dentro de cinco anos, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita.

Nesse sentido:

"Sendo a condenação nas custas processuais, condição da sentença

Acesso ao Sumário

condenatória, nos termos do artigo 804 do CPP, impossível nessa fase a isenção do pagamento das custas. Pode o agente quando da execução pleitear tal benefício" (RT 841/633).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008108-88.2012.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante MARCOMI LEONARDO DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.246)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente) e CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 9 de agosto de 2016.

EUVALDO CHAIB, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO TENTADO, ESTUPRO, USO DE GÁS ASFIXIANTE E CÁRCERE PRIVADO – PRETENDIDA A ANULAÇÃO DO JULGAMENTO PLENÁRIO AO FUNDAMENTO DE QUE A DECISÃO CONDENATÓRIA É MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – IMPROCEDÊNCIA – EXISTÊNCIA DE PROVAS DE AUTORIA QUE DÃO ARRIMO AO ANELO ACUSATÓRIO – O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS SÓ AUTORIZA A ANULAÇÃO DO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI QUANDO EVIDENCIADO DE FORMA AXIOMÁTICA QUE A DECISÃO CONTRARIA TODO O CONJUNTO PROBATÓRIO ACOSTADO AOS AUTOS – INEXISTÊNCIA DE HIPÓTESE

Acesso ao Sumário

MANIFESTA DA INCIDÊNCIA DO INSTITUTO DA DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA – CRIME DE HOMICÍDIO TENTADO INTERROMPIDO EM RAZÃO DA INTERVENÇÃO DE AGENTES POLICIAIS – CRIME DE CÁRCERE PRIVADO CONSUMADO COM A MERA PRIVAÇÃO DA LIBERDADE DOS OFENDIDOS POR TEMPO JURIDICAMENTE RELEVANTE – CONDENAÇÃO MANTIDA – DOSIMETRIA INALTERADA – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

MARCONI LEONARDO DA SILVA foi condenado pelo r. Juízo da Vara do Júri da Comarca de SANTO ANDRÉ, nos autos do Processo nº 49/2012, *sentença da lavra da eminente Juíza de Direito Dra. Milena Dias*, como incurso no artigo 121, § 2º, incisos I, III e IV, c.c. o art. 14, inciso II, art. 213, *caput*, c.c. o art. 225, art. 148, *caput*, (vítima Tatiane), art. 148*, caput*, c.c. o art. 61, inciso II, alínea "h", última figura (vítima Maria Joseane), art. 148, § 1º, incisos I e IV (vítima M.F.S.), art. 148, § 1º, inciso IV (vítima filho de Tatiane) e art. 252, *caput*, todos na forma do art. 69 do Código Penal, às penas de 19 (dezenove) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, fixados no mínimo legal, sendo negado o direito de recorrer em liberdade (fls. 444/447).

O apelante foi processado porque, agindo com manifesta intenção homicida, por motivo torpe, com emprego de arma e tortura, bem como mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, desferiu golpes de faca e com um pedaço de madeira contra Maria Joseane Félix, pessoa com quem havia convivido maritalmente, produzindo-lhe os ferimentos descritos no laudo de exame de corpo de delito, iniciando assim a execução de crime de homicídio que apenas não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade. Consta, ainda, que Marconi constrangeu Maria Joseane Félix, pessoa com quem havia convivido maritalmente, mediante violência, a ter conjunção carnal. Consta, também, que no interior da residência, privou tal vítima de sua liberdade, mediante cárcere privado. Consta, ainda, que privou a irmã de Maria Joseane, Tatiane Bezerra da Silva, mulher grávida, de sua liberdade, mediante cárcere privado. Consta, outrossim, que privou o filho de Tatiane, criança menor de dezoito anos, de sua liberdade, mediante cárcere privado. Consta, ainda, que privou o próprio filho M.F.S., criança menor de dezoito anos, de sua liberdade, mediante cárcere privado.

Consta, por fim, que expôs a perigo a vida e a integridade física das quatro

Acesso ao Sumário

vítimas supra usando gás tóxico.

Apela, revolvendo e contrariando o repertório probatório constante dos autos para pleitear a anulação do julgado e submissão a novo julgamento Plenário, sustentando ser o caso de reconhecimento do instituto da desistência voluntária em relação aos crimes de tentativa de homicídio qualificado em relação à vítima Maria Joseane e de cárcere privado em relação à vítima Tatiana Bezerra (fls. 457/466).

Contrariado o recurso (fls. 468/471), o douto Procurador de Justiça Dr. Reginaldo Martins Costa opina pelo seu desprovimento (fls. 483/485).

É o relatório.

O apelo revolve o mérito da ação penal, postulando a anulação do Plenário do Júri ao argumento de que a decisão do Conselho de Sentença está dissociada das provas dos autos. Sustenta a defesa que, no bojo do caderno persecutório, restou comprovado que o apelante desistiu voluntariamente de matar a amásia, bem como liberou a cunhada e o sobrinho, aplicando-se o mesmo instituto previsto no art. 15 do Código Penal em relação aos delitos praticados contra ambos.

Contudo, pese ao inconformismo defensivo e à súplica irrogada a este Sodalício, a jurisprudência pátria há muito pacificou entendimento segundo o qual o princípio constitucional da soberania dos veredictos – art. 5º, inciso XXXVIII, alínea "c", da Carta da República – só autoriza a anulação do julgamento pelo Tribunal do Júri quando evidenciado de forma axiomática, inequívoca, irrefragável que a decisão contraria todo o conjunto probatório acostado aos autos, e não quando os Jurados, diante do quadro probatório produzido, optam pela tese acusatória em detrimento da defensiva.

Não por outro motivo o permissivo do art. 593, inc. III, alínea "d" do Código de Processo Penal assenta que a decisão deve ser manifestamente contrária à prova dos autos, devendo-se entender com o emprego do termo "*manifestamente*" que a situação de erro seja de pronto detectada com o mero cotejo entre a decisão dos Jurados e o conjunto probatório.

Sobre o recurso fundado em decisão manifestamente contrária à prova dos autos, o professor GUILHERME DE SOUZA NUCCI registra que: "*Ocorre que o legislador ordinário utilizou o termo 'manifestamente' para evidenciar quando a decisão dos jurados entra em confronto com a prova dos autos. Não é qualquer situação que autoriza o provimento da apelação, sendo preciso um veredicto notoriamente, gritante, patentemente, contrário à prova colhida e constante dos autos. Diz ARY AZEVEDO FRANCO: 'Manifestamente (...) Nunca um vocábulo teve maior precisão, maior indubitabilidade no seu sentido. Assim como a significação usual se ajustou mais rigorosamente à sua significação jurídica. Manifesto, segundo Cândido Figueiredo, é sinônimo*

de patente, público, evidente. E Domingos Vieira afirma 'o que é manifesto é evidente para todos' (Dic., vol. IV, pág. 103). Que se poderá entender por manifesto, por evidente, senão aquilo que se impõe à percepção de todos, que todos vêem necessariamente, se sobre o que não é admissível, em sã consciência, a possibilidade de afirmações díspares".

Assim, decisão manifestamente contrária à prova dos autos deve ser entendida como aquela que não encontra respaldo em qualquer prova produzida na instrução criminal, que não demonstra plausibilidade, mas cujo desfecho teve como base tese evidentemente dissonante do quadro apresentado em Plenário.

Não é o que ocorre no caso *sub examine.*

Cuida-se de processo-crime em que se apurou a tentativa de homicídio em relação à ex-amásia do apelante, que foi, ainda, estuprada e mantida em cárcere privado. Na mesma residência habitavam a irmã de Maria Joseane, Tatiane Bezerra, que estava grávida de 07 meses, seu filho de 09 meses, além do próprio filho do réu, à época com 08 anos de idade.

A vítima sumarizou os fatos durante a fase do *judicium accusationis* declarando que havia se separado do apelante em razão do temperamento irascível dele, bem como das constantes agressões a que era submetida no seio das relações domésticas. Após a separação, como ele passava por dificuldades financeiras, chegou a admitir que ele residisse no local em que ela estava morando, embora sem reatar o relacionamento.

No dia dos fatos, o réu teria pedido dinheiro a ela, sem sucesso. Ato contínuo, teria retornado ao local, a teria atado e, mediante violência, a constrangido a com ele ter conjunção carnal. Em seguida, passou a espancá-la.

Teria colhido uma faca de cozinha e passado a esfaqueá-la, o que fez na região da cabeça, pernas e tronco. No mesmo contexto fático, trancou a casa e impediu que todos de lá saíssem, sendo que se encontravam os demais moradores do local (a irmã da vítima e os dois menores de idade, conforme registrado).

Ainda, teria acionado o gás de cozinha do fogão dizendo que todos morreriam no local. A vítima, após determinado período, ao ver que todos estavam quase asfixiados, logrou fechar a abertura de gás. Foi ela, então, novamente amarrada no banheiro e agredida com pauladas e chutes. O apelante teria jogado, então, álcool em gel no corpo e rosto da vítima e ateado fogo, tendo ela que se atirar ao chão molhado do banheiro para apagar as chamas.

A vítima Tatiana começou a ter sangramento vaginal em período avançado da madrugada, por volta das 05:00hs. O réu foi, então, convencido a deixá-la sair levando o bebê, no que consentiu.

A Polícia foi imediatamente acionada e o réu preso em flagrante delito (fls. 183/193).

O réu confessou parcialmente os fatos no julgamento Plenário, negando a

Acesso ao Sumário

prática do delito sexual, ao fundamento de que a cópula vagínica foi consentida. Além disso, divergiu em relação a pequenos aspectos tangenciais quanto aos demais delitos, mas confirmando as agressões, o cárcere privado e o uso do gás asfixiante (mídia a fls. 436).

A Defesa sustentou a tese calcada na suposta desistência voluntária, sendo tal linha argumentativa rechaçada pelos Jurados, julgadores naturais da causa.

Diante da prova oral produzida na fase judicial, roborada por laudo pericial (fls. 47/48), ficha de atendimento de urgência (fls. 44/45) e prontuário de atendimento médico (fls. 85/106), além do exame pericial realizado na faca utilizada como instrumento do crime (fls. 152/153), não há como reconhecer que a decisão arrimada na íntima convicção dos membros componentes do Conselho de Sentença esteja dissociada do consistente conjunto probatório que arrimou o bem versado anelo acusatório.

Há provas que arrimam a pretensão ministerial aptas a superar a linha argumentativa defensiva.

Veja-se, por certo, que o réu foi, aos poucos e durante relevante período, proferindo diversos atos executórios tendentes a ceifar a vida da ofendida, o que fez mediante apunhaladas, agressões deliberadas e uso de fogo, uma verdadeira tortura impingida à ofendida. Embora o delito não tenha sido consumado, o *iter criminis* foi interrompido em razão da intervenção de policiais que foram acionados pela irmã de Maria Joseane, cessando, assim, a prática delitiva face à superveniência de circunstância alheia à vontade do apelante.

Não há como reconhecer, portanto, de forma axiomática, que houve desistência voluntária em relação ao delito, nem tampouco que a conclusão do feito manifestamente contraria o manancial probatório.

No que tange ao delito de cárcere privado, não há, tampouco, como reconhecer ter o réu cruzado a denominada "ponte de ouro", eis que já consumada a infração penal quando da libertação dos dois ofendidos. Nos dizeres de BITENCOURT ao tratar do momento consumativo do crime insculpido no art. 148 do Código Penal, "*consuma-se com a efetiva restrição ou privação da liberdade de locomoção, por tempo juridicamente relevante*" (Código Penal Comentado. 9ª ed. p. 644).

No que tange à dosimetria penal aplicada, nenhuma reforma a ser aplicada.

O crime de homicídio triplamente qualificado tentado teve a pena-base imposta em 15 (quinze) anos de reclusão. A pena foi agravada em 1/6 (um sexto) na segunda etapa, com fulcro no art. 61, inciso II, alínea "f", do Código Penal, alcançando 17 (dezessete) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Na derradeira etapa, a pena foi reduzida na fração máxima legal prevista para o conatus, em 2/3 (dois terços), concretizando-se em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

As penas lançadas aos crimes de estupro e uso de gás asfixiante não

Acesso ao Sumário

deixaram o piso legal. Foi o réu, aqui, beneficiado pela falta de agravamento da pena com escora na violência praticada contra a mulher, na forma da lei.

As reprimendas em relação a cada um dos quatro crimes de cárcere privado foram dosadas no piso, agravando-se somente a pena em relação à vítima Tatiana por ter sido o crime praticado contra gestante. Os crimes em relação aos menores de idade é qualificado, de forma a não incidir a agravante respectiva. Deixou-se, nada obstante, de reconhecer também a agravante em relação ao crime praticado no contexto de violência doméstica em relação a Maria Joseane.

Finalmente, procedeu-se à soma das penas em razão do reconhecimento do concurso material de crimes – art. 69 do Código Penal. Cumpre o registro de que os crimes de cárcere privado, em realidade, porque dolosos e praticados mediante uma única ação, foram cometidos em concurso formal impróprio de delitos, denotando-se do elemento subjetivo do tipo penal incriminador o desígnio autônomo em relação a cada conduta.

Não há, neste contexto, prejuízo algum ao réu, eis que a fórmula adotada pelo art. 70, *in fine*, do Código Penal, é também o da cumulação de penas.

O *quantum* de pena aplicado, a hediondez dos delitos de homicídio e estupro, bem como o pernicioso *modus operandi* empregado não permitem a fixação de outra regência prisional que não a segregativa.

Diante do exposto, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0015864-94.2014.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que são apelantes/apelados S.A.F. e M.M.S., é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram dos recursos, AFASTARAM as preliminares arguidas por M., NEGARAM PROVIMENTO ao recurso ministerial e DERAM PROVIMENTO aos recursos interpostos por M.M.S. e S.A.F. das imputações que lhes foram feitas de infração ao art. 1º, II e § 4º, II, por quatro vezes, da Lei n. 9.455/97, e 240, "caput", e § 2º, II, por quatro vezes, da Lei n. 8.069/90, (M.) e ao art. 1º, §§ 2º e 4º, II, da Lei n. 9.455/97, e 240, "caput", e § 2º, II, por três vezes, da Lei n. 8.069/90 (S.), com fundamento no art. 386, III, do CPP. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4.394)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente sem voto), FREITAS FILHO e OTAVIO ROCHA.

São Paulo, 11 de agosto de 2016.

ALBERTO ANDERSON FILHO, Relator

Ementa: APELAÇÕES – PROCESSUAL PENAL – PRELIMINAR – NULIDADES – INOCORRÊNCIA – TORTURA QUALIFICADA – ARTIGO 1º, INCISO II, E § 4º, INCISO II, DA LEI Nº 9.455/97 – PRODUÇÃO DE CENA PORNOGRÁFICA ENVOLVENDO CRIANÇA – ARTIGO 240, "CAPUT", § 2º, INCISO II, DA LEI Nº 8.069/90 (E.C.A.) – ATIPICIDADE – INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA DO DOLO – ABSOLVIÇÃO DAS IMPUTAÇÕES – RECURSO MINISTERIAL NÃO PROVIDO E RECURSOS DEFENSIVOS PROVIDOS.

VOTO

M.M.S. foi condenado às penas de 04 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, por infringência do artigo 1º, inciso II, e § 4º, inciso II, da Lei nº 9.455/97 (por quatro vezes), e S.A.F. foi condenada às penas de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de detenção, em regime inicial aberto, por violação do artigo 1º, §§ 2º e 4º, inciso II, da Lei nº 9.455/97, tendo sido ambos absolvidos da imputação de infringência do delito do artigo 240 da Lei nº 8.069/90, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, pela r. sentença de fls. 963/971 (vol. 5), adotado seu relatório, que julgou parcialmente procedente a ação penal promovida pela Justiça Pública. Foi negado ao increpado M. o direito de recorrer em liberdade.

Irresignados, interpuseram apelações, **resumidamente**, buscando a reforma da r. sentença:

O Representante do Ministério Público postula: **[a]** a condenação de M. e S. como incursos no artigo 240, "***caput***", § 2º, inciso II, da Lei nº 8.069/90; **[b]** a majoração das penas-base dos crimes em espécie; **[c]** o reconhecimento do concurso material, constante da denúncia; **[d]** a cassação da progressão de regime deferida na sentença; **[e]** o restabelecimento do regime inicial fechado para M. e o regime inicial semiaberto para S. (fls. 983, vol. 5; razões, fls. 1.000/1.021, vol. 6);

M.: pleiteia, em sede de preliminar, o reconhecimento da configuração de nulidades, por: **[I]** inépcia da denúncia; **[II]** cerceamento de defesa**; [III]**

Acesso ao Sumário

ausência de realização de diligência pela Autoridade Policial, relativa à testemunha protegida; **[IV]** existência de vício no mandado de busca e apreensão domiciliar; **[V]** a conversão do julgamento em diligências, para a realização de providências. No mérito, requer sua absolvição, por: **[a]** atipicidade das condutas, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal; **[b]** insuficiência do acervo probatório, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, postula**: [1]** a desclassificação para do artigo 232 da Lei nº 9.455/97; **[2]** a desclassificação para do artigo 136 do Código Penal; **[3]** o reconhecimento da continuidade delitiva (artigo 71 do Código Penal); **[4]** a fixação das penas nos patamares mínimos legais; **[5]** o estabelecimento de regime inicial aberto; **[6]** o reconhecimento de seu direito de recorrer em liberdade (fls. 989/990, vol. 5; razões, fls. 1.025/1.120, vol. 6);

S: pleiteia sua absolvição, pelo que pode ser depreendido, por insuficiência e fragilidade do acervo probatório, para a manutenção da condenação (fls. 984, vol. 5; razões, fls. 1.187/1.189, vol. 6).

Os recursos foram contra-arrazoados (fls. 1.121/1.179; 1.184/1.186; 1.191/1.220, vol. 6), tendo a douta Procuradoria Geral de Justiça opinado no sentido do afastamento das preliminares e, no mérito, pelo provimento do recurso interposto pelo Representante do "Parquet" e pelo improvimento dos recursos defensivos (fls. 1.251/1.268, vol. 7).

É o relatório.

A preliminar oposta, consistente em inépcia da denúncia (fls. 1.061/1.064, vol. 6), é insubsistente, pois tal arguição está coberta pela preclusão, por ter sido aventada tão-somente após a prolação da sentença penal condenatória. O Supremo Tribunal Federal tem posicionamento jurisprudencial pacificado sobre o entendimento acima delineado:

> *"A alegação de inépcia da denúncia está preclusa quando suscitada após a sentença penal condenatória (RHC 50.548/SP, Relator(a): Min. ANTONIO NEDER - RTJ 64/344). Precedentes."*
>
> (STF, RHC nº 105.730/RJ, Relator Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, v.u., j. 22.04.2014, *DJe* 86).
>
> No mesmo sentido: STF, RHC nº 116.619/RJ, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, v.u., j. 11.06.2013, DJe 121; STF, RHC nº 119.194/SC, Relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, v.u., j. 02.09.2014, DJe 189; STF, HC nº 111.363/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, v.u., j. 13.08.2013, *DJe* 167.

Quanto às demais preliminares **[II]** cerceamento de defesa**; [III]** ausência de realização de diligência pela Autoridade Policial, relativa à testemunha protegida; **[IV]** existência de vício no mandado de busca e apreensão domiciliar – fls. 1.041/1.061, vol. 6), ficam impossibilitadas de serem reconhecidas, pois o inquérito policial é peça meramente informativa e dispensável, não sendo

Acesso ao Sumário

viável a anulação do processo penal em razão das irregularidades detectadas no inquérito, pois as nulidades processuais dizem respeito, tão-somente, aos defeitos de ordem jurídica que afetam os atos praticados durante a ação penal.

Não obstante, destaque-se inexistir nulidade por suposto cerceamento de defesa, em função de indeferimento de diligências requeridas pela defesa, pois o Magistrado, que é o destinatário final da prova, pode, de maneira fundamentada, indeferir a realização daquelas que considerar protelatórias ou desnecessárias.

As jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Colendo Superior Tribunal de Justiça respaldam o entendimento acima ponderado:

> *"EMENTA: DIREITO ELEITORAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO PENAL. NULIDADE PROCESSUAL. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA. VÍCIOS NO INQUÉRITO POLICIAL NÃO ALCANÇA A AÇÃO PENAL. ALEGADA VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.*
>
> *1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é de que a demonstração de prejuízo, nos termos 'do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que […] o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades – pas de nullité sans grief – compreende as nulidades absolutas'. Precedente.*
>
> *2. A orientação desta Corte é no sentido de que 'eventuais vícios formais concernentes ao inquérito policial não têm o condão de infirmar a validade jurídica do subseqüente processo penal condenatório. As nulidades processuais concernem, tão-somente, aos defeitos de ordem jurídica que afetam os atos praticados ao longo da ação penal condenatória'. Precedente.*
>
> *3. Por ausência de questão constitucional, o Supremo Tribunal Federal rejeitou preliminar de repercussão geral relativa à controvérsia sobre suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal (Tema 660 - ARE 748.371-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes).*
>
> *4. A decisão está devidamente fundamentada, embora em sentido contrário aos interesses da parte agravante.*
>
> *5. Agravo regimental a que se nega provimento."* (STF, AgR ARE nº 840.449/DF, Relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, v.u., j. 04.08.2015, *DJe* 193).

No mesmo sentido: STF, AgR-AgR Rcl nº 8.279/DF, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, v.u., j. 03.03.2015, DJe 51; STF, HC nº 96.421/PI, Relator Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, v.u., j. 07.10.2014, *DJe* 209; STF, AgR ARE nº 654.192/PR, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, v.u., j. 22.11.2011, *DJe* 93; STF, RHC nº 84.903-2/RN, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, v.u., *RT* vol. 94, nº

Acesso ao Sumário

835, 2005, págs. 502/507.

"[…]

2. A produção de provas é ato norteado pela discricionariedade regrada do julgador, podendo ele, portanto, soberano que é na análise dos fatos e das provas, indeferir motivadamente as diligências que considerar protelatórias e/ou desnecessárias.

3. No caso, o Juiz de primeiro grau indeferiu o requerimento de produção de provas, registrando, fundamentadamente, a sua desnecessidade para o deslinde da questão.

4. O agravante não demonstrou o efetivo prejuízo pelo indeferimento da produção de prova, sendo assim, impossível o reconhecimento de eventual nulidade, nos termos do que dispõe o princípio do pas de nullité sans grief, assentado no art. 563 do Código de Processo Penal.

5. Agravo regimental a que se nega provimento." (STJ, AgRg no RHC nº 41.888/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, v.u., j. 05.08.2014, DJe 14.08.2014).

No mesmo sentido: STJ, REsp nº 1.519.662/DF, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, v.u., j. 18.08.2015, *DJe* 01.09.2015.

Preliminares rejeitadas, passa-se ao exame do mérito dos recursos.

M. e S. foram denunciados por infração ao art. 1º, II e § 4º, II, da Lei n. 9.455/97, porque M. submeteu Y.A.S., de dois anos de idade, sob seu poder e autoridade, com emprego de violência e ameaça, a intenso sofrimento físico e mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. S., por sua vez, porque se omitiu em face das condutas, tendo o dever de evitá-las e apurá-las.

Quatro foram as condutas a ele atribuídas:

1 – Enrolou os dois joelhos de Y. com fita adesiva transparente, limitando seus movimentos. Em seguida, fez com que a vítima andasse pela casa até cair, dando gargalhadas, "*evidenciando enorme sadismo*"; 2 – Determinou que a vítima mordesse uma cebola, dizendo que se tratava de uma maçã. Após ela morder a cebola, estimulou-a a dar outras mordidas, mesmo não tendo gostado; 3 – Impediu que a vítima dormisse, desferindo-lhe tapas na barriga, falando e abrindo seus olhos com a mão; 4 – Novamente, impediu que dormisse; 5 – Colou a vítima no chão com "Super-Bonder", objetivando deixa-la presa e quieta.

As quatro primeiras supramencionadas foram gravadas por M. em seu telefone celular, juntadas aos autos as mídias, e não se verifica, em nenhuma delas, a monstruosidade narrada pela denúncia.

Inicialmente, no vídeo em que se encontra com os joelhos amarrados, imagina-se uma cena horrorosa. Contudo, assistindo ao vídeo, constata-se que Y. estava rindo e divertindo-se, evidenciando que se tratava de uma brincadeira

Acesso ao Sumário

entre os dois. Não há nenhum sofrimento físico ou mental, tampouco a intenção de se aplicar castigo físico.

O vídeo relativo à cebola merece a mesma conclusão.

Y. morde uma cebola, não gosta do sabor, e fala que não quer mais. M. fala que enviará o vídeo para sua mãe e fala para dar outras mordidas, porém ela se nega. E por aí acaba o vídeo.

Impossível dizer que tal imagem retrata uma tortura. Pensar desta maneira e poder-se-ia processar milhões de pessoas apenas por vídeos adicionados ao "Youtube", nos quais crianças mordem ovos de verdade, imaginando ser de chocolate, também mordem cebolas, sofrem pegadinhas de pais, tios, avós etc.

Finalmente, os últimos vídeos presentes nos autos demonstram a denúncia pela perturbação do sono.

Realmente, não são imagens "normais" pelo senso comum. Porém, também não retratam "tapas na barriga" como narra a denúncia. Apenas em um momento M. encosta na barriga da criança, para que acordasse.

Entretanto, não há como falar que M. tenha agido com a intenção de lhe causar sofrimento físico e ou mental, tampouco que objetivava lhe aplicar castigo pessoal.

Aliás, diversos outros vídeos, também juntados aos autos, demonstram M. e Y. brincando juntos, nos quais ela parece gostar bastante de seu padrasto.

Não há quem não saiba que as crianças em geral tendem a gostar de brincadeiras que para um adulto seriam absolutamente indesejáveis.

Por exemplo: toda criança se diverte e bastante, quando é jogada para o alto e em seguida, antes de cair, apanhada.

Mas, imagine uma pessoa adulta ou mesmo adolescente sendo atirada para o alto e em seguida recolhida. Certamente, para a esmagadora maioria, tal movimento seria extremamente desagradável.

Também é bastante comum os pais impedirem os filhos de dormir para que não haja inversão de horário de sono da criança, sem que isso possa caracterizar tortura.

É fato corriqueiro e que, aliás, faz parte dos bons cuidados com a criança, estabelecer regras, inclusive de horário para comer, dormir, brincar etc.

Finalmente, resta a denúncia de tortura por colar Y. no chão para que ficasse parada e quieta.

O laudo pericial de fls. 44/51 aponta as queimaduras sofridas pela vítima em virtude da cola "Super- Bonder", em nádegas, virilhas e mão.

Ocorre que, as provas dos autos apontam pela inocência de M.

Inicialmente, verifica-se que as queimaduras nas nádegas da vítima não são típicas de que tenha sido colada no chão.

Acesso ao Sumário

Fosse esse o caso e teria marcas de cola somente nas nádegas e, ao ser colada no chão, ter-se-ia esparramado de forma quase homogênea, formando uma lesão arredondada.

Além disso, há lesões nas mãos da criança, provocadas pela cola e a própria vítima disse que mexeu na cola e acabou se machucando. Há prova suficiente neste sentido também pelas próprias fotos.

As maiores queimaduras estavam localizadas nas virilhas, local alcançável pela vítima. E, fosse a intenção do réu "colar" a vítima no chão para imobiliza-la, por certo não aplicaria a cola na virilha.

Aliás, nem na criança seria aplicada a cola.

Ao contrário, ela seria colocada no solo para, em seguida, colocar a criança sentada sobre a cola.

E não havia qualquer vestígio de cola no chão da residência. Havia, sim, numa espécie da manta azulada, o que seria absolutamente inútil para os fins descritos na denúncia, ficando evidente a inexistência de correlação entre a narração e o fato provado.

No chão não foi colada, pois estava sobre uma manta. Assim, a acusação não se sustenta por completo.

Resta, pois, unicamente absolver os acusados das imputações de tortura, pois comprovadas as atipicidades.

M. e S. também foram denunciados por infração ao art. 240, "caput", e § 2º, II, da Lei n. 8.069/90, porque fotografaram e filmaram cenas pornográficas, envolvendo Y.

Diversas imagens e duas filmagens de Y. foram juntadas aos autos.

Em um primeiro filme, Y. aparece dançando nua e o Ministério Público narra que M. e S. estimulavam Y. a dançar e fazer poses pornográficas.

Não é o que se depreende do vídeo.

Com uma música ao fundo e M. filmando, Y. aparece devidamente vestida e dançando. Em seguida, sem nenhum dos dois acusados estimulá-la, conforme narrado, a menina começa a tirar a roupa e fica nua.

Em seguida, M. e S. justamente desestimulam Y., falando para que coloque a roupa de volta.

No segundo vídeo, Y. está com M. e este, filmando-a, brinca que ela sequer sabe colocar a roupa, pois está com as nádegas à mostra.

Não há como presumir, como fez o órgão ministerial, que o termo "pistolinha" tinha cunho sexual. Mais parece uma brincadeira, como que a chamando de "sapequinha".

Se nos dois vídeos não se verifica qualquer cena de conteúdo pornográfico, não obstante a menina esteja nua e seminua, também não se pode concluir com

Acesso ao Sumário

certeza que as demais imagens tenham.

A dúvida, advinda do vídeo em que a própria menina retira sua roupa e começa a dançar, reclama a absolvição dos acusados também das fotografias.

Se ela mesma tinha a conduta de ficar nua e dançar, mesmo desaconselhada, pode tê-lo feito também quanto às fotografias.

Não verifico, portanto, nenhuma das acusações feitas pelo Ministério Público, as quais transformam M. em um verdadeiro monstro.

Aliás, é importante lembrar que provavelmente não existe uma criança que não tenha sido fotografada nua pelos pais, no banho, quando da troca de fralda, e mesmo brincando.

Hoje em dia com a facilidade existente para filmagens estáticas ou em movimento, em virtude da difusão de aparelhos de filmagens, inclusive em telefones celulares, o número de imagens de crianças, adolescentes e mesmo adultos, nas mais diversas situações é assustador.

Nem por isso se pretende dizer que tudo tipifica um delito.

Pelo óbvio não é o simples fato de fotografar ou filmar uma criança sem roupa, ou parcialmente despida, que tipifica infração penal.

É necessário dolo, ou seja, vontade livre e consciente de expor a criança com conotação libidinosa.

Fosse ao contrário, ou seja, o simples fato de fotografar uma criança despida tipificasse o crime, médicos, enfermeiras e principalmente pais e mães que filmam os partos dos filhos, teriam cometido infração penal.

Em momento algum se vislumbra que a intenção do recorrente fosse expor a criança e que as fotografias ou filmagens tivessem conotação libidinosa.

Portanto, imperativa a manutenção da sentença absolutória.

Ante o exposto, por meu voto, conheço dos recursos, AFASTO as preliminares arguidas por M., NEGO PROVIMENTO ao recurso ministerial e DOU PROVIMENTO aos recursos interpostos por M.M.S. e A.S.F. das imputações que lhes foram feitas de infração ao art. 1º, II e § 4º, II, por quatro vezes, da Lei n. 9.455/97, e 240, "caput", e § 2º, II, por quatro vezes, da Lei n. 8.069/90, (M.) e ao art. 1º, §§ 2º e 4º, II, da Lei n. 9.455/97, e 240, "caput", e § 2º, II, por três vezes, da Lei n. 8.069/90 (S.), com fundamento no art. 386, III, do CPP.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0092075-20.2014.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MICHAEL

DOUGLAS DOS SANTOS SILVEIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "anularam a r. sentença de fls. 156/162, para que outra seja prolatada, antes providenciada a reinquirição da vítima Lucas Pereira da Silva e da testemunha Clayton Torres Andrada Júnior, com subsequente manifestação das partes quanto à nova prova a ser juntada aos autos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.079)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCO ANTÔNIO COGAN (Presidente), LOURI BARBIERO e GRASSI NETO.

São Paulo, 11 de agosto de 2016.

MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – ALEGAÇÃO DEFENSIVA DE QUE O APELANTE DEVE SER ABSOLVIDO, POR AUSÊNCIA DE PROVAS A INCRIMINÁ-LO. PEDIDOS SUPLETIVOS DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA A FORMA DE FAVORECIMENTO REAL, E DE FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIAL SEMIABERTO.

CONDENAÇÃO ESTRIBADA NO ART. 157, § 2º, II, DO CP.

CASO EM QUE O EXTRAVIO DA MÍDIA, CONTENDO AS DECLARAÇÕES DA VÍTIMA E O DEPOIMENTO DE TESTEMUNHA, ENSEJA SUA REINQUIRIÇÃO, COM SUBSEQUENTE PROLAÇÃO DE NOVA SENTENÇA.

Sentença anulada, com determinação.

VOTO

1 – Trata-se de apelação interposta em favor de Michael Douglas dos Santos Silveira, que foi condenado ao cumprimento de pena corporal de cinco anos e quatro meses de reclusão, em regime prisional inicial fechado, mais o pagamento de treze dias-multa, fixados à razão de um trigésimo do maior salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração aos ditames do artigo 157, § 2º, II, do Código Penal (fls. 156/162).

Aduz a Defesa do apelante que a r. sentença deve ser reformada, a fim

Acesso ao Sumário

de que ele seja absolvido, por falta de provas a incriminá-lo, nos termos do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, frisando que o reconhecimento e as declarações da vítima devem ser vistos com ressalvas, "em razão do abalo emocional sofrido" (fl. 167vº), e que os policiais militares e a testemunha Clayton em nada colaboraram para a elucidação da autoria, vez que não presenciaram o delito. Supletivamente, requer a desclassificação do crime para a forma de favorecimento real, e a fixação do regime prisional inicial semiaberto (fls. 167/171).

O recurso foi contrarrazoado pelo doutor Promotor de Justiça, que postula o seu desprovimento, e a mantença da decisão atacada, reiterando suas alegações finais de fls. 152/154 (fls. 173/177).

E a douta Procuradoria de Justiça, em r. parecer da lavra do doutor Augusto Sérgio Costa Vianna, se pronunciou, igualmente, pelo desprovimento do apelo, e pela manutenção da r. sentença (fls. 186/197).

Este, em síntese, é o relatório.

2 – No caso concreto, há que se anular parcialmente o processo.

Isso porque, de acordo com os documentos de fls. 199/201, houve o extravio da mídia, antes juntada a fl. 134, que continha as declarações ofertadas pela vítima Lucas Pereira da Silva, e o depoimento da testemunha Clayton Torres Andrada Júnior, ouvidas por carta precatória, sem a existência de *backup*, quer seja no Juízo deprecado, quer seja no deprecante.

E tal circunstância impede o julgamento da ação, havendo que ser reinquiridas o ofendido e a aludida testemunha, em providência a ser adotada no juízo de origem, após o que deverá ser aberto vista para manifestação do Ministério Público e da Defesa do acusado, **cada qual no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, para eventual manifestação complementar às suas alegações finais já ofertadas, tornando os autos conclusos à MMª. Juíza para que, com urgência, por se tratar de réu preso, prolate nova sentença, mantidas as demais provas produzidas.**

Isto posto, anula-se a r. sentença de fls. 156/162, para que outra seja prolatada, antes providenciada a reinquirição da vítima Lucas Pereira da Silva e da testemunha Clayton Torres Andrada Júnior, com subsequente manifestação das partes quanto à nova prova a ser juntada aos autos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000628-20.2015.8.26.0048, da Comarca de Atibaia, em que é apelante D.V., é apelado

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONHECERAM e NEGARAM PROVIMENTO ao recuso de apelação, mantendo-se a r. sentença por seus próprios fundamentos. Expeça-se mandado de prisão em desfavor do réu. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.613)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente), ALBERTO ANDERSON FILHO e FREITAS FILHO.

São Paulo, 18 de agosto de 2016.

FERNANDO SIMÃO, Relator

Ementa: Tráfico de drogas e posse ilegal de munição – Recurso defensivo buscando, em relação ao crime de tráfico de drogas, a absolvição por insuficiência probatória e, subsidiariamente, a desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/06 ou, ainda, a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 e a fixação do regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena; e, quanto ao crime de porte ilegal de munição, a absolvição por atipicidade da conduta.

Tráfico de drogas – Provas francamente incriminadoras – Condição de usuário de drogas que não elide a concomitante atividade de traficância – Crime de perigo abstrato, não se exigindo que o infrator seja flagrado no próprio ato de venda da mercadoria proibida – Configuração do crime de tráfico de drogas que impede a desclassificação – Pena criteriosamente dosada – Exacerbação da pena base bem justificada – Inaplicabilidade do redutor – Incidência que não pode ser regra, independentemente de ser o agente primário e de bons antecedentes – Réu que fazia do comércio ilícito de entorpecentes seu meio de vida, não se tratando de traficante ocasional – Impossibilidade de abrandamento do regime prisional – Crime equiparado a hediondo, ensejando a aplicação, inicialmente, de um regime mais severo, mostrando à sociedade a eficaz repressão a esse tipo de

Acesso ao Sumário

delito – Personalidade deturpada, causadora de risco à ordem pública, de quem envereda para a prática desse tipo de criminalidade.

Posse ilegal de munição – Posse de munição que, por si só, caracteriza o delito – Laudo atestando que a munição se mostrou eficaz quando submetida a disparo real – Crime de mera conduta, de perigo abstrato, sendo desnecessária a superveniência de qualquer resultado efetivo de perigo – Pena e regime fixados com critério – Apelo improvido.

VOTO

Adotado o relatório da r. sentença de fls. 354/365, acrescenta-se que o réu D.V. foi condenado, como incurso no art. 33, *caput* e § 1º, inciso II, da Lei n. 11.343/06, à pena de 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, no mínimo legal, e, como incurso no art. 12 da Lei n. 10.826/03, à pena de 01 (um) ano de detenção, em regime aberto, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no mínimo legal, não tendo sido concedido o direito de recorrer em liberdade.

Inconformado, apela o réu, buscando, em relação ao crime de tráfico de drogas, a absolvição por insuficiência probatória e, subsidiariamente, a desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/06 ou, ainda, a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 e a fixação do regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena. Já quanto ao crime de porte ilegal de munição, pleiteia a absolvição por atipicidade da conduta.

Regularmente processado o recurso, nesta instância, o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo não provimento do apelo (fls. 473/485).

É o relatório.

A r. sentença recorrida deu correta solução à ação penal, bem analisando as provas dos autos.

A materialidade e a autoria estão bem comprovadas, como se vê dos laudos de exame químico toxicológico de fls. 212, 214, 216 e 245 e da prova oral produzida sob o crivo do contraditório, emergindo absoluta certeza da prática do delito, exatamente como narrado na peça incoativa.

Com efeito, a testemunha M., namorada do réu, contou que dormia na casa dele, quando os policiais entraram na residência e o prenderam. Tinha conhecimento de que ele cultivava droga na casa há três, quatro anos. Disse que o réu recebia dois mil reais de pensão do pai, mas sobre o rendimento obtido com a droga, não soube precisar o valor. Falou que seu namorado tem qualidade de vida financeira muito boa e não costumava sair de casa, pois, além de não

gostar, cuidava da mãe dele, que sofre de aneurisma e AVC. Também disse que ele chegou a usar remédio de tarja preta, por causa da síndrome do pânico e depressão. Afirmou que apenas as pessoas do círculo de amizade ou amigos da família procuravam por ele na residência e que nunca o viu recebendo dinheiro de alguém. Disse que o réu cultivava a maconha para "trunfo próprio, tipo, via como coisa boa", pois ele queria produzir a melhor. Por fim, confirmou que ele vendia a droga. (fls. 287/293)

A testemunha A., irmã do réu, por sua vez, também disse que estava na residência no dia da prisão e confirmou que tinha conhecimento que ele cultivava maconha em casa. Disse que não sabia que seu irmão fornecia droga para pessoas conhecidas, mas admitiu que algumas pessoas iam até a residência e fumavam, dentro do quarto dele, a droga que ele produzia, enquanto jogavam videogame. Quanto ao simulacro de arma de fogo, uma balestra, uma espingarda de chumbinho, dois cartuchos calibre .38 deflagrados, sacos plásticos e balança, alegou desconhecimento. Falou que o réu não trabalhava, só cuidava da mãe, e que ele era depressivo. E por não aceitar usar remédios, começou a usar a maconha, que ele entendia ser melhor do que usar remédio tarja preta. Esclareceu que eram boas as condições financeiras familiares, já que cada filho recebia uma mesada de dois mil reais, não tendo o réu qualquer necessidade de fazer isso. O réu ainda era sustentado na casa, com comida e roupa lavada. (fls. 294/298)

E o Delegado de Polícia Elton, que respondia pela DISE de Bragança à época dos fatos, relatou ter recebido informações dando conta da existência de uma estufa em uma casa. Efetuou investigação, conseguindo levantar outros boletins de ocorrência que relatavam a mesma questão. Efetuou pedido de busca e apreensão, que foi deferido, e realizou a operação no período da manhã. Foram atendidos pelo réu e entraram na casa e, no quarto dele, encontraram diversos potes com tipos diferentes de maconha. E nos fundos da residência, uma estufa sem iluminação e ventilação, com irrigação artificial e grande quantidade de pés de maconha. Em um quarto, havia guarda roupa embutido e dentro dele uma estufa com pequenos pés, com iluminação artificial e adubos importados, dando a entender que o réu plantava sementes ali e, quando as plantas cresciam, iam para a estufa do fundo. Com as investigações, apurou-se que várias pessoas relatavam que compravam lá, mas através de outras pessoas que faziam o intercâmbio. O réu passava a droga para essas pessoas e estas vendiam. Quando de sua prisão em flagrante, o réu confessou que vendia as drogas para um público selecionado, por serem bem mais caras. Disse que o réu tinha potes e cada porção de maconha tinha um cheiro, sabor, aromas diferentes. Não se recordou da apreensão da munição no local, mas se lembrou de ter visto uma besta. Disse que a pessoa de apelido "V." foi presa por tráfico em outra oportunidade, mas não conseguiu provar ligação entre ela e o acusado. E, sobre o fato de o réu ter dito na delegacia que vendia para o N. e "V.", confirmou a afirmação, até mesmo

Acesso ao Sumário

porque o réu estava acompanhado do seu Advogado. Sobre as investigações iniciais, relatou que, com base nas placas dos carros, conseguiram verificar que eram realizadas festas na Serra da Cantareira, cujos registros fotográficos indicavam que nelas havia consumo da maconha. As investigações concluíram que havia plantio de drogas que eram vendidas nessas festas e elas culminaram na prisão do réu. Também disse que chegou a entrevistar usuários apresentados no plantão, que informaram sobre o plantio de maconha, mas não chegaram a formalizar isso nas declarações, por medo de represálias. Questionado sobre a existência de ordem de campana para averiguar se alguém compra a droga na residência, falou que as informações não davam conta de que o réu estivesse efetivamente vendendo a droga. Ele produzia, armazenava e deixava para esses outros amigos. Disse que os usuários em geral eram pessoas do seu convívio, amigos, pessoas selecionadas, diante do valor bem mais caro. Afirmou que, além da grande plantação, havia na casa grande quantidade do produto pronto para a venda. (fls. 304/310)

Nada existe para subtrair a credibilidade da prova oral colhida, considerando que ninguém tem interesse em acusar injustamente pessoa inocente.

E, quanto à palavra do policial, importante frisar ainda que ele exerce função pública relevante e presumidamente cumpre a lei e seu depoimento se mostrou coeso e harmônico, na mesma linha do que disse na fase inquisitiva.

A propósito, assim já se posicionou o E. Superior Tribunal de Justiça:

"O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos".

(H.C. nº 74.608-0/SP – Rel. Min. Celso de Mello).

De outra banda, a versão apresentada pelo réu em juízo, de que cultivava a maconha, mas nunca traficou, além de isolada, não convenceu.

O réu declarou que, influenciado por alguns amigos, passou a plantar a maconha em sua casa. Dois amigos ajudavam no custo da produção, para pagamento da água e fertilizante. Indagado sobre "V." e N., a princípio, disse que não os conhecia, depois, que os via muito pouco na cidade e, por fim, que fornecia droga para essas pessoas, para fumarem na sua residência. Quanto à espingardinha de chumbo, disse que ficava na parede de enfeite e, quanto à

Acesso ao Sumário

munição, disse ter sido dada pelo seu irmão, que tem porte de arma. Também disse que só havia um pote da droga e não tinha droga preparada.

Ocorre que, na delegacia e na presença de Advogado, além de confirmar o fornecimento de drogas a terceiros, o réu falou do valor cobrado por cada grama da maconha e da renda anual que auferia com a venda: "*há cinco anos aproximadamente reside no município de Atibaia (...) e que aproximadamente três anos atrás por ser usuário de maconha, e não querer mais adquirir em "biqueiras", decidiu semear e cultivar pés de maconha na residência de sua mãe, onde reside. Como suas plantações começaram a crescer desordenadamente, passou a fornecer a seus amigos, mediante pagamento de R$ 25,00 por grama da maconha, dinheiro este informa que era apenas uma ajuda de custo para a manutenção de sua vida, para pequenos gastos, dentre eles fertilizante, água e energia, pois não trabalha. Que seu faturamento anual era de aproximadamente R$ 5.000,00 com a venda de maconha. Que chegou a fornecer maconha para pessoa de "V.", o qual comprava para uso, que também vendia maconha para pessoa de "N.", pouca quantidade para consumo dele. Que possui aproximadamente doze pés de maconha plantados no local, possuindo também diversas quantias acondicionadas em potes de vidro. Que costumeiramente recebia seus amigos em sua residência onde fumavam a maconha produzida e jogavam videogame, fornecendo maconha para quem quisesse*." (fls. 11/12). Aliás, o valor cobrado por cada de maconha também foi mencionado pela namorada do réu na delegacia, ocasião em que ela também afirmou já tinha visto as pessoas de "V." e "N." na casa do réu, tendo conhecimento que eles eram traficantes. (fls. 06/07)

Sabe-se que a confissão, ainda que extrajudicial, pode interferir na prova produzida sob o crivo do contraditório, quando em consonância com ela. E é essa a situação dos autos.

A namorada do réu confirmou em juízo que ele vendia a droga (fls. 292). A irmã dele, por sua vez, disse que ele fornecia a droga que produzia a terceiros (fls. 295). E o policial, que o réu produzia, armazenava e passava a droga para os amigos que a vendiam.

Como se vê, apesar de negar ser traficante, o réu admite que fornecia droga para dois amigos. Nos termos da lei, queira ou não o réu admitir o rótulo, isso é traficância, frisando que a condição de usuário de drogas não elide a concomitante atividade de traficância.

Outro não é o entendimento jurisprudencial:

> "A alegação de viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante, mormente há hipótese vertente, em que ambas se mesclam num mesmo agente, preponderando a última, de maior gravidade" (TJSP – RJTJSP 101/498).

Acesso ao Sumário

Saliente-se, ademais, que o crime de tráfico é de perigo abstrato, punindo-se a conduta pelo risco que ela representa para a saúde pública, de modo que não há necessidade de efetiva prática de ato de comércio, bastando que o agente seja apanhado trazendo consigo, guardando ou mantendo em depósito substância entorpecente com finalidade de venda.

Nesse sentido:

"Para que haja tráfico, não é mister seja o infrator colhido no próprio ato de venda da mercadoria proibida. O próprio art. 37 da Lei Antitóxicos dás as coordenadas da caracterização do tráfico ao estipular que essa classificação se fará em consonância com a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como a conduta e os antecedentes do agente." (TJSP – AC 20.239 – Rel. Geraldo Gomes RT 584/347) grifo nosso

"TÓXICO – Tráfico – Caracterização – Ré surpreendida com tóxicos acondicionados para venda – Flagrante verificado enquanto tentava desvencilhar-se do entorpecente – Prova segura da posse da substância e da materialidade – Condenação mantida – Recurso não provido. (Apelação Criminal nº 212.768-3 – Araçatuba – 1ª Câmara Criminal – Relator: David Haddad – 11.08.97 – V.U.) grifo nosso

A prova, como se nota, é plenamente desfavorável ao apelante, não restando dúvida de que o réu cultivava e armazenava a maconha, que, além de ser usada para seu próprio consumo, também era destinada a consumo de terceiros. O crime de tráfico de drogas restou bem tipificado e comprovado, não havendo se falar em desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/06.

O delito do art. 12 da Lei n.10.826/03 também restou configurado.

O laudo pericial de fls. 140/142 atestou que o projétil apreendido na residência do réu consistia em uma munição intacta, calibre nominal .38", de uso permitido, que, submetida ao exame de eficácia, restou eficaz para a produção de disparo.

Não há se falar em atipicidade da conduta, como quer a douta defesa. Mostra-se irrelevante para a tipificação penal a circunstância de que "*não foi encontrada nenhuma arma de fogo em poder do apelante, sendo impossível que ele pudesse utilizar a munição apreendida*" (fls. 413), já que, com o advento da Lei n. 10.826/03, a posse de munição, por si só, passou a caracterizar o ilícito.

Trata-se de crime de mera conduta, de perigo abstrato, onde a situação de perigo é presumida, sendo desnecessária a superveniência de qualquer resultado efetivo de perigo.

Sobre o assunto, aliás, professor Renato Marcão: "*A circunstância de encontrar-se desmontada a arma quando da apreensão não impede a tipificação*

legal, desde que provada a eficácia do instrumento. Tanto isso é verdade que o art. 14 buscou incriminar não só o porte de arma, mas também de acessório e munição, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, a demonstrar a preocupação do legislador com a potencialidade lesiva do instrumento, independentemente de estar em condição de pronto uso. Portar munição ou acessório, nas condições do tipo penal em testilha, mesmo que desacompanhado de arma de fogo, é crime, e é incontroverso que o acessório e a munição, sem a arma de fogo, ficam sem condição de pronto uso para efeito de causar lesão física." (Estatuto de Desarmamento, editora Saraiva, 3ª edição, pág. 72).

As penas foram criteriosamente dosadas e bem justificadas, considerando as circunstâncias em que os fatos se deram, bem como as condições pessoais do apelante, frisando que a pena aplicada ao réu pela prática do delito previsto no art. 12 da Lei n. 10.826/03 foi fixada no mínimo e não houve substituição da pena privativa de liberdade, em atenção ao que dispõe o art. 69, § 1º, do Código Penal.

A pena base do crime de tráfico de drogas, por sua vez, distanciou-se do patamar mínimo, pois a magistrada *a quo* ponderou as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, destacando a culpabilidade exagerada do réu e a quantidade de droga encontrada em sua residência, bem justificando, assim, acerca da necessidade de sua exasperação, para que só assim sejam obedecidos os parâmetros necessários à reprovabilidade da conduta criminosa, bem como atendimento ao critério da suficiência.

E não era mesmo caso de aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Sua incidência não pode ser regra, bastando seja o agente primário e de bons antecedentes. Exige-se mais, fundamentalmente, não esteja o agente envolvido na prática de atividade ilícita habitual. E, no presente caso, o réu cultivava a maconha há pelo menos três anos, o que, somado ao fato de que ele não trabalhava e declarou na delegacia o auferimento anual de R$ 5.000,00 com a venda de maconha, demonstra que ele fazia do tráfico seu meio de vida, não se tratando de traficante ocasional.

Por fim, quanto ao regime prisional, em relação ao delito previsto no art. 12 da Lei n. 11.343/06, foi fixado o regime aberto para o cumprimento da pena.

Já em relação ao crime de tráfico de drogas, foi corretamente fixado o regime inicial fechado para o cumprimento da pena. Ao contrário do que argumenta a douta defesa, a douta magistrada fundamentou o regime estabelecido, ao mencionar que a escolha se dava *ex vi legis*.

Frise-se que a gravidade do crime assim o recomenda, sendo comparado a crime hediondo, o que enseja a aplicação, inicialmente, de um regime mais severo, mostrando à sociedade a eficaz repressão a esse tipo de delito.

Acesso ao Sumário

Não é só. Quem envereda para a prática desse tipo de criminalidade, indisfarçavelmente tem personalidade deturpada, causadora de risco à ordem pública.

A propósito, nesse sentido a jurisprudência:

"O Supremo Tribunal Federal já reconheceu, em decisão plenária, a constitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. A pena por crime previsto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 será cumprida em regime fechado" (STF – H.C. nº 72.567-8/RS – Rel. Min. Carlos Veloso).

"No concernente ao regime prisional imponível à espécie, também se mostra correta a fixação do inicial fechado (Lei nº 11.464/07), por duas razões principais: a uma, porque o regime fechado foi determinado de forma precisa e correta, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal e, a duas, porque o crime de tráfico de entorpecentes equiparado a hediondo, não se sujeita a regime mais brando, pois, como público e notório, provoca o recrudescimento da violência e da intranquilidade social, além da desagregação da instituição familiar" (TJSP – AP. nº 990.09.042255-6 – Rel. Des. Paulo Rossi).

Ante o exposto, por meu voto, CONHEÇO e **NEGO PROVIMENTO** ao recuso de apelação, mantendo-se a r. sentença por seus próprios fundamentos. Expeça-se mandado de prisão em desfavor do réu.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0017057-27.2011.8.26.0008, da Comarca de São Paulo, em que é apelante VANILTON HENRIQUE DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, a fim de absolver VANILTON HENRIQUE DOS SANTOS da imputação que lhe é feita na denúncia. V.U." de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.900)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e ROBERTO SOLIMENE.

São Paulo, 1º de setembro de 2016.

SOUZA NERY, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação. Homicídio culposo na condução de veículo automotor. Condenação em primeira

instância. Recurso buscando a absolvição, por insuficiência probatória.

Processo penal. Prova. Ausência de comprovação de que o réu trafegava em velocidade superior à permitida no local. Imprudência não demonstrada. Absolvição decretada.

Recurso provido.

VOTO

Inconformado com a r. decisão de primeira instância,[1] que o condenou, pela prática de homicídio culposo praticado na condução de veículo automotor,[2] às penas de um ano de reclusão, em regime aberto, substituída por penas alternativas, além da suspensão do direito de dirigir, **VANILTON HENRIQUE DOS SANTOS** apela em busca de solução diversa, alegando não haver prova suficiente para a condenação, vez que não caracterizada a imprudência.[3]

O recurso foi regularmente processado, tendo recebido parecer desfavorável da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É o relatório.

O recurso comporta acolhimento.

O apelante foi condenado por atropelar a vítima com seu caminhão, quando esta atravessou a rodovia em que trafegava durante a noite. Entendeu o magistrado que ele agiu com imprudência ao trafegar em velocidade superior à permitida no local.

Materialidade e autoria estão fora de dúvida, uma vez que o próprio apelante confessa ter atropelado a vítima quando esta cruzou a rodovia durante a noite, não tendo ele conseguido frear o caminhão a tempo.

No entanto, parece-me que a imprudência não restou suficientemente caracterizada.

O laudo pericial de fls. 12-22 dá conta de que, no momento do impacto, o caminhão trafegava a uma velocidade de 70km/h na iminência do atropelamento, quando foram acionados os freios e a velocidade caiu para 50km/h no momento da colisão com a vítima.

Pela análise do local, entenderam os peritos que a velocidade máxima permitida na via onde aconteceu acidente era de 40km/h, o que levou a digna magistrada a entrever a imprudência no fato de se trafegar em velocidade superior.

1 Fls. 232-236, Dra. CRISTINA ELENA VAREIA WERLANG, cujo relatório fica adotado.

2 CTB, art. 302, *caput*, c.c. art. 298, V.

3 Razões de fls. 245-246.

Acesso ao Sumário

As fotos acostadas ao laudo, sobretudo a de fls. 15-A, assim como o croqui de fls. 21, mostram que o atropelamento ocorreu vários metros antes do local onde se pode vislumbrar uma placa de sinalização de velocidade – não há nenhuma foto de sinalização existente antes desse local –, de modo que a velocidade menor, ao que parece, apenas vigia muitos metros depois.

De fato, é esta a versão do réu, que, a meu ver, restou confirmada pelo depoimento dos policiais que atenderam à ocorrência.

Ao ser interrogado, o apelante, que prestou socorro à vítima, afirmou que trafegava na velocidade permitida para a via. Estava ainda na Rodovia Dutra, onde a velocidade era de 90km/h, e andava a 70km/h, abaixo do limite, portanto, no momento do acidente. Questionado pela magistrada sobre a existência de uma placa no local, afirmou que está se encontrava muitos metros a frente, no local onde acabou por parar o caminhão após a chegada dos policiais – e onde efetivamente aparece na foto de fls. 15-A.[4]

Embora o policial rodoviário Norberto Scalisse, ouvido a fls. 218-221, tenha dito não se recordar de qual era a velocidade no local, seu colega Isaque de Lima Gonçalves, ouvido a fls. 222-225, afirmou que a velocidade máxima de 40km/h se verifica apenas na entrada no acesso, não no local do acidente, onde provavelmente a velocidade é outra, tendo o perito provavelmente visto a marcação de 40km/h no começo da ponte. Disse que, onde o acidente aconteceu, não havia marca de velocidade, sendo a rodovia limitada a 90km/h.

Segundo o policial, o que condiz com as fotos já mencionadas, a placa fica um pouco à frente do local do acidente, onde se vê o caminhão nas fotos, mas a vítima estava cerca de cem a duzentos metros antes disso.

Diante da prova colhida, entendo que, caso não se queira conceder estar provado que o apelante **não** trafegava em velocidade superior ao permitido – estava, aliás, até mesmo abaixo desse patamar, tendo em mira a redução que se avizinhava no acesso à Fernão Dias, demonstrando cuidado em seu proceder –, no mínimo restou nebulosa a questão de qual a velocidade efetivamente permitida no local do acidente, pelo que não está suficientemente comprovado que o apelante agiu de forma imprudente, não se lhe podendo imputar culpa no caso dos autos.

Assim, com fulcro no artigo 386, VII, de rigor a absolvição.

Destarte, pelo meu voto, proponho que se dê provimento ao recurso, a fim de absolver[5] VANILTON HENRIQUE DOS SANTOS da imputação que lhe é feita na denúncia.

Acesso ao Sumário

4 Fls. 226-228.

5 Com fundamento no inciso VII, do art. 386, do CPP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0099420-08.2012.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado CLAUDIO HENRIQUE ANDRADE GARVE.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.571)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WILLIAN CAMPOS (Presidente) e POÇAS LEITÃO.

São Paulo, 1º de setembro de 2016.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator

Ementa: APELAÇÃO. USO DE DOCUMENTO FALSO. Artigo 304, *caput*, do Código Penal. Sentença absolutória. Manutenção. Fragilidade probatória acerca da efetiva utilização do documento pelo acusado. Subsistindo dúvidas sobre a autoria delitiva, pendem em favor do acusado. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO contra a r. sentença (fls. 113/115) que julgou improcedente a ação penal, para absolver Claudio Henrique Andrade Garve, qualificado nos autos, da imputação de estar incurso no artigo 304, *caput*, do Código Penal, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Em razões de apelação (fls. 146/149), a Acusação busca o decreto condenatório, aduzindo, em suma que a autoria e materialidade restaram comprovadas pelo conjunto probatório acostado aos autos.

Oferecidas as contrarrazões (fls. 152/154), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 158/162).

É o relatório.

Verte da inicial acusatória que no dia 16 de outubro de 2012, por volta das 15h30min, na Rua Américo Salvador Novelli, próximo ao nº 389, Itaquera, comarca de São Paulo, o apelante Claudio Henrique Andrade Garve, qualificado

Acesso ao Sumário

nos autos, fez uso de documento público falso.

Segundo apurado, na data dos fatos, policiais civis efetuavam diligências nas proximidades; quando, percebendo que o agente demonstrou nervosismo e inquietação, efetuaram sua abordagem.

Consta que os servidores policiais localizaram em poder do agente cédula de identidade falsificada, em nome de José dos Santos, proveniente de Minas Gerais, com a fotografia do apelante, além de outros documentos falsos descritos na denúncia.

Respeitada a convicção do ilustre representante do Órgão Ministerial, o conjunto probatório carreado aos autos não se mostra suficiente para lastrear decreto condenatório.

Embora se verifique a materialidade delitiva pelos documentos de fls. 15/37, e pelo laudo pericial de fls. 74/76, não restou comprovado, por outro lado, que o apelante tenha apresentado os documentos aos servidores policiais como sendo verdadeiros, tampouco que tenha efetivamente feito uso dos referidos documentos.

Em interrogatório judicial (mídia de fls. 110), o apelante confirmou que, por encontrar-se em situação financeira difícil, acabara de adquirir a referida documentação na Praça da Sé, pretendendo fazer algum uso que pudesse lhe trazer vantagem financeira, quando foi abordado pelos policiais.

Negou, contudo, que tenha apresentado os documentos como verdadeiros; asseverando que se identificou com seu nome verdadeiro aos policiais, e que se encontrava com o documento de identidade legítimo, mas que verificando o conteúdo do envelope que carregava, foi conduzido ao departamento policial.

Os depoimentos dos policiais militares Adriano Billota da Costa e Geraldo Mastropaulo, em juízo (mídia fls. 110), não desconstituem a versão apresentada pelo apelante em seu interrogatório judicial; de modo que não se extrai a convicção que o agente tenha apresentado a documentação que portava no envelope.

Como ressaltado pelo MM. Juiz *a quo*, "*Revela-se, assim, o elemento subjetivo do tipo, consubstanciado na intenção de ludibriar os policiais civis, não se revelou, devendo ser colocado em relevo que a descoberta da falsidade dos documentos, na Delegacia de Polícia pode ser entendida como consequência lógica da apreensão de documentos díspares entre si. Os policiais civis foram firmes ao afirmar que a Cédula de Identidade estava em nome de terceiro – ao que se recordam "João" –, mas mostraram-se recalcitrantes quanto à sua apresentação, espontânea, pelo réu, que tentou fugir, demonstrando medo*" (*sic*, fls. 115).

Consoante é da jurisprudência:

"É evidente que a conduta do recorrente não se amolda ao tipo

previsto no artigo 304. Isto porque, o ora apelante não fez uso da carteira de habilitação falsificada, tampouco chegou a apresentá-la, seja por imposição ou mesmo espontaneamente. Neste mesmo sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o seguinte entendimento: "(...) O delito de uso de documento falso pressupõe a efetiva utilização do documento, sponte propria, ou quando reclamado pela autoridade competente, não sendo, portanto, razoável, imputar ao paciente conduta delituosa consistente tão só na circunstância de tê-lo em sua posse (...) (HC 145.500/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 19/12/2011)".

(TJSP – Apelação nº 0053634-78.2012.8.26.0651. 15ª Câmara de Direito Criminal. Relator Desembargador Ricardo Sale Júnior, j. em 02 de julho de 2015, v.u).

Desta forma, subsistindo dúvidas acerca da autoria delitiva, de rigor o decreto absolutório.

Neste sentido:

"Embora haja indícios de que tenha praticado o crime, tais sinais não se transformaram em prova suficiente para a edição de um decreto de rigor e, por isso, corretamente, optou o culto magistrado sentenciante, em seguir o princípio in dúbio pro reo. Como bem consignado pelo douto Juiz: "O réu negou em Juízo a prática do crime, não foi apreendida a res furtiva na posse dele ou com pessoa a quem ele tenha vendido, e ninguém o vou praticar o delito. Assim ficou isolada nos autos a confissão feita na delegacia, principalmente porque realizada sem a presença de advogado e quando na mesma ocasião teria confessado vários outros crimes" [sic] (fls. 101). Mantém-se, portanto, por seus próprios e jurídicos fundamentos, a bem lançada decisão de Primeiro Grau".

(TJSP – Apelação 0025116-56.2010.8.26.0196. 15ª Câmara de Direito Criminal. Relator Desembargador J. Martins, j. em 04/04/2013, v.u.).

"Desse modo, diante da análise de todos os dados colhidos em Juízo, em especial as contraditórias declarações da vítima (no inquérito e em juízo), sobrevêm dúvidas a desautorizar condenação, pois, conquanto estivesse o acusado na posse de barras de chocolate, inexiste prova de que as mesmas tivessem sido subtraídas do estabelecimento da vítima, e, pois, prova plena de que tenha ele cometido o furto. Há não só o decisivo desencontro nas palavras da vítima, como, ainda a ausência de testemunhas presenciais. Nesse contexto, ausente prova segura e suficiente à prolação de édito condenatório, considerando, ainda, ser presumível a inocência do réu, não há, pois, como decidir com base em meros indícios ou conjecturas".

Acesso ao Sumário

(TJSP – Apelação 9000052-16.2010.8.26.0510. 15ª Câmara de Direito Criminal. Relator Desembargador Antônio Tadeu Ottoni, j. em 30/04/2015, v.u.).

FURTO QUALIFICADO E CORRUPÇÃO DE MENORES - ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS - RECONHECIMENTO - A mera suposição de que o acusado seja o autor de um furto, em comparsaria com adolescente, é insuficiente a ensejar a sua condenação, quando não existe prova concreta a indicar sua participação nos crimes - RECURSO PROVIDO.

(TJSP – Apelação 0000945-64.2011.8.26.0369. 15ª Câmara de Direito Criminal. Relator Desembargador Willian Campos, j. em 09/04/15, v.u.).

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0019731-41.2011.8.26.0278, da Comarca de Itaquaquecetuba, em que é apelante L.F.C.M., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao apelo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4.528)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente), CARLOS MONNERAT e MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 1º de setembro de 2016.

ALCIDES MALOSSI JUNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PENAL. APELAÇÃO. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONDENAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO.

1) Estupro. Atentado violento ao pudor. Artigos 213 e 214, ambos do Código Penal, antes da superveniência do derradeiro diploma alterador, a Lei nº 12.015/2009. Absolvição por insuficiência probatória. *Descabimento*. Materialidade delitiva e autoria demonstradas. Em se tratando de crime albergado pelo manto da clandestinidade (*qui clam committit solent*), a palavra da vítima é de peculiar importância

no esclarecimento dos fatos, quando corroborada por outros elementos de convicção, como as demais provas orais, demonstrado a prática continuada de diversas formas de violência sexual contra vítima, seviciada desde os oito anos de idade. Precedentes judiciais. Versão exculpatória do acusado que, divorciada das demais provas dos autos, carece de plausibilidade e não elide a tese acusatória. Condenação legítima.

2) Pena. Dosimetria. Redução na pena-base e afastamento da continuidade delitiva. *Impossibilidade*. A) Devidamente fundamentado o aumento na primeira fase do cálculo, haja vista consideradas as condutas diversas do acusado, implicando em maior gravidade (concreta) e demonstrando maior periculosidade. Cálculo que, inclusive, já beneficiou o acusado, pelo reconhecimento de crime único, quando se admitiria situação de crimes distintos. Impossibilidade, entretanto, de reparo, por ausência de recurso da acusação. B) Aplicação da continuidade delitiva na fração máxima perfeita ao caso. Número considerável de delitos. Crimes praticados dos 08 aos 16 anos de idade da vítima. Princípio da individualização da pena (CR/88, artigo 5º, XLVI).

Negado provimento.

VOTO

VISTO.

Trata-se de um recurso de "**APELAÇÃO CRIMINAL**", interposto pelo acusado L.F.C.M., contra r. sentença condenatória proferida pelo *MM. Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Itaquaquecetuba*, de lavra do MM. Juiz de Direito, **Fernando de Oliveira Domingues Ladeira** (fls. 192/195).

Esclarecendo que ele, apelante, foi condenado como incurso nos artigos 213 e 214, ambos do Código Penal "estupro e atentado violento ao pudor" (antes da superveniência da Lei n° 12.015/09), à pena de **10 anos de reclusão**, inicialmente em regime **fechado**, pugna, por meio da via recursal (fls. 208/217): a) como *pedido principal*, pela **absolvição** por insuficiência de provas (artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal); b) como *pedido subsidiário*, pela **redução da pena**, com diminuição do *quantum* punitivo da pena-base e afastamento, *in casu*, da continuidade delitiva (artigo 71 do Código Penal).

Contrarrazões ministeriais a fls. 219/220.

Acesso ao Sumário

O preclaro Procurador de Justiça, Dr. **Ricardo Antônio Andreucci**, manifestou-se em parecer pelo não provimento do recurso (fls. 225/228).

É o relatório.

A apelação não comporta provimento.

Consta dos autos que o apelante L.F. foi condenado por estupro e por atentado violento ao pudor, nos termos da lei penal basilar antes da reforma advinda com a Lei nº 12.015/2009, porque, em datas e horários incertos, esparzidos entre os **anos de 1992 e 2001**, no interior da própria residência, constrangeu sua enteada, quando ela ainda não havia completado 14 anos, M.A.L.S., mediante grave ameaça, a praticar atos libidinosos diversos da conjunção carnal e, especificamente quando esta já tinha completado 16 anos, a praticar conjunção carnal consistente em cópula vaginal, sobrevindo deste último fato gravidez e o nascimento, em **22.03.2002**, de uma menina fruto da relação sexual, M.G.L.S.

Narra a denúncia que L. F., desde 1992, no período em que ainda era padrasto da vítima, aproveitava-se da ausência da genitora desta, para, na própria residência, e mediante ameaça, constrangê-la a atos libidinosos diversos da cópula peniano-vaginal. Posteriormente, já em 2001, quando M.A.L.S. contava com 16 anos de idade, **L.F.** forçou-a ao ato sexual da cópula, advindo desse estupro uma filha, conforme acima descrito.

O próprio apelante viria a ingressar, em etapa posterior (21.05.2011), com ação de reconhecimento de paternidade em face de M.G.L.S., fruto do estupro (ação cível n° 278.01.2011.006574-2, perante a 2ª Vara Cível da Comarca de Itaquaquecetuba, conforme cópia da petição inicial, fls. 06/09), admitindo os fatos acima expostos.

Deflagrada a persecução penal na seara policial por meio de requisição do diligente órgão ministerial oficiante (fls. 03), colhendo-se da etapa pré-processual suficientes informações para o ajuizamento de ação penal, a denúncia veio a ser recebida em **08.05.2012** (fls. 73).

Após regular tramitação processual, o réu foi **condenado** nos termos da Acusação, julgando-se procedente (apesar de equivocada indicação de parcial procedência no dispositivo da r. sentença, a fls. 195) a ação penal.

A condenação é, de fato, procedente, sendo insustentáveis os protestos de absolvição por insuficiência de provas.

Respeitados os esforços argumentativos da Defesa, é inviável prover pela absolvição do acusado, em vista da abundância de elementos probatórios a confirmar sua responsabilidade penal no caso concreto, como se extrai do relatório final da autoridade policial (fls. 69/70) e da sentença condenatória (fls. 192/195).

De proêmio, ressalte-se que, apesar das ilações incoerentes vertidas

Acesso ao Sumário

por L.F. no interrogatório judicial (v. mídia, fls. 158), no afã de conferir certa credibilidade às suas alegações iniciais (fls. 51 e 65), a existência do crime assenta-se em suficientes provas a confirmar a materialidade delitiva.

O próprio acusado ajuizou ação de reconhecimento de paternidade em face de M.G.L.S., criança fruto de relações sexuais mantidas com a ofendida M.A.L.S., como se nota pela petição inicial do referido processo (fls. 06/09) e pela contestação apresentada pela ré, representada naquele feito pela genitora, a vítima do crime ora examinado (fls. 36/38).

A referida pretensão de reconhecimento de paternidade, **AJUIZADA PELO PRÓPRIO RÉU**, já constituiria elemento probatório bastante de sua "confissão", com muito custo negada na presente ação penal. Apesar de sustentar em interrogatório judicial (fls. 158) um vínculo lascivo consensual com a vítima, esta jamais alegou ter mantido contato sexual com L.F senão mediante ameaças, o que se extrai já da contestação na ação de paternidade (fls. 37):

> *"A autora* [rectius: representante da ré, a filha nascida do estupro, M.G.L.S.] *narra que tinha apenas 08 (oito anos de idade), **quando passou a ser abusada sexualmente pelo autor, que chegava embriagado na casa e passava a praticar ato libidinoso com a autora*** (sic), ***sob ameaça de morte**, a pequena criança era abusada constantemente **na ausência da mãe**, que perdurou durante anos.*
>
> *Aqui poderíamos enumerar várias das ameaças sofridas pela pequena criança [a ora ofendida M.A.L.S.], mas o fato é que uma das piores ameaças sofridas, e que até hoje reflete no psicológico da requerida, era o momento em que o autor a **obrigava a deitar em sua cama, sob pena de penalizar o seu irmão caçula, filho do autor com sua genitora**, que ainda pequeno com aproximadamente 01 (hum) ano de vida, caiu e não foi socorrido pelo autor, por descaso e hoje com 18 (dezoito) anos de idade vive preso em cadeira de roda, faz uso diariamente de fraldas, e que poderia ter sido evitado se tivesse sido socorrido no momento da queda, tudo pela falta de amor, pelo filho que se chama W.S.M., e **sob ameaças a esta criança*** [M.A.L.S.] *era abusada sexualmente, sob pena de penalizar também a criança que já se encontrava com sequelas, o seu próprio filho* [o do réu]".

O quadro de incessantes atos de abuso sexual, de diferentes formas, desde que a vítima tinha oito anos de idade, é, portanto, reiteradamente confirmado por ela em **todos** os depoimentos que prestou, nas duas fases da persecução penal, como se nota a fls. 50 e 61 e na mídia a fls. 122.

Em juízo, M.A.L.S., além de ressaltar ter sofrido estupros e atos diversos da cópula vaginal desde os oito anos de idade, esclareceu que os fatos foram desvelados do manto da clandestinidade, quando ela engravidou com 16 anos de idade. Negou que tivesse havido qualquer consensualidade em todos os contatos libidinosos com o acusado e reiterou que se submetia a L.F. porque

Acesso ao Sumário

ela sentia medo das ameaças dele contra o irmão menor, W., deficiente mental (aliás, segundo relatos da vítima, por omissão de socorro do próprio réu, quando o menino estava em tenra idade).

M.A.L.S. descreveu sob o crivo do contraditório que, para conferir credibilidade às ameaças, L.F. tentou empurrar W., irmão da vítima, da cadeira de rodas. Quando esta interveio em favor do menino, recebeu um tapa no rosto, desferido pelo acusado (mídia, fls. 122).

A ofendida também destacou que o resultado do exame de DNA, incidentalmente provido no seio da ação de reconhecimento de paternidade, apresentou resultado **positivo**, o que corrobora o prévio contato sexual entre a vítima e o algoz, L.F. M.A.L.S. não se privou ainda de revelar receios de que o acusado viesse a praticar contra M.G.L.S., filha deles, as mesmas formas de abuso de caráter lascivo que a ofendida suportou durante anos.

Vale destacar que, além de o réu ter admitido contatos sexuais diversos da penetração na etapa preliminar (fls. 51 e 65), a gravidez é prova cabal de pré-existente cópula vaginal. Por óbvio. Com o devido respeito ao aguerrido defensor do acusado, tende ao absurdo a argumentação das razões recursais, pelas quais se pretende convencer pela inexistência de penetração praticada por L.F., o qual disse ter ouvido do médico que "*M.A.L.S. ainda era virgem, quando deu à luz a filha deles*" (fls. 158).

Com a possível exceção bíblica mundialmente conhecida, que se respeita por existência de real fé, ninguém engravida sem cópula peniano-vaginal, especificamente em casos como o ora avaliado (obviamente existindo outras possibilidades, mas inverossímeis para o caso aqui tratado). Fato científico inconteste. Aliás, pelo que se infere do depoimento da vítima, esta explicou que o médico, sem recorrer aos jargões clínicos, dissera-lhe que ela era "virgem" **porque não tinha "passagem**". Por certo, isso sugeriria que o referido médico, buscando um linguajar cotidiano, possivelmente fez referência à constituição do hímen da vítima, sugerindo a falta de complacência, ou seja, a integridade do antedito órgão sexual feminino, comum entre as mulheres, pelo qual não se detecta, a olho nu e sem exame pericial específico, indícios físicos claros de prévia relação sexual.

Conforme explica o especialista em Medicina Forense, Alberto Jorge Testa Woelfert, em sua *Introdução à Medicina Legal* (São Paulo: Ed. ULBRA, pp. 95/98), há diversos tipos de hímen. Em casos de relação sexual, o fenômeno do rompimento ou da ruptura é detectado nos mais diversos tipos de hímen, como os cibriformes, bilabiados e septados, exceto o tipo dubitativo. **Não houve exame pericial para determinar o tipo de hímen da vítima**. De qualquer forma, pelo que se deduz das lições técnicas do ilustre autor, a constituição do hímen não interfere nas hipóteses de cópula ectópica do tipo vulvar ou *interfemuris*

Acesso ao Sumário

(sem penetração completa). Por fim, arremata o cientista, peremptoriamente: "*A presença de gravidez, independentemente de qualquer outra situação, é considerada como perda de virgindade, quer o hímen esteja íntegro ou não*" (fls. 98, destaquei).

Não se pode perder de vista, por fim, que os crimes sob exame, como sói ocorrer com a maioria dos delitos contra a dignidade sexual, são praticados **sob o manto da clandestinidade (*qui clam committit solent*)**, portanto, no esclarecimento dos fatos e na identificação do seu autor, a palavra da vítima mostra-se indispensável dentro do caderno probatório. Nesse sentido, a jurisprudência é meridianamente clara, ao sublinhar a importância da palavra da vítima:

> *"APELAÇÃO. PENAL. CRIME DE ESTUPRO CONTRA VULNERÁVEL. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVADAS. PALAVRA DA VÍTIMA CORROBORADA PELOS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA. RECURSO IMPROVIDO. 1. O crime de estupro de vulnerável, de regra* ***não deixa vestígios, principalmente, como* in casu, *praticado contra vítima ainda criança.*** *2. Apesar da tenra idade da ofendida,* ***sua declaração coerente constitui elemento de prova de especial relevância em crimes contra a liberdade sexual, eis que, de ordinário, os delitos desta natureza são praticados às ocultas.*** *Sobretudo se esta prova encontra-se arrimada em outros elementos de informação contidos nos autos. 3. Negado provimento".* (TJDF, APR 0001929- 93.2014.8.07.0006, Rel. Des. João Timóteo de Oliveira, 2ª Turma Criminal, julg. 25/09/2014, publ. DJe. 03/10/2014, destaquei);
>
> *"APELAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL.* ***AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PALAVRA DA VÍTIMA NOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. VALIDADE.*** *CRIME CONSUMADO. CONDENAÇÃO. REGIME FECHADO. RECURSO DA ACUSAÇÃO PROVIDO. 1. Autoria e materialidade comprovadas com relação ao crime de estupro de vulnerável. Circunstâncias do caso concreto comprovam o dolo adequado à espécie. 2.* ***O reconhecimento que a vítima efetua, da pessoa do seu estuprador, assume fundamental importância, eis que, em sede de crime contra a liberdade sexual, normalmente tocado de clandestinidade, a palavra da vítima é a única na qual pode a autoridade judiciária fiar-se, à falta de testemunhas presenciais.*** *Precedentes do STJ. 3. Crime de estupro de vulnerável consumado, pois, pese* ***embora não haja prova nos autos de ter havido penetração na vítima****, os atos praticados pelo réu, vale dizer, o de passar a mão na sua vagina e de penetrar parte do dedo no ânus da vítima, causando-lhe uma fissura, tal como restou comprovado pelo laudo de exame de corpo de delito, de fato,* ***caracterizaram, sem qualquer sombra de dúvida, atos***

Acesso ao Sumário

libidinosos diversos da conjunção carnal, sendo desnecessário que haja a penetração para fins de tipificação do presente crime. *Precedentes do STJ. 4. Provimento do recurso Ministerial".* (TJSP, Rel. Des. Airton Vieira, julg. 09/02/2015, 1ª Câmara Criminal Extraordinária, publ. DJe. 27/02/2015, destaquei).

Noutro vértice, a versão da vítima, diversamente do que ocorre com as implausíveis alegações do acusado, contam com respaldo no restante do acervo probatório.

Irmã da vítima e filha biológica do acusado, A.S.M. sempre manteve também uma narrativa linear e coerente quanto aos fatos, quer em solo policial (fls. 54), quer em juízo (fls. 122). Atribuindo os abusos contra M.A.L.S. especificamente ao fato de que a vítima era enteada do réu, não filha biológica, A. explicou que quando a mãe das meninas, identificada apenas como F., saía para trabalhar, L.F. chamava a ofendida para a cama dele e ordenava às demais crianças (A., W. e o filho do réu, L.B.) que ficassem reclusos na cozinha. Por ser ainda criança, A. admitiu ter tido o silêncio "comprado" pelo réu com roupas e brinquedos que este lhe oferecia.

Por fim, A. disse recordar-se, antes de ser levada à cozinha, de entrever L.F. levantando a blusa de M.A.L.S. e passando as mãos por debaixo da roupa, acariciando os seios da ofendida. A. também confirmou que a vítima engravidou do acusado. Por fim, a testemunha repete, ainda, a explicação que a vítima ofereceu em juízo, dizendo que ela era "virgem", porque o dedo do médico "não passou durante um exame íntimo". Isso permitiria deduzir por um hímen de pouca elasticidade ou do tipo não dubitativo, por exemplo (não há elementos técnicos para afirmações precisas de caráter médico-legal, conforme já explicado), mas a gravidez é prova cabal das relações sexuais entre a vítima e o acusado.

Os contatos de natureza sexual são confirmados, inclusive, pelo próprio filho do acusado, L.B.J.M. (v. mídia, fls. 141), o qual residiu com o pai em São Paulo por um breve período de um a dois anos, durante sua adolescência, aduzindo que o pai levava a vítima para o quarto, quando a então companheira (genitora de M.A.L.S.) saía para trabalhar.

Em suma, contrariando o acervo condenatório, há apenas a versão incoerente de L.F., persistente em negar as ameaças, dizendo que "*não fazia nada*" e que "*a vítima ia para cima de mim"*. O acusado admitiu, contudo, que havia uma grande amizade entre eles que "*depois virou envolvimento*". Por fim, negou (por mais absurdo que possa parecer) ter engravidado a vítima, mesmo tendo ajuizado uma ação de reconhecimento de paternidade e, como sugere a Defesa, nutrido um amor paternal por M.G.L.S. (filha dele com a vítima), chegando até mesmo a custear, em favor da menor, um plano de saúde (fls. 18).

Acesso ao Sumário

L.F chegou, em seu interrogatório, a cair em contradição, pois admitiu que o filho L.B. presenciou várias vezes o contato íntimo entre réu e vítima, o que motivou o douto Juízo *a quo*, inclusive, a requisitar a instauração de inquérito policial por crime previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90). Nenhuma das afirmações do réu conta, em suma, com a menor credibilidade, quer por tenderem todas ao absurdo, quer por absoluta falta de respaldo probatório.

Portanto, a condenação é de rigor.

Na aplicação da lógica do modelo trifásico (artigo 68 do Código Penal), o douto magistrado sentenciante considerou que (fls. 194):

> *"Analisando as provas dos autos, observa-se que o réu praticou condutas de conjunção carnal e atos libidinosos diversos de conjunção carnal. Antes da reforma apresentada pela lei 12.015, de 07 de agosto de 2009, esta circunstância permitia o reconhecimento de concurso material entre atentado violento ao pudor e estupro. Ocorre que isto não é mais possível, pois, o legislador passou a entender tratar-se de crime único e da mesma espécie, não se admitindo, inclusive, reconhecimento de concurso formal ou material se praticados contra a mesma vítima no mesmo contexto temporal. Por outro lado, para a correta individualização da pena, é imperativo considerar que em existindo condutas de conjunção carnal e ato libidinoso diverso, no mesmo contexto, a circunstância se resolve na fixação da pena-base, pois evidente a maior reprovabilidade da conduta, evidenciando profundo desajuste e desprezo pela vida e integridade física humanas e especialmente da mulher. Portanto, as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal autorizam a majoração da pena-base, que fixo, nos termos do artigo 213 do Código Penal em redação vigente à época dos fatos em 08 anos de reclusão (a mínima no período era de 06 anos conforme redação da Lei 8072/90). Diante da continuidade delitiva, majoro a pena em 2/3 resultando em 10 anos de reclusão e 16 dias-multa. Nos termos do artigo 33 do Código Penal e artigo 2°, § 1°, da Lei 8072/1990, fixo o regime fechado para início da reprimenda".*

Indiscutível a proficiência jurídica do douto Juízo *a quo*. Sem embargo, contudo, a pena careceria de reparos, não operáveis na espécie, por inércia recursal da Acusação, incidindo, pois, a vedação da *reformatio in pejus*.

Na fixação da pena-base, apesar da cizânia doutrinária e jurisprudencial a respeito, caberia afastar a tese do crime único. Esclareça-se que a Lei nº 12.015/2009 não constituiu uma hipótese de *abolitio criminis* (exclusão de tipo penal do ordenamento jurídico), nem mesmo uma *reformatio in mellius* (a superveniência, ao contrário, veio aglutinar, dentro de uma mesma moldura típica, os tipos penais correspondentes ao estupro e ao atentado violento ao pudor, tal como definidos no *Codex* pela Lei nº 8.072/90, a última alteração legislativa antes da supracitada Lei n° 12.015/2009).

Acesso ao Sumário

Com efeito, seria o caso de tratar como crimes autônomos, a serem apenados, no período legal anterior a 2009, **cujas penas deveriam ter somadas**, e posteriormente a 2009, devendo o atual artigo 213 ser interpretado como um tipo misto **cumulativo**, com vistas a atender a preceitos de justiça, como explica o eminente jurista **Ferrando Mantovani**, em sua obra *Concorso e conflito di norme nel diritto penale* (*Concurso e conflito de normas em direito penal*), citado na valiosa dissertação Nohara Paschoal, *Estupro: uma perspectiva vitimológica* (Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014, p. 137), *verbis:*

> *"Não se pode deixar de notar que a categoria das normas mistas coloca nas mãos do intérprete uma ferramenta que, em um sistema jurídico inspirado no critério do cúmulo material de sanções, frente a uma jurisprudência de concurso de crimes muito fácil, pode servir com grande utilidade, sempre em substancial atinência à lei, para satisfazer imperiosas necessidades de justiça; um instrumento, portanto, muito valioso para ser negado ou empobrecido e que, ao revés, deve ser usado com mais frequência e de forma profícua".*

Por fim, conforme arremata a própria Nohara Paschoal, esse entendimento conforma-se com uma política criminal mais fortemente repressiva, com vistas a superar os estigmas sociais e atender às reivindicações dos antigos grupos militantes na área. Conclui a autora que (fls. 139 e fls. 143 da obra mencionada):

> *"Pelos critérios apontados pelo autor italiano* [Mantovani] *para distinguir um dispositivo penal entre tipo misto alternativo e tipo misto cumulativo – vontade da lei e atendimento à exigência da Justiça –,* ***o novo tipo penal do estupro jamais haveria de ser interpretado como um tipo da primeira categoria.***
>
> *No que concerne ao primeiro, cabe salientar que o mote da alteração legislativa referente aos crimes sexuais foi justamente tratar com maior rigor as violações à dignidade sexual da pessoa humana, devendo ressaltar que os próprios autores que sustentam* ***a natureza do novo estupro como um tipo misto alternativo, conforme já evidenciado, reconhecem que a consequência dessa interpretação – punir como crime único a prática de atos sexuais múltiplos contra a mesma vítima –, viola o espírito da lei****.*
>
> *(...)*
>
> *Se o objetivo da reunião das antigas figuras foi o de reforçar que atos diversos da conjunção carnal são igualmente violadores à dignidade sexual do indivíduo, dos quais também o homem pode ser vítima, é inconteste que viola o espírito da lei entender crime único a prática cumulada de tais contra a mesma vítima.*
>
> *Com efeito,* ***ao considerar a ocorrência de crime único a realização da conjunção carnal e o coito anal contra a mesma vítima, em realidade, o que se faz é justamente desconsiderar parte significativa da ofensa à dignidade sexual, o que, indubitavelmente, contraria o***

Acesso ao Sumário

objetivo da lei".

Fácil concluir que o apelante já foi muito beneficiado pelo entendimento da sentença de primeiro lugar. De qualquer modo, utilizando-se a existência daqueles crimes diversos como circunstâncias judiciais desfavoráveis, referentes ao próprio crime, como autoriza o artigo 59 do Código Penal, obviamente bem motivado o acréscimo imposto, não se cogitando em afastamento ou mesmo diminuição.

Se a elevação da pena-base, na vertente hermenêutica assumida pelo magistrado sentenciante, consistiu em apenar mais severamente os delitos praticados, fê-lo também implicitamente porque o réu, aproveitando-se da condição de padrasto da ofendida e do regime de coabitação em que vivia com a prole de sua ex-companheira, aguardava-a ir para o trabalho, com o fito de praticar atos libidinosos de conjunção carnal e de outras espécies contra a menina, seviciada desde os 08 anos de idade, submetendo-a a múltiplas modalidades de violência, moral, psicológica e sexual. Trata-se, em suma, da faculdade discricionária que todo magistrado exerce, ao dosar a reprimenda ao caso concreto, atendendo-se ao **princípio da individualização da pena** (CR/88, artigo 5º, XLVI).

Conforme já exposto, mais correta seria a aplicação da pena de 08 anos de reclusão pelo crime de estupro (artigo 213 do Código Penal, na redação antiga), mais, dentro da proporcionalidade judicial imposta (pena- base elevada à fração de 1/3 – um terço), 04 anos de reclusão pelo atentado violento ao pudor (conforme o então vigente artigo 214 do Código Penal). A aplicação do artigo 213 na nova redação levaria à pena mais alta, logo não poderia ser imposta ao réu no caso. E, para cada um dos crimes, caberia a incidência da regra do artigo 71 do Código Penal, já que cada um deles (13 anos e 04 meses de reclusão, para o estupro; 06 anos e 08 meses de reclusão, para o atentado violento ao pudor) foi praticado em continuidade delitiva, na fração de 2/3 (dois terços), com somatória ao final (20 anos de reclusão pela regra do concurso material de crimes). Inviável a aplicação desse cálculo, porém, não havendo recurso da Acusação.

De qualquer forma, o reconhecimento da continuidade delitiva, em sua fração máxima de 2/3 (dois terços), nos termos do artigo 71 do Código Penal, decorre, igualmente, da necessidade de resposta punitiva proporcional às lesões praticadas pelo agente e do imperativo constitucional de adequação da reprimenda às condutas praticadas.

Sob um aspecto precisamente técnico, caberia, em verdade, proceder à somatória das penas, conforme já indicado, pela regra do concurso material (artigo 69 do Código Penal), já que o caso concreto exigiria, na distinção dos atos libidinosos sofridos pela vítima, a censura penal, autônoma e cumulativa,

Acesso ao Sumário

para cada tipo de injusto sofrido. Nesse sentido:

> *"RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIMES DE ESTUPRO E DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N.º 12.015/2009. REUNIÃO DE AMBAS AS FIGURAS DELITIVAS EM UM ÚNICO CRIME. TIPO MISTO CUMULATIVO. 1. Antes da edição da Lei n.º 12.015/2009 havia dois delitos autônomos, com penalidades igualmente independentes: o estupro e o atentado violento ao pudor. Com a vigência da referida lei, o art. 213 do Código Penal passa a ser um tipo misto cumulativo, uma vez que as condutas previstas no tipo têm, cada uma, "autonomia funcional e respondem a distintas espécies valorativas, com o que o delito se faz plural" (DE ASÚA, Jimenez, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Losada, 1963, p. 916).2.* ***Tendo as condutas um modo de execução distinto, com aumento qualitativo do tipo de injusto, não há a possibilidade de se reconhecer a continuidade delitiva entre a cópula vaginal e o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mesmo depois de o Legislador tê-las inserido num só artigo de lei****.3. Se, durante o tempo em que a vítima esteve sob o poder do agente, ocorreu mais de uma conjunção carnal caracteriza-se o crime continuado entre as condutas, porquanto estar-se-á diante de uma repetição quantitativa do mesmo injusto.* ***Todavia, se, além da conjunção carnal, houve outro ato libidinoso, como o coito anal, por exemplo, cada um desses caracteriza crime diferente e a pena será cumulativamente aplicada à reprimenda relativa à conjunção carnal****. Ou seja,* ***a nova redação do art. 213 do Código Penal absorve o ato libidinoso em progressão ao estupro - classificável*** *como praeludia coiti - e não o ato libidinoso autônomo, como o coito anal e o sexo oral. 4. Recurso provido".* (STJ - REsp: 987124 SP 2007/0216856-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 09/11/2010, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/04/2011, destaquei)

No entanto, na contrariedade da r. sentença à imperativa lógica que reclamaria a somatória das penas de cada crime e a aplicação da continuidade delitiva também para cada delito autônomo, a solução judicial adotada mostra-se mais benéfica ao acusado, até um tanto leniente no *quantum* punitivo ao final imposto a ele, de modo que deve assim ser preservada, pela vedação da modificação da pena em prejuízo ao réu, na existência de recurso unicamente defensivo (*reformatio in pejus*).

Não se ignora que o número de crimes, pelo raciocínio da sentença, bem justificou o índice máximo de aumento pela "continuidade delitiva". Afinal, os crimes foram praticados dos 08 aos 16 anos de idade da vítima, em número deveras considerável. O critério, destaca-se, é objetivo, e o caso, certamente, autorizava o rigor maior possível.

Acesso ao Sumário

HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONTINUIDADE DELITIVA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. LEI 12.015/2009. NOVA TIPIFICAÇÃO. ART. 213. CRIMES DA MESMA ESPÉCIE. NOVATIO LEGIS INMELLIUS. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 71, CAPUT, DO CP. PREENCHIMENTO. **AUMENTO DA REPRIMENDA. NÚMERO DE INFRAÇÕES PRATICADAS. CRITÉRIO OBJETIVO**. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. A Lei n.º 12.015/2009 promoveu sensível modificação nos dispositivos que disciplinam os crimes contra os costumes no Código Penal, ao reunir em um só tipo penal as condutas antes descritas nos arts. 213 (estupro) e 214 (atentado violento ao pudor), ambos do CP. 2. Com as inovações trazidas pela Lei n.º 12.015/2009, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor são, agora, do mesmo gênero - crimes contra a liberdade sexual - e também da mesma espécie - estupro -, razão pela qual, preenchidos os requisitos de ordem objetiva (mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução) e subjetiva (unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos), não haveria qualquer óbice ao reconhecimento da continuidade delitiva, prevista no art. 71, caput, do CP. 3. Referido dispositivo legal, por externar um panorama mais benéfico ao sentenciado, pode, em princípio, incidir imediata e retroativamente aos crimes praticados antes de sua entrada em vigor, independentemente da fase em que se encontrem, posto que são normas de caráter preponderantemente penal. 4. Verificado que os delitos foram praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, de rigor o reconhecimento da continuidade delitiva. 5. **Segundo a orientação jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, o critério de aumento da pena pela continuidade delitiva se faz em razão do número de infrações praticadas**. 6. Tendo o paciente praticado 2 (dois) delitos contra a dignidade sexual, devida a escolha da fração mínima de aumento de pena prevista no art. 71, caput, do CP. Precedentes. 7. Habeas corpus concedido para reconhecer, em favor do paciente, o instituto da continuidade delitiva, tornando a sua reprimenda definitiva em 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mantidos, no mais, a sentença e o acórdão objurgados (STJ - HC: 139956 SP 2009/0121092-2, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 26/04/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/05/2011).

Em suma, na impossibilidade de imposição das modificações necessárias à dosimetria da pena e, sendo incensurável o mérito da condenação, o apelo não deve ser provido.

Do exposto, por meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao apelo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000841-55.2014.8.26.0664, da Comarca de Votuporanga, em que é apelante/apelado PEDRO RODRIGUES LUCAS, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 10ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.994)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores NUEVO CAMPOS (Presidente), RACHID VAZ DE ALMEIDA e CARLOS BUENO.

São Paulo, 16 de setembro de 2016.

NUEVO CAMPOS, Relator

Ementa: APELAÇÃO – CONTRAVENÇÃO DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE – RECURSOS DEFENSIVO E MINISTERIAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – CONDUTA DO ACUSADO QUE NÃO FOI HÁBIL À SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA – DESCLASSIFICAÇÃO OPERADA EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL PREVISTA NO ART. 65, DO DECRETO-LEI 3.688/1941 MANTIDA – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS – DOSIMETRIA ADEQUADA – APELOS IMPROVIDOS.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de recursos interpostos pelo D. Representante do Ministério Público em primeiro grau de jurisdição e por Pedro Rodrigues Lucas contra a r. decisão monocrática de fls. 152/157, que julgou parcialmente procedente a inicial e condenou o acusado, como incurso no art. 65, *caput*, do Decreto-Lei 3.688/41, combinado com o art. 61, II, *h*, do Cód. Penal, a 10 (dez) dias-multa, à razão mínima ao dia-multa.

O acusado foi denunciado como incurso no art. 217-A, do Cód. Penal.

Pugna a acusação, em suma, pela condenação do acusado nos termos da

inicial, por entender que o conjunto probatório é suficiente a tanto (fls. 182/196).

Pugna a defesa, em suma, pela absolvição, sob o fundamento da atipicidade da conduta do acusado, ou sob o fundamento da insuficiência probatória (fls. 166/172).

Contra-arrazoado os recursos (fls. 197/198 e 205/212), manifestou-se a D. Procuradoria de Justiça pelo provimento do recurso da acusação e pelo desprovimento do apelo da defesa (fls. 216/221).

É, em síntese, o relatório.

Os apelos não procedem.

A r. sentença, que apreciou a prova com critério e bem decidiu o presente processo, não merece reparo.

Ficou demonstrado, estreme de dúvida, que, nas condições de tempo e lugar referidas na inicial, o acusado, por motivo reprovável, molestou a menor G.D.A., à época com 11 (onze) anos de idade.

A vítima dirigia-se à escola, oportunidade em que foi abordada pelo acusado, seu vizinho, que lhe ofereceu um doce, ocasião em que, ante a afirmativa da menor, solicitou que a ofendida entrasse no interior de sua residência para escolher o sabor, no que foi atendido.

Assim que G.D.A. entrou, o acusado fechou as cortinas e trancou a porta do imóvel.

Em seguida, o apelado convidou a vítima para sentar-se no sofá, ocasião em que falou, por diversas vezes, que a ofendida era "gostosa", e, ainda, passou as mãos nas coxas, acariciou os seios e beijou G.D.A. na face.

A vítima, então, pegou seu material escolar e disse que tinha prova na escola, bem como que não poderia faltar, oportunidade em que o acusado permitiu que a ofendida saísse, bem como disse que G.D.A. deveria voltar todas as terças e sextas, pois sua mulher não estava em casa esses dias, bem como afirmou que naquela sexta-feira a vítima deveria retornar para que tomassem banho juntos.

A vítima, então, chorando, foi à casa de uma vizinha, para quem contou o ocorrido.

No final da tarde, a ofendida relatou os acontecimentos a sua genitora, que tomou as providências policiais cabíveis.

Nesse sentido, é a coesa e insuspeita prova oral da acusação, constituída pelas declarações da vítima G.D.A. (fls. 6 e 127/CD) e pelos depoimentos de I.C.D.A. (fls. 7 e 127/CD), K.C.A.B. (fls. 17 e 127/CD) e S.B.B. (fls. 18 e 127/CD).

Nada há nos autos a indicar, por parte da vítima e das testemunhas, qualquer motivo, para, indevidamente, prejudicar o acusado ou a presença de

Acesso ao Sumário

qualquer elemento de prova ou circunstância a infirmar a prova oral da acusação.

O relato sustentado pela ofendida ao longo da persecução penal, pelo que verte da análise dos autos, encontra seguro apoio nos autos.

Os depoimentos de sua genitora e a versão da vítima constante do relatório de avaliação psicológica (fls. 62/66), conferem-lhe credibilidade.

Ademais, nada há de concreto, mesmo nas declarações do acusado, no sentido de que a ofendida teria qualquer motivo para formular acusação indevida.

Quanto à versão exculpatória apresentada pelo acusado ao longo da persecução penal (fls. 23 e 127/CD), no sentido de negativa, porque isolada e afastada, com segurança, pela prova oral da acusação, não comporta acolhimento.

A prova oral da defesa, por sua vez, não se presta a alterar o panorama do conjunto probatório (fl. 127/CD).

A materialidade delitiva, na ausência de vestígios específicos, nos termos do art. 167, do Cód. de Proc. Penal, está demonstrada pela suficiente prova oral, bem como pela avaliação psicológica de fls. 62/66.

Como se vê, a solução condenatória era de rigor, razão pela qual não há que se falar na atipicidade da conduta do acusado.

No que tange à qualificação jurídica da conduta do acusado, não há duvida de que se trata da infração penal prevista no art. 65, da Lei das Contravenções Penais.

Importa considerar, a propósito, que a integração da figura típica do grave crime previsto no art. 217-A, do Cód. Penal, demanda a exata compreensão da elementar "*outro ato libidonoso*".

É inquestionável que o tipo penal em tela deve ser tido como anormal, na medida em que possui elementar de natureza normativa, cuja compreensão exige valoração, consideradas todas as elementares da quadratura típica.

Importa considerar, ainda, que a compreensão da elementar em foco demanda a utilização da *denominada*, por parte da doutrina tida como tradicional, ***interpretação analógica*** (grifei), considerada a legalidade estrita a ser observada na esfera penal.

Não se trata, obviamente, de integração do tipo penal pela analogia, pois não há lacuna a ser preenchida.

A presente hipótese, é preciso ressaltar, é de busca da integração do significado da elementar "*outro ato libidinoso*", operação interpretativa, que, como já assinalado, deve, necessariamente, ter um viés restritivo, sob pena de apresentar resultado indevidamente abrangente, incluindo atos libidinosos desprovidos de gravidade diferenciada, do que resultaria a desproporcional incidência da resposta penal cominada, que, em seu limite mínimo prevê pena de 8 (oito) anos de reclusão.

Oportunas, a propósito, as seguintes citações doutrinárias.

"Não há confundir a analogia com a *interpretação analógica*, permitida pela própria lei. Trata-se, aqui, de analogia *intra legem*, de que é exemplo, entre outros muitos, a consentida fórmula do *crime continuado* (art. 51, § 2º, do Código Penal), que, depois de mencionar as condições de "tempo, lugar, maneira de execução", indiciárias da **homogeneidade objetiva dos fatos sucessivos** (grifei), acrescenta: "e outras semelhantes". É óbvio que**, no limite da *semelhança* referida à casuística exemplificativa, cabe ao juiz reconhecer as hipóteses não previstas individualmente. Toda vez que uma cláusula genérica se segue a uma fórmula causuística, deve entender-se que aquela somente compreende os casos análogos aos destacados por esta, que, do contrário, seria totalmente ociosa."** (grifei). (Nelson Hungria, Comentários ao Código Penal, vol. I, tomo 1º, 3ª ed., p. 86, Revista Forense, 1955, Rio de Janeiro.)

"Sucede em alguns casos valerem-se os textos legais de fórmulas exemplificativas seguidas de indicações genéricas, que obrigam o intérprete a admitir situações não expressamente previstas. Exemplificando: na agravante do art. 44, nº II, *d*, do Código Penal, pesará contra o réu o emprego que haja feito de "outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido" **(semelhante aos apontados no texto)** (grifei); na configuração do crime continuado (art. 52, § 2º), devem-se levar em conta circunstâncias "outras semelhantes" às designadas; na figura do estelionato (art. 171), o crime se tipificará quando utilizado artifício, ardil "ou qualquer outro meio fraudulento".

Estará o legislador impondo nesses casos o uso da analogia? Consoante corretamente aduz Aníbal Bruno, **"aí não temos analogia em sentido próprio, como processo de integração de lacuna do sistema por ausência de norma, mas interpretação por analogia, que é o meio indicado para integrar o preceito dentro da norma, estendendo-o, como ele mesmo sugere, a situações análogas"** (grifei). É, a nosso ver, uma hipótese de uso excepcional da analogia para a interpretação do dispositivo e torná-lo mais flexível. E, se a própria lei o determina, não se pode falar aí em analogia proibida pelo princípio da legalidade." (Basileu Garcia, Instituições de Direito Penal, vol. I, tomo I 5ª ed., p. 173/174, Ed. Max Limonad, 1980, São Paulo).

"O Direito Penal admite a interpretação extensiva mesmo quando a exegese recai sobre o texto de norma incriminadora.

Admitido que a hermenêutica penal se orienta pelos mesmos princípios que regem a interpretação das demais ciências jurídicas, não há razão para excluir-se a interpretação extensiva em qualquer zona ou domínio

Acesso ao Sumário

da ciência penal. Nem de outra maneira se poderia concluir, uma vez que essa exegese apenas revela o verdadeiro alcance do mandamento legal, sem na realidade ampliá-lo juridicamente.

Rejeitar a interpretação extensiva dentro do direito penal seria escravizar este ao empírico sistema da exegese literal. Como dizia Esmeraldino Bandeira, ao prefaciar o "Direito Penal" de Galdino Siqueira, "por amor à *literalidade* ou literalismo do texto não é justo deixar sem disciplinar jurídica um caso perfeitamente equiparável aos de que a lei cogita".

Segundo Sebastian Soler, "a interpretação deve ser verdadeira, embora declarativa, ampliativa ou restritiva". Isto é realmente o que importa, razão pela qual não se pode proscrever a exegese extensiva.

Afirma-se, como escreve Bettiol, que "no campo do direito penal a interpretação extensiva da norma deve ser excluída sempre que venha a limitar a liberdade individual. Mas isto é errôneo, pois se iria limitar arbitrariamente essa liberdade tão-só na hipótese de vir a mesma norma disciplinar situações ou relações nela não empreendidas. **Nada disto se verifica na interpretação extensiva, pois que o fato está previsto e subsiste uma disciplina normativa do mesmo, muito embora não revele suficientemente a defeituosa expressão literal da norma**" (grifei).

Não há que confundir "analogia" e "interpretação extensiva": aquele é forma de auto-integração da ordem legal para cobrir lacunas e omissões; **esta, ao revés, traduz apenas a pesquisa sobre o alcance e significado da lei** (grifei).

A analogia está proscrita do direito penal liberal porque atenta contra o princípio do "nullum crimen, nulla poena sine lege". Permitida é, no entanto, a interpretação extensiva visto harmonizar-se perfeitamente com aquêle postulado do Direito Penal. "Em la actualidad – diz Asua – hay um común sonsenso sobre la necessidad de admitir la interpretacion exntesiva en materia penal". (José Frederico Marques, Curso de Direito Penal, vol. I – Propedêutica Penal e Norma Penal, p. 159/160, Saraiva, 1954, São Paulo.)

No caso em tela, não há dúvida de que o "*ou praticar outro ato libidinoso*" abrangido pela figura típica em tela demanda *status* compatível com a conjunção carnal, ou seja, que seja hábil à satisfação da lascívia, da concupiscência, na mesma intensidade da conjunção carnal.

Assim sendo, por maior que seja a repulsa moral que a conduta do acusado possa gerar, não há dúvida de que não se encontra sob o âmbito da vigência da norma penal incriminadora que constituiu fundamento da qualificação jurídica considerada na inicial, razão pela qual não há como se acolher o pleito

Acesso ao Sumário

ministerial.

No que concerne à dosimetria da pena, não merece qualquer reparo.

A pena foi fixada em 10 (dez) dias-multa, à razão mínima ao dia-multa.

A seguir, houve a compensação entre a circunstância agravante prevista no art. 61, II, *h*, do Cód. Penal, com a circunstância atenuante prevista no art. 65, 2ª parte, do Cód. Penal.

Face ao exposto, meu voto nega provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000082-89.2011.8.26.0246, da Comarca de Ilha Solteira, em que é apelante CRISTIANO PERRI MINOTELLI, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Preservada a convicção de meus pares, deram provimento ao recurso para absolver Cristiano Perri Minotelli dos crimes do art. 302 *caput* e art. 306, ambos da Lei n. 9.503/97, com fulcro no art. 386, VII, do Cód. de Processo Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.236)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), AMARO THOMÉ e LAURO MENS DE MELLO.

São Paulo, 22 de setembro de 2016.

ROBERTO SOLIMENE, Relator

Ementa: Trânsito. Embriaguez e homicídio culposo. Reversão do resultado neste 2º grau. Ausência de exame clínico com obtenção de material no local. Suspeito encaminhado ao hospital, onde fichas clínicas relatam que se achava sem nenhuma alteração compatível com embriaguez. Exame e anotações de poucas horas após o acidente. Testemunhas que não são objetivas quanto à embriaguez. Dúvida. Culpa em conversão à esquerda, cf. denúncia, interceptando o caminho em sentido contrário trilhado pela vítima em sua motocicleta. Laudo que concluiu pela conversão irregular, todavia, amassamentos nas carrocerias que

Acesso ao Sumário

não são compatíveis com a descrição do perito. Lado do passageiro que não foi atingido, ficando o local do choque na porta do motorista ora apelante, sinal de que não houve a conversão. Motocicleta com danos do lado do condutor, indicando que a colisão deu-se de frente contra a porta do motorista e, então, sem conferência da conversão tida por defesa. Rol de dados que conspiraram contra a necessária certeza, optando-se pela absolvição com fundamento no art. 386, VII do Cód. de Processo Penal. Recurso provido.

VOTO

Relatório

Cuida-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 250/254, que julgou procedente a denúncia formulada em desfavor de Cristiano Perro Minotelli, dando-o como incurso no art. 302, *caput*, c.c. o art. 306, ambos da Lei n. 9.503/97, impondo-lhe a pena de 2 anos e 6 meses de detenção, no regime inicial aberto, mais 10 diárias de multa, além de 4 meses de suspensão do direito de dirigir veículo automotor.

A reprimenda corporal foi substituída por duas medidas alternativas, a saber, prestação de serviços à comunidade, por igual período, e prestação pecuniária de 40 salários mínimos, no piso legal.

Todavia, não resignado, apela o sentenciado, buscando absolvição a pretexto de que as provas teriam sido insuficientes para comprovar a sua responsabilidade criminal, tendo em vista que não teria se apoiado em premissas e fatos aplicáveis às espécies penais.

Em caráter subsidiário, postula a redução do valor da prestação pecuniária fixada, eis que não teria sido razoável (fls. 263/357).

Respondido o recurso (fls. 393/395), a D. Procuradoria Geral de Justiça emitiu parecer pelo desprovimento (fls. 400/404).

É o relatório.

Voto n. 33.236

Respeitosamente, dou provimento ao recurso e adiante justifico.

-1-

A denúncia descreve episódio em que o apelante teria conduzido veículo automotor pela via pública, com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 decigramas.

Consta também que, nas mesmas condições de tempo e lugar, teria praticado homicídio culposo na direção de veículo automotor contra a vítima

Acesso ao Sumário

Rayner Isael Peppe dos Santos (fls. 1d/3d), e, em acordo com a denúncia ministerial, *verbis*, "(...) agiu com imprudência consistente em cruzar a via sem observar a aproximação de outros veículos, interceptou a trajetória da motocicleta da vítima, que colidiu contra a parte dianteiro-esquerdo do denúncia (fl. 78/87).

Analisando os autos, nesta sede recursal, tem-se, porém, a ausência de indícios necessários à manutenção do édito condenatório, cf. restará demonstrado.

Na Delegacia, o increpado negou as acusações que lhe foram disparadas na denúncia. Narrou que não teria ingerido substâncias etílicas, destacando não se recordar sobre alguém ter solicitado, em meio ao episódio, o exame de dosagem alcoólica e, além disso, afirmou que após o socorro da vítima, cuja atividade auxiliou, foi encaminhado ao hospital, onde não foi constatada sua embriaguez.

Outrossim, em relação ao acidente, informou que transitaria no sentido Ilha Solteira – Itapura, momento no qual uma motocicleta, que estaria em sentido oposto, teria invadido sua faixa de direção e, apesar de tentar evitar o choque frontal, puxando sua camionete para o seu lado direito, mesmo assim a motocicleta colidiu junto de sua porta esquerda do veículo, qual seja, a do motorista (fls. 62/63).

Em juízo, ouvido sob o crivo do contraditório, novamente refutou a autoria dos crimes, mantendo suas palavras sobre os fatos e, ainda, enfatizou que quando a moto invadiu a sua pista, por ato reflexo, teria realizado "uma curva à direita para evitar a colisão", causa pela qual o veículo atingiu a porta do motorista do automóvel que dirigia (cf. mídia digital de fl. 174).

O depoente, Roldan Carneiro, primo do acusado, o qual estava na condição de passageiro, ratificou as palavras de seu familiar, negando a ingestão de bebidas alcoólicas por parte deste e, além disso, destacou que o increpado não teria realizado conversão para mudar de faixa na rodovia (cf. mídia digital de fl. 173).

De sua parte, Eder da Silva confirmou ter passado o dia na propriedade do increpado, onde também estaria o primo dele, sendo certo que supostamente cuidaram dos animais da fazenda e não teriam ingerido substâncias etílicas (cf. mídia digital de fl. 174).

João Gonçalves, ao contrário do que pretende levar a crer a defesa, não presenciou o acidente, o que pôde ser constatado até 01'10'' da mídia digital à fl. 174. Contudo, esclareceu que cavalgava no canavial, que beira a rodovia, e visualizou quando a caminhonete passou com velocidade compatível com o local. Logo depois, escutou o barulho do acidente, observando que o episódio se deu quando a caminhonete estava a cerca de 50 metros do lugar em que teria vislumbrado o veículo (cf. mídia digital de fl. 174).

Acesso ao Sumário

O depoente Cristiano Soares Bezerra, policial civil, explicou que passava pela localidade quando percebeu ter ocorrido um acidente e parou o seu veículo para oferecer ajuda. Afirmou que os policiais, os quais já estavam no lugar, permitiram que levasse o réu para o hospital, sendo certo que a vítima já tinha sido socorrida. Destacou que o increpado sentou no banco do passageiro, tendo permanecido quieto durante o percurso, até porque estava com dor. Informou que ele não apresentava odor etílico, bem como não pode perceber a cor dos olhos dele. Enfatizou que o deixou no hospital e foi embora (cf. mídia digital de fl. 173).

Por sua vez, o depoente José Mário Pinto, em juízo, apresentou nova versão sobre o fato, contrariando àquela apresentada na seara administrativa. Relatou não ter presenciado o momento da colisão, bem como não ter percebido sinais de embriaguez no apelante, de sorte que quando chegou àquele ponto da rodovia com sua moto, a fatalidade já teria ocorrido (cf. mídia digital de fl. 173).

Evidentemente, os dizeres de tal depoente merecem ser vistos com parcimônia, tendo em vista as versões contraditórias, demonstrando o possível temor em relação ao processo, até porque não ficou evidenciado ter vínculo com as partes envolvidas, pois, apenas passava pelo lugar, viu o resultado da colisão e parou para prestar auxílio.

Por sua vez, o policial militar José Magri, perante o juízo, num primeiro momento, negou ter percebido sinais de embriaguez no increpado. Porém, após ser instado pela MM. Juíza, voltou atrás e ratificou o depoimento prestado na Delegacia de Polícia, onde atestou estar o réu embriagado, motivo pelo qual suas palavras, respeitosamente, também devem ser analisadas com maior cautela (fls. 101 e cf. mídia digital de fl. 173), eis que a prova para condenar há de ser firme.

O policial militar Marcos da Costa Branco foi o único que se manteve firme desde o começo da instrução e, instado a tanto, narrou ter sido acionado a comparecer no local onde constatou o acidente e os sinais de embriaguez do apelante, tendo ele se recusado a realizar os exames de alcoolemia (fls. 10 e 178).

Acesso ao Sumário

Com efeito, é fato que ocorreu grave acidente na rodovia apontada, com vítima fatal, devido ao "traumatismo crânio-encefálico" (*verbis*), cf. certidão de óbito e laudo necroscópico de fls. 16 e 35/36.

No entanto, pese todo o arregimentado para o interior do processo, verifica-se que as provas que motivaram o início da persecução penal, com relação ao denunciado, esvaíram-se pela inconsistência no decorrer da instrução criminal.

-2-

No que tange ao delito do art. 306 da Lei nº 9.503/97, não há informação contundente a respeito da possível embriaguez ao volante por parte do

sentenciado.

A única testemunha que manteve firmemente tal assertiva foi o policial militar Marcos da Costa Branco, o qual não comprovou a suposta recusa do requerido em realizar o exame de dosagem alcoólica.

Aliás, o increpado observou não se recordar sobre ter ocorrido a solicitação do referido exame, assertiva que não foi rechaçada pelas demais testemunhas.

Por outro lado, cf. alinhavado pela defesa, o doc. reprográfico do prontuário médico, referente a internação do increpado, atendido no Hospital Regional de Ilha Solteira, na data dos fatos, às 22h19, atestou que o réu estava consciente, orientado e com reflexos neurológicos normais, cf. fl. 44.

O exame clínico, realizado por profissional capacitado, ao que parecer ser, foi digitado não mais do que três horas após o acidente, ocorrido por volta das 19h15 (fls. 44 e 65), e não foi impugnado nos autos.

Nesse aspecto, então, as alegações do increpado no sentido de que não teria ingerido bebidas alcoólicas não podem ser desprezadas, até porque respaldada pelo depoimento das testemunhas Eder das Silva, Cristiano Soares (policial civil) e do informante Roldon Carneiro.

Cumpre consignar que as testemunhas José Mário e José Magri (policial militar) apresentaram versões discrepantes sobre tal aspecto.

Por tais razões é que, portanto, fomos levados a nos convencer de que não há provas que demonstrem, com a certeza necessária, a embriaguez ao volante, devendo ser considerado o exame clínico realizado por profissional da medicina, o qual foi corroborado por diversas testemunhas que ratificaram as palavras do réu.

-3-

Por sua vez, com relação ao homicídio culposo na direção de veículo automotor, também não existe nos autos prova a se sobrepor à versão apresentada pelo recorrido.

O decreto condenatório foi prolatado com base na conclusão de perícia realizada no sítio do acidente, até porque ausentes testemunhas presenciais que visualizaram o momento do choque, salvo o passageiro do réu, ouvido como informante (fl. 167) e por isso suas palavras devem ser tomadas com maior rigor e cautela.

Mencionado doc. concluiu que o acidente ocorreu "em razão de ter o condutor da caminhonete realizado manobra de conversão, cruzando a pista sem as devidas cautelas e não atentando para o fluxo de veículos na via, vindo então a interceptar a trajetória da motocicleta" (*verbis*), o que já fora destacado na abertura deste voto (fl. 81).

Ocorre que, convenhamos, o laudo pericial foi discrepante em sua

Acesso ao Sumário

conclusão, pois, diante da análise do desenho esquemático, o qual compõe o seu conteúdo, verifica-se que o exato ponto de colisão ocorreu na via em que transitava o veículo do réu, o que demonstra que não pode ser descartada sua alegação de não ter sequer iniciado a sobredita conversão à esquerda para cruzar a via.

Além do mais, o veículo do increpado teve danos próximos à porta do condutor, indicador relevantíssimo e provado por fotografias do laudo de local, o que também dá credibilidade ao seu relato, de que a motocicleta teria invadido sua via e, por ato reflexo, apenas convergiu à direita para evitar a colisão.

E, em sendo assim, preservado o convencimento do MM. Juiz, data vênia, não existe nos autos prova a se sobrepor à versão apresentada pelo recorrido. Daí, as conclusões apontadas pela acusação não são, a nosso ver, suficientes para a manutenção do decreto condenatório.

Não há provas que demonstrem, com a certeza necessária, que o réu praticou homicídio culposo na direção de veículo automotor. A jurisprudência afirma não ser admissível "a prolação de decreto condenatório se suficientes os elementos probatórios apenas para fundar suspeitas em face do réu", é "que a simples probabilidade de autoria, tratando-se de mera etapa da verdade, por si só não constitui certeza" (JUTACRIM 45/218).

A esta altura, acerca do *in dubio pro reo*, pareceu-nos adequado remeter a NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA, para quem "(...) o ordinário se presume, o extraordinário se prova" (in "*Logica delle prove in criminale*", vol. I, Torino: Utet, 1895, p. 119 e 129).

Em outras palavras, oportuno insistir, em temas desta ordem, para responsabilização criminal, exige-se que a acusação seja crível e que sua versão não sofra alterações tais que coloque em xeque as suas próprias palavras.

Oportuno repetir que em matéria de condenação criminal só indícios não bastam, eis que a prova da autoria há de ser concludente, estreme de dúvidas, na medida em que apenas a certeza pode autorizar responsabilização penal (RT 708/339).

Acesso ao Sumário

O édito condenatório impõe mais do que a simples possibilidade de estar embriagado e de que, naquelas circunstâncias, o apelado tivesse praticado o homicídio culposo da direção do automotor. Juízos tirados diretamente dessas intelecções atinem ao campo da probabilidade, exteriorizando, quer se queira ou não, incertezas ou dúvidas, quadro que concorre em prol do acusado.

Lamenta-se o desate, com a perda irreparável de uma vida, aberto a hipótese de debate do mesmo assunto em outra seara, todavia, não conclusivas a embriaguez e mesmo a dinâmica da colisão, socorre o increpado a insegurança do veredito.

Ante o exposto, nos termos do voto, preservada a convicção de meus

pares, dou provimento ao recurso para absolver Cristiano Perri Minotelli dos crimes do art. 302 *caput* e art. 306, ambos da Lei n. 9.503/97, com fulcro no art. 386, VII, do Cód. de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0007289-64.2012.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FÁBIO ROBERTO GARCIA SOARES, e é apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao recurso. Expeça-se mandado de prisão, imediatamente. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.351)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente sem voto), JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN e TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 22 de setembro de 2016.

JUVENAL DUARTE, Relator

Ementa: Apelação Criminal – Crime de dano ao patrimônio público (rompimento de tornozeleira eletrônica) – Ausência de manifestação dos i. representantes do *parquet* – Desnecessária a conversão do julgamento em diligência diante do disposto no artigo 601, *caput* e §1º, do CPP, e do resultado que se dará ao julgamento, favorável à acusação – Mérito – Absolvição por atipicidade de conduta, por ausência de dolo específico ou com espeque no *princípio da insignificância* – Impossibilidade – Delito que não exige, para sua caracterização, dolo específico – Ausência de previsão no ordenamento jurídico do princípio da insignificância – Inocorrência de *bis in idem* entre a sanção administrativa (imposta pelo juízo das execuções) e a condenação penal – Esferas jurídicas distintas – Forma qualificada comprovada – Bem que integra o patrimônio público – Inteligência do instituto da afetação – Penas corretamente

Acesso ao Sumário

exasperadas, diante da personalidade do recorrente, das circunstâncias do caso concreto e da presença da agravante da reincidência – Regime (semiaberto), adequado – Condenação confirmada em 2º grau que impõe imediata expedição de mandado de prisão – Precedente do STF (HC/SP nº 126.292) - Recurso não provido.

VOTO

FÁBIO ROBERTO GARCIA SOARES, inconformado com a r. sentença que o condenou a dez meses de detenção, em regime semiaberto, e a quinze dias-multa, no piso, por infração ao disposto no artigo 163, III, do Código Penal, apela postulando a absolvição por atipicidade de conduta, por ausência de dolo específico ou com espeque no princípio da insignificância. Subsidiariamente, aventa a ocorrência de *bis in idem* - entre a condenação em tela e a sanção administrativa que lhe foi imposta pelo e. juízo das execuções - e postula o reconhecimento da ocorrência da decadência, porque o bem em tela (*tornozeleira* eletrônica) não integra o patrimônio público.

Regularmente processado o recurso, opina a d. Procuradoria Geral de Justiça pela conversão do julgamento em diligência para que o i. representante do *parquet* apresente as contrarrazões ao apelo, não tendo se manifestado quanto ao mérito do reclamo.

É, em síntese, o relatório.

De início, não há se cogitar, *data venia*, de conversão do julgamento em diligência para o fim proposto pelo d. Procurador de Justiça porque, a rigor, foi dada oportunidade ao i. representante do Ministério Público para que apresentasse as contrarrazões ao apelo defensivo, mas, na ocasião, optou por apenas tomar ciência das razões defensivas, conforme se depreende do teor de fl. 201.

Acesso ao Sumário

E não se vislumbra nulidade alguma em decorrência da ausência de contrarrazões, pois, de acordo com o disposto no artigo 601, *caput* e §1º, do Código de Processo Penal, a falta destas (ou mesmo das razões do apelo) não obstam o respectivo julgamento em Segundo Grau.

Acrescente-se, ademais, que, *in casu*, a acusação não suportará prejuízo algum, ante a solução que se dará a esta ação penal, como se verá a seguir.

E também não se vislumbra a necessidade de se abrir nova vista à d. Procuradoria Geral de Justiça porque, de igual modo, teve oportunidade para se manifestar a respeito do mérito do recurso, mas, limitou-se a postular a diligência referida, embora já tivesse pleno acesso às provas produzidas ao longo da persecução penal, a revelar, no particular, que nada obsta ao pronto

julgamento da matéria suscitada no reclamo.

Portanto, rejeita-se a prejudicial arguida no r. parecer.

No mais, o recorrente foi condenado porque, nas condições de tempo e lugar descritas na denúncia, deteriorou patrimônio público (*tornozeleira* eletrônica).

Reza a denúncia que *(...) FÁBIO cumpria pena em estabelecimento prisional da cidade de Getulina e foi beneficiado pela saída temporária do "Dia das Crianças". Veio de Getulina para São Paulo, onde se hospedaria na residência de sua genitora, o que ocorreu de 07 de outubro de 2011, por volta das 14:30 horas até o dia 12 de outubro de 2011, por volta das 17:00 horas, quando disse à mãe que sairia por algum tempo. Passados aproximadamente dez minutos, Celia Regina, mãe de Fábio, recebeu telefonema do estabelecimento prisional dando conta de que a "tornozeleira" de Fábio enviava sinais de que havia sido rompida. Celia realizou busca em sua residência e encontrou o GPS e o carregador sobre a mesa e, no quintal, encontrou a "tornozeleira". Recolheu o material e foi orientada a entregar a policiais militares que pouco tempo depois compareceram em sua casa. No mesmo sentido as declarações do policial militar Wagner da Fonseca (fls. 13) e o teor do BO/PM copiado a fls. 14. A Folha de Antecedentes indica que Fábio permaneceu foragido, todavia foi recapturado (fls. 16)* (sic, fl. 1D).

A materialidade, além de inequívoca, resultou comprovada pelo teor do laudo da perícia (fls. 34/36), pois atestou que a tornozeleira em comento estava *rompida em uma de suas extremidades, com danos nesta (orifícios rompidos), a qual se acoplava ao invólucro (sic).*

E, no que tange a autoria e culpabilidade, também não pairou dúvida, nada obstante o enredo externado pelo acusado, em audiência, no sentido de que, ao tomar banho, *encostou, sem querer, a tornozeleira eletrônica no degrau do banheiro (sic)* e, então, ela se rompeu, porém, os demais componentes continuaram intactos. Por medo acabou fugindo, pois sabia que seria regredido ao regime fechado. A tornozeleira é feita de material pouco resistente.

É que essa versão defensiva, além de não é suficiente para excluir o crime, foi infirmada pelos relatos de sua mãe, Gonzalez Garcia Soares, pois afirmou que o filho, após tomar banho, disse-lhe que iria até a rua e voltaria logo. Ocorre que, logo após, recebeu telefonema da penitenciária e foi informada que a tornozeleira que o apelante usava havia se rompido. Diante disso, procurou o filho nas imediações e não o localizou. Logo após, porém, encontrou sobre a mesa, o *GPS* e, no quintal, *ao lado de um vaso de plantas (sic),* a tornozeleira em tela, os quais entregou aos policiais militares que foram à sua casa. O apelante, no entanto, ficou foragido por alguns dias, até ser recapturado.

Por fim, o policial militar Wagner da Fonseca, na fase administrativa -

Acesso ao Sumário

única oportunidade em que foi ouvido -, confirmou ter apreendido o bem em tela, que lhe foi entregue pela mãe do acusado.

Nesse contexto, em que pese o empenho da combativa defesa, era mesmo imperiosa a responsabilização criminal do recorrente, não se cogitando de absolvição com esteio no princípio da insignificância, primeiro por falta de previsão na legislação penal pátria e, segundo, porque não se aplica a delitos cometidos contra bens públicos, os quais jamais podem ser considerados de valor ínfimo ou insignificante.

Não bastasse, a lei penal pátria não prevê valor mínimo ao prejuízo suportado em decorrência do dano produzido ao bem alheio para fins de tipicidade penal.

Ao reverso, pune-se com maior rigor o delito cometido contra o patrimônio público, como, aliás, ocorreu na hipótese dos autos.

E a conduta de danificar a *tornozeleira* de monitoramento eletrônico, por certo, tem relevância jurídica, pois afeta toda a coletividade porque referido bem (público) é custeado pela sociedade e, também por isso, demanda adequada punição.

Tampouco viável a absolvição por atipicidade de conduta porque o delito em comento não exige dolo específico para sua configuração, irrelevante, portanto, que o recorrente tenha quebrado a *tornozeleira* para o fim de viabilizar a fuga do sistema prisional, pois emerge do acervo coligido a inegável vontade livre e consciente de danificar bem público.

O dolo genérico, portanto, é suficiente para caracterizar o crime em estudo.

Ademais, não parece crível que ele abandonasse a *tornozeleira* na casa de sua mãe, escondendo-a ao lado de plantas no quintal, e fugido logo após, se o rompimento do objeto tivesse, efetivamente, ocorrido de forma culposa durante o banho, como quis fazer crer em seu interrogatório.

E fato de ter sido punido administrativamente pela falta grave que cometeu não configura o aventado *bis in idem* ou impõe sua absolvição nesta ação penal, pois se trata de bens jurídicos diversos e dizem respeito a esferas jurídicas distintas, vale dizer, no procedimento administrativo, busca-se apurar a prática de ato de indisciplina durante o cumprimento da pena e, aqui, o cometimento do delito de dano qualificado propriamente dito.

Acesso ao Sumário

E, ao reverso do que sustenta a d. defesa, não paira dúvida quanto à natureza do bem danificado pelo apelante (*tornozeleira* eletrônica), pois, efetivamente, integra o patrimônio público, tanto que somente pode ser utilizado durante saídas temporárias, a critério do juízo das execuções e é monitorado pela administração, aplicável, inclusive, na espécie, o instituto da afetação, tudo a revelar impertinente o pleito de afastamento da qualificadora, bem assim o de

reconhecimento da ocorrência da decadência porque, ao contrário, trata-se, na espécie, de delito que desafia ação penal pública incondicionada.

Portanto, a condenação por crime de dano qualificado era mesmo a única solução adequada a esta ação penal.

Tampouco as penas comportam ajuste porque foram corretamente exasperadas de 1/2, em razão da personalidade deturpada do apelante, dos maus antecedentes que ostenta (fls. 134 e 136) e do fato de ter praticado o delito em comento durante o gozo de benefício prisional.

A seguir, presente a agravante da reincidência (fls. 132), foram majoradas de mais 1/6, perfazendo, então, dez meses e quinze dias de detenção e dezessete dias-multa, no piso.

E, diante da recidiva, era mesmo inviável a substituição da carcerária por restritivas de direitos ou a fixação de regime prisional diverso do semiaberto, pois sua personalidade e as circunstâncias do caso concreto impõem sua segregação do convívio social, ainda que por curto lapso de tempo, conforme estabelece a LEP.

Por fim, diante do teor do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal - aos 17.2.2016 - nos autos do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, no qual se reconheceu e se ratificou que os Recursos Extraordinário e Especial não são dotados de efeito suspensivo, determina-se a expedição de mandado de prisão, *incontinenti*, mesmo porque o recorrente foi condenado a cumprir pena privativa de liberdade em regime semiaberto.

Por tais razões, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso. Expeça-se mandado de prisão, imediatamente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3002310-68.2013.8.26.0099, da Comarca de Bragança Paulista, em que é apelante TANIA REGINA CARDOSO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.129)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WILLIAN CAMPOS (Presidente sem voto), RICARDO SALE JÚNIOR e CAMARGO

Acesso ao Sumário

ARANHA FILHO.

São Paulo, 15 de setembro de 2016.

ENCINAS MANFRÉ, Relator

Ementa: Estelionato. Aquisição de joias pela apelante mediante emissão de notas promissórias. Ausência de comprovação de emprego de fraude com o escopo de viciar a vontade da vítima. Ilícito civil. Atipicidade da conduta que ora se reconhece. Absolvição, portanto, nos termos do artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

Estelionato. Compra de produtos por quem informara dados falsos no momento da emissão de notas promissórias. Inexistência de demonstrativos da anuência da recorrente à conduta dessa outra mulher. Mera apresentação dessa terceira à vítima que é insuficiente para se afirmar conhecesse essa acusada a intenção da outra mulher de praticar estelionato, bem ainda que a auxiliasse no cometimento desse delito. Absolvição, portanto, nos termos do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal. Logo, recurso provido.

VOTO

Trata-se de apelação por *Tania Regina Cardoso* (folhas 146 a 152) à respeitável sentença (folhas 109 a 114) pela qual condenada a cumprir três (3) anos e quatro (4) meses de reclusão, regime inicial fechado, e a pagar multa a ser calculada em trinta e dois (32) dias, observados padrões mínimos, por infringência, por duas vezes e em concurso material, ao artigo 171, *caput*, do Código Penal. Por outro lado, fora essa ré absolvida, nos termos do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, da imputação de prática de furto qualificado.

Essa apelante, com efeito, alegou, em suma, o seguinte: a) insuficiência de provas; b) ter havido mera negociação entre a vítima e ela; c) por sinal, assinara nota promissória relativa à compra realizada; d) negativa de autoria; e) aplicação do princípio *in dubio pro reo*; f) logo, ser de rigor a absolvição.

A digna Promotoria de Justiça respondeu (folhas 154 a 157) sustentando, em resumo, não proceder o alegado por essa ré.

Sobreveio parecer da douta Procuradoria de Justiça no sentido do improvimento dessa irresignação (folhas 161 a 170).

É o **relatório**, preservado, no mais, o dessa sentença.

Acesso ao Sumário

Impõe-se dar provimento a esse recurso.

A propósito, essa ré fora denunciada pela prática, por duas vezes, do crime de estelionato.

Por sinal, em relação à primeira conduta (compras por ela de joias mediante emissão de notas promissórias), de rigor o reconhecimento de atipicidade.

É que, conquanto haja demonstrativos sólidos de ter essa acusada adquirido esses objetos por meio da emissão das sobreditas cártulas, bem ainda de não efetuado o pagamento correspondente (fato esse, aliás, por ela admitido à autoridade policial, folhas 13), não se comprovou com a necessária e imprescindível segurança agisse ela (denunciada) com dolo específico (*animus fraudandi*).

Com efeito, das provas colhidas se extrai houvesse sido realizado negócio jurídico a envolver essa vítima e a ora recorrente, bem ainda fosse entabulada a forma de pagamento (nota promissória).

Daí não se verificar tivesse a ré, mediante a respectiva conduta, viciado a vontade dessa ofendida com o propósito de obter vantagem indevida.

Desse modo, não é desarrazoado se reconhecer se trate a hipótese sob reexame de mero inadimplemento de obrigação a ser discutido na esfera cível.

Nesse ponto, por sinal, destaca-se, *mutatis mutandis*, trecho da fundamentação de aresto desta Corte de seguinte conformidade:

"*(...) quando a vítima abre crédito para consumo e posterior pagamento, está assumindo o risco de um negócio e, mesmo inadimplida a obrigação de pagar, não se realiza crime, não passando aquela conduta do descumprimento de obrigação contratual assumida.*

Portanto, o inadimplemento, nessa circunstância, está dentro do risco previsto pelo empresário que, ao assumi-lo, goza das garantias que o direito comum lhe confere e das ações postas no Direito Processual Civil para a cobrança. Não pode, porque não foi fraudado na venda de qualquer objeto, ou na prestação de algum serviço, pretender o ressarcimento com a ameaça de pena. Isso infringe o art. 5º, LXVII, da Carta Política Federativa, que impede a prisão por dívida.

Cumpre a quem assim contrata acautelar-se, procurando selecionar melhor os parceiros do negócio, evitando tratar com aqueles que não ofereçam garantias de pagamento. Se, entretanto, age imprudentemente, abrindo crédito a quaisquer pessoas, entregando-lhes os bens vendidos, deve buscar o adimplemento contratual com as ações cíveis de que dispõe, não servindo o Direito Penal para ampará-lo.

(...)

Em contratos de venda e compra ou de prestação de serviços para

Acesso ao Sumário

pagamentos futuros, quer sejam garantidos por cheques, notas promissórias, duplicatas ou qualquer outro instrumento, não há fraude no instante da aquisição, mas negócio entre as partes, onde o fornecedor conhece os riscos assumidos. Havendo inadimplemento, por qualquer razão, existe ilícito civil, contudo, não há crime a ser apenado, posto que o Direito Penal não tem a função suplementar de garantir o cumprimento de dívidas assim contraídas."[1]

Logo, e porque possível a ocorrência de simples inadimplemento contratual, sem olvido, ainda, ao princípio constitucional da presunção de inocência, de rigor a absolvição dessa acusada nos termos do artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

Por sua vez, no tocante à segunda conduta imputada a essa sentenciada (compra de joias pela amiga, a qual, aliás, fornecera dados pessoais falsos), não há suficientes demonstrativos da anuência dela à fraude perpetrada pela terceira pessoa.

A propósito, inequívoco tenha essa ré apresentado essa outra mulher (conhecida por *Luciana de Almeida*) à vítima. Por sinal, a ofendida fez claro a respeito dessa intermediação pela ora recorrente.

Contudo, embora Nadir Conceição de Toledo (*mídia digital*, folhas 94) assegurasse ter dito à ora apelante que avalizaria a compra realizada por Luciana, é de relevo não constar essa informação da cópia da nota promissória a folhas 23.

Aliás, nesse documento há o registro do número de inscrição no *cadastro de pessoas físicas* (CPF) informado pela suposta pessoa de prenome *Luciana* na parte reservada para avalistas.

Ademais, não se produziu demonstrativo outro de que essa ré conhecesse os dados verdadeiros de *Luciana* e, portanto, soubesse que essa mulher revelasse qualificação falsa à vítima para obter vantagem indevida.

Isso não bastasse, à autoridade policial essa sentenciada negou conhecesse essa outra pessoa, bem como ter avalizado compra por ela feita (folhas 13).

Desse modo, são insuficientes as provas de que essa ora apelante anuísse à conduta praticada pela terceira pessoa.

Reitera-se que a simples apresentação dessa mulher à ofendida não basta para se afirmar que ela conhecesse a intenção dessa terceira de praticar estelionato, bem ainda anuísse à conduta dessa pessoa.

Daí ser de rigor a absolvição dela, em relação a essa segunda imputação de prática delituosa, nos termos do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

Presentes essas realidades, itera-se acolher o argumentado pela ilustre defesa e não se dar guarida ao sustentado pelos dignos membros do Ministério

Acesso ao Sumário

1 Apelação 0019041-76.2008.8.26.0032, relator o desembargador Figueiredo Gonçalves, 1ª Câmara de Direito Criminal, julgamento em 25 de abril de 2016.

Público oficiantes em primeira instância e nesta Corte (motivo de descrição resumida no relatório deste voto).

À vista do exposto, dá-se provimento ao recurso.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011713-50.2013.8.26.0152, da Comarca de Cotia, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado ROBSON ROBERTO FERREIRA DA SILVA.

ACORDAM, em 9ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, para afastar a absolvição sumária de Robson Roberto Ferreira da Silva, determinando o prosseguimento da instrução processual. v.u. COMPARECEU A ADVOGADA, DRA. EDNA APARECIDA VALADÃO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.105)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SOUZA NERY (Presidente) e ALBERTO ANDERSON FILHO.

São Paulo, 16 de setembro de 2016.

AMARO THOMÉ, Relator

Ementa: FURTO – ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – PRETENDIDOS A REFORMA DA R. DECISÃO E O PROSSEGUIMENTO DA INSTRUÇÃO – ACOLHIMENTO - ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INOCORRÊNCIA – FALTA DE PREVISÃO LEGAL – BEM SUBTRAÍDO NÃO POSSUI VALOR INSIGNIFICANTE – RÉU REINCIDENTE EM CRIMES PATRIMONIAIS – DECISÃO DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA REVOGADA – RECURSO PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta pelo **Ministério Público** contra a r.

Acesso ao Sumário

sentença de fls. 45/47 que, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, absolveu sumariamente o acusado **Robson Roberto Ferreira da Silva** da imputação que lhe foi endereçada, pela prática do crime previsto no art. 155, *caput*, do Código Penal.

Irresignada, recorre a ilustre representante do Ministério Público pleiteando a cassação da r. decisão e o prosseguimento da instrução processual, afastando a absolvição sumária em razão da impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância (fls. 112/114).

O recurso foi contrarrazoado (fl. 120/124).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso (fls. 129/133).

É o relatório.

O apelado foi denunciado porque, em 20 de novembro de 2013, por volta das 08h20min, no Pronto Socorro do Atalaia, situado na Rua Demétrio Calfat, bairro Atalaia, na cidade de Cotia, subtraiu, para si, um aparelho de telefonia celular, da marca *LG*, pertencente a Jurema Maria Lopes Barbosa.

Conforme já exposto, o Juízo *a quo* interrompeu a instrução e julgou antecipadamente a imputação (fl. 96vº), absolvendo sumariamente o réu, com base no princípio da insignificância.

Data vênia ao Juízo de Primeiro Grau, razão assiste ao Ministério Público, pois a conduta descrita na inicial acusatória, qual seja, tentativa subtração de coisa alheia móvel, é típica, conforme se depreende da leitura do art. 155, do Código Penal.

Além de não haver previsão legal da excludente de tipicidade denominada pela doutrina e pela jurisprudência de princípio da insignificância, os elementos probatórios atestam que o bem subtraído – um aparelho de telefonia celular – possui valor econômico, ainda que este não seja elevado.

O tipo penal do furto não tem como circunstância elementar o valor patrimonial do objeto subtraído. No mais, não se pode olvidar que parte da doutrina e a jurisprudência têm incidido em equívoco quanto à interpretação da noção de insignificância.

Insignificante é aquilo que não possui relevância, aquilo a que não se confere valor. Tal termo não é sinônimo de diminuto valor econômico. É possível – e comum – que bens de valor patrimonial mínimo sejam de extrema utilidade (como ocorre *in concreto*), tenham elevado valor sentimental ou afetivo para seus proprietários, ou ainda sejam de difícil reposição.

É nítido, portanto, que a adoção irrefletida do princípio em tela, especialmente considerando-se que não encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio, acaba por gerar distorções e injustiças, especialmente para com

Acesso ao Sumário

aquelas vítimas que não ostentam situação financeira privilegiada, conforme, possivelmente, se verifica no caso concreto.

De fato, é consolidado neste Egrégio Tribunal de Justiça o entendimento pela inaplicabilidade do princípio em questão:

"O chamado 'princípio da insignificância' só em circunstâncias extremas deixa de ser uma 'insignificância de princípio'. Por via de regra, pretende-se com este divertimento teorético, supostamente magnânimo e 'moderno' (para certos esnobes, tudo o que não coincide com suas fantasias laxistas pertence à Idade da Pedra; eles, e mais ninguém, representam a modernidade, a amplitude de visão, a largueza de espírito, a nobreza de coração; eles definitivamente tem uma auto-estima hipertrofiada), pretende-se com o 'princípio da insignificância' estatuir uma carta de indenidade para o ladrão moderado, pouco ambicioso: ele pode furtar quantas vezes quiser, ainda que muito se ressintam do desfalque patrimonial os sujeitos passivos; não haverá consequências penalmente relevantes, se furtar comedidamente. Isso, em última análise, estabelece como proposição incontrastável que o preceito moral subjacente à norma – 'não furtarás'! – é relativo ao valor da coisa subtraída. Segue-se, como corolário irrecusável, que nem sempre será imoral subtrair coisa alheia móvel. Portanto, não mais caberá admoestar os nossos filhos, quando deitarem a mão sobre o brinquedo (pouco valioso) do amigo. Pois se não é imoral! Nem se admitirá que os mestres recriminem o aluno, que subtrair o lápis do colega. Pois se não é imoral! Acha-se implantada uma nova ordem de valores, a moderna axiologia: comerás com moderação! beberás com moderação e furtarás com moderação! De mais a mais, a velha tesoura de que se vê despojada uma pobre costureira será, talvez, um objeto de pequeno valor (= conduta atípica, impunidade garantida), mas, sua reposição representará um dispêndio imprevisto e doloroso para o bolso vazio da vítima; o velho alicate subtraído a um pobre borracheiro de periferia será, talvez, um objeto de pequeno valor (= conduta atípica, impunidade garantida), mas sua reposição...; a verruma, o martelo, o serrote do pobre carpinteiro serão, talvez, objetos de pequeno valor, de modo que o gatuno, na óptica do moderno direito penal, nenhuma reprovação merecerá, conquanto a reposição das ferramentas importe num gasto que a vítima proverá a duras penas; assim, também, o tênis surrado do 'office-boy'. Portanto, a regra de ouro dos que professam a 'Teoria da Insignificância' é: furtar tudo de todos quantos tenham pouco, perdendo de vista que coisa insignificante para o ladrão pode ser muito significativa para a vítima. Curioso e repugnante paradoxo: essa turma da bagatela, da insignificância, essa malta do Direito Penal sem metafísica e sem Ética, preocupa-se em afetar deplorativa solidariedade aos miseráveis; no entanto, proclama ser insignificante e penalmente irrelevante o furto de que os miseráveis são vítimas. Sim, porque quem mais além dos miseráveis possui coisas insignificantes? Essa arenga niilista do Direito Penal

Acesso ao Sumário

mínimo não raro conduz ao Amoralismo máximo" (Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, Apelação nº 1349605-1, 3ª Vara Criminal, Relator Corrêa de Moraes, 23/10/2003).

Importante reiterar, neste ponto, as distorções decorrentes da adoção imoderada do princípio da insignificância. A ideia inicial em se adotar tal tese consistia em evitar os rigores da punição penal àqueles que subtraíram bens efetivamente insignificantes. Exemplo elucidativo é o da subtração de um *clips* ou de um lápis.

Contudo, a tese da insignificância tem sido progressivamente expandida para abarcar bens e objetos que evidentemente não possuem valor irrisório, em relação aos quais sequer se admitiria o reconhecimento do furto privilegiado.

Ainda, mesmo adotando o princípio da insignificância, os Tribunais Superiores têm reiteradamente decidido por sua inaplicabilidade aos agentes que são reincidentes e possuem maus antecedentes, circunstância verificada no caso concreto, pois o réu possui condenações anteriores definitivas por furto e roubo (fls. 53 e 54):

> "FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.
>
> REINCIDENTE ESPECÍFICA. ANTECEDENTES CRIMINAIS. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE. *1. A aplicação do princípio da insignificância reflete o entendimento de que o Direito Penal deve intervir somente nos casos em que a conduta ocasionar lesão jurídica de certa gravidade, devendo ser reconhecida a atipicidade material de perturbações jurídicas mínimas ou leves, estas consideradas não só no seu sentido econômico, mas também em função do grau de afetação da ordem social que ocasionem. 2. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. 3. Inviável reconhecer a incidência do referido brocardo, in casu, porquanto a paciente é reincidente específica, possui outra condenação não definitiva, além de já ter sido beneficiada anteriormente pela incidência do referido brocardo em outro processo criminal, situações aptas a ensejar a incidência do Direito Penal como forma de coibir a reiteração delitiva (precedentes).*" (STJ, *Habeas Corpus* nº 317.242/MS, 5ª Turma, Min. Leopoldo de Arruda Raposo, 04/08/2015).

Afastada a tese da insignificância da conduta, determino o prosseguimento do feito, conforme postulado pelo Ministério Público, para que a instrução processual seja terminada e, após, prolatada nova sentença.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso interposto pelo **Ministério Público**, para afastar a absolvição sumária de **Robson Roberto Ferreira da Silva**, determinando o prosseguimento da instrução processual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006581-42.2013.8.26.0045, da Comarca de Santa Isabel, em que é apelante VALERIA PATRICIA DA CRUZ DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.479)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), CAMILO LÉLLIS e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 27 de setembro de 2016.

IVAN SARTORI, Relator

Ementa: Apelação defensória – Lesão Corporal – Agressão praticada contra companheiro – Fato que se amolda ao tipo descrito no art. 129, § 9º, do CP – Texto alterado, que não limitou a proteção à condição de gênero – Precedentes – Materialidade e autoria comprovadas – Provas suficientes a ensejarem o édito condenatório – Exame de corpo de delito e confissão a roborarem a versão da vítima – Inimputabilidade repelida – Penas conservadas – Regime aberto – Substituição por restritivas – Impossibilidade – Recurso desprovido.

VOTO

Ação penal em que incursa a ré no art. 129, § 1º, I, § 9º, do CP.

A r. sentença é de procedência, imposta a pena de 02 anos e 08 meses de reclusão, em regime aberto.

Recorre a defesa, buscando a absolvição por insuficiência probatória ou o reconhecimento da inimputabilidade, diante da ausência de dolo (art. 26 do CP). Subsidiariamente, quer substituição da corporal por restritivas de direito

Acesso ao Sumário

(fls. 173/9).

Contrariedade a fls. 182/6.

A Procuradoria de Justiça é pelo desprovimento (fls. 193/97).

Recurso bem processado.

É o relatório, adotado, no mais, o de primeiro grau.

Por primeiro, de considerar-se que a conduta da ré incide sim no art. 129, § 9º, do CP, parágrafo esse que foi introduzido pela Lei nº 10.886/2004, com o fim de tutelar a coabitação harmônica, equacionando as desigualdades nas relações domésticas.

Por isso que não se aplica aqui somente a Lei 11.340/2006.

Embora a última tenha agravado a situação do agressor, dando ênfase à violência doméstica praticada contra a mulher, esta não é a única a ser tutelada pelo referido dispositivo, pois persiste a proteção aos ascendentes, descendentes, irmãos, cônjuges ou companheiros, mesmo os do sexo masculino.

Nesse sentir, o Superior Tribunal de Justiça:

"1. Não obstante a Lei n. 11.340/06 tenha sido editada com o escopo de tutelar com mais rigor a violência perpetrada contra a mulher no âmbito doméstico, não se verifica qualquer vício no acréscimo de pena operado pelo referido diploma legal no preceito secundário do § 9º do artigo 129 do Código Penal, mormente porque não é a única em situação de vulnerabilidade em tais relações, a exemplo dos portadores de deficiência. 2. Embora as suas disposições específicas sejam voltadas à proteção da mulher, não é correto afirmar que o apenamento mais gravoso dado ao delito previsto no § 9º do artigo 129 do Código Penal seja aplicado apenas para vítimas de tal gênero pelo simples fato desta alteração ter se dado pela Lei Maria da Penha, mormente porque observada a pertinência temática e a adequação da espécie normativa modificadora." (RHC 27622/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 07.08.2012);

"APELAÇÃO. ARTIGO 129, § 9º DO CP. LESÃO CORPORAL NO ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR. RECURSO DEFENSIVO. RELEVÂNCIA DAS DECLARAÇÕES DO OFENDIDO AGREGADAS A OUTROS ELEMENTOS INDICIÁRIOS. CONJUNTO PROBATÓRIO PLENAMENTE APTO A CONFIRMAR O DECRETO CONDENATÓRIO. LEGÍTIMA DEFESA NÃO CONFIGURADA. INCABÍVEL A CAPITULAÇÃO DA CONDUTA PARA O CRIME DE LESÃO CORPORAL SIMPLES. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (...) Incabível também a desclassificação da conduta perpetrada pela ré para o crime de lesão corporal simples, sendo certo que o tipo penal previsto no artigo 129, § 9º do CP abarca quaisquer casos em que esteja envolvida a relação doméstica e familiar, independentemente do sexo do sujeito passivo.

Acesso ao Sumário

Assim, o fato do crime ter sido praticado por uma mulher contra vítima do sexo masculino em nada impede a subsunção dos fatos ao tipo penal em apreço. Precedentes. Pelo exposto, voto pelo CONHECIMENTO e DESPROVIMENTO do apelo interposto pela Defesa de Vivian Gomes Ferreira, mantendo, in totum, a r. sentença monocrática vergastada." (AREsp 546325, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, j. 12.09.2014).

E, desta Casa:

"LESÃO CORPORAL. ART. 129, § 9º, DO CP. VÍTIMA DO SEXO MASCULINO. APLICABILIDADE DO TEXTO LEGAL ALTERADO PELA LEI MARIA DA PENHA. CIRCUNSTÂNCIA, NO ENTANTO, QUE NÃO RESTRINGIU O ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO REFERIDO TIPO PENAL À CONDIÇÃO DE GÊNERO. RECONHECIMENTO DA VULNERABILIDADE DE QUAISQUER PESSOAS EM FACE DO AGENTE CRIMINOSO PREVALECER-SE DAS RELAÇÕES DOMÉSTICAS, COABITAÇÃO OU HOSPITALIDADE. PRELIMIANR REJEITADA. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. ABSOLVIÇÃO.INSUFICIÊNCIAPROBATÓRIA.INADMISSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL E DECLARAÇÕES DAS VÍTIMAS CORROBORADAS PELA PROVA PERICIAL E DEMAIS ELEMENTOS ACOSTADOS AOS AUTOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO." (Apelação Criminal nº 0001936-02.2012.8.26.0629, Rel. Des. Marco Antonio Marques da Silva, j. 29.10.2015).

Vai-se ao cerne.

Colhe-se dos autos que acusada e vítima convivem maritalmente por, aproximadamente, 08 anos, daí não advindo filhos.

No dia dos fatos, a 1º.09.2013, eles estavam separados havia mais de mês, quando Eder foi à residência de Valéria, momento em que ela solicitou que reatassem o relacionamento. Com a negativa, começaram a discutir. Valéria, ao argumento de que Eder tinha outra, pegou um copo contendo soda cáustica e, após proferir as palavras "é seu", jogou o líquido contra o rosto do ex-companheiro, de modo a causar-lhe lesões graves.

Daí este processo.

Na delegacia, a então indiciada confessou a agressão. Disse que, mesmo separados, Eder frequenta a casa dela normalmente. Ele a ajudava com os medicamentos para depressão e, durante as visitas, eles se relacionavam sexualmente. Desconfia que ele tem outra, pois recebeu ligações de uma mulher que a xinga de gorda e feia. No dia dos fatos, estava tomando café da manhã, quando ele apareceu. Questionou sobre a amante e tocou no assunto das ligações. Após breve discussão, ele assumiu ter outro relacionamento. Diante

Acesso ao Sumário

da confissão, perdeu o controle e "*apanhou um copo que estava sobre a pia da cozinha, que continha em seu interior soda cáustica, que seria usado no vaso sanitário e jogou contra Eder o qual ria de sua cara. Tal liquido atingiu o peito de Eder, porém respingou em seu rosto. Neste momento, Eder deixou o local correndo, pedindo socorro. Percebendo o ato impensado que havia cometido, efetuou uma ligação à polícia militar*." Acrescentou que faz uso de seis tipos de medicamentos (fls. 13/4).

E, em juízo, manteve a confissão. Acrescentou que em nenhum momento ele tentou agredi-la fisicamente. Está arrependida (fls. 130/v).

Já Eder, em solo policial, narrou que estão separados faz um mês e quinze dias e que, em virtude da separação, Valéria já havia tentado suicídio, tendo sido, inclusive, registrado b.o. A partir de então, ela toma antidepressivos. Sempre vai à residência dela para ajuda-la com os medicamentos, pois se sente responsável. No momento da discussão, ela jogou nele o líquido que estava dentro do copo. Pensou que era água, mas começou a sentir queimaduras no rosto. Saiu e pediu socorro. O vizinho "Claudião" foi quem o socorreu. Ficou internado por um dia. Confirmou o desejo de representar contra a ré (fl. 18).

Em pretório, o vitimado disse que nunca agrediu Valéria fisicamente e que teve um caso extraconjugal com uma mulher, mas não sabia que ela estava ameaçando a companheira. Hoje se perdoaram e voltaram a morar juntos. Acrescentou que está enxergando bem e não vai precisar fazer transplante (fl. 128).

Outrossim, as lesões ressumbram do laudo de corpo de delito, que aponta: *"queimaduras de 2º/3º graus em pálpebras e conjuntiva esquerda. Queimadura 2º grau localizada na região orbitária esquerda; face; antebraço esquerdo; antebraço direito; braço direito; coxa direita. (...) A vítima sofreu lesões corporais de natureza grave, pela incapacidade para as atividades habituais por mais de 30 dias pelas lesões internas já mencionadas*" (fls. 30 e 40).

Bem delineadas, pois, autoria e materialidade delitiva, resultando inafastável a condenação.

Repele-se, também, a tese da inimputabilidade da vítima.

É que de rigor prova irretorquível de que a agente não tinha a plena consciência de seus atos ao tempo da ação, não bastando a simples afirmação de que ausente dolo.

Aliás, não há incidente de insanidade mental, nesse sentido.

Passa-se ao exame da reprimenda.

As bases foram fixadas acima do mínimo, iniciando em 02 anos de reclusão.

E não se vê ilegalidade no exaspero, pois, como asseverado pelo douto

Acesso ao Sumário

magistrado: "*as circunstâncias foram reprováveis, a ré durante o café da manhã, enquanto a vítima prestava auxílio para ela, em que pese os dois estarem separados na época, de surpresa o atacou com um copo com ácido, o que torna a sua conduta mais nociva*" (fl. 135).

Na etapa seguinte, a confissão foi compensada com a agravante do art. 61, II, "a" (motivo fútil), restando mantidas as penas no valor anterior.

Na terceira, ocorreu o exaspero de 1/3, nos termo do previsto no § 10º, do art. 129 do CP, chegando-se às finais de 02 anos e 08 meses de reclusão.

E fixado o regime aberto, permanece inviável a substituição da corporal por restritiva de direitos, dado o disposto no art. 44, I, do Estatuto Repressivo.

Possível, outrossim, a concessão de "sursis", mas, não houve pedido a respeito e, em se cuidando de regime aberto, pode-se entender que, na prática, concessão tal viria em prejuízo da ré, única a recorrer, ainda que se trate de benesse legal.

Em suma: mantém-se o r. édito monocrático, encampada sua motivação (art. 252 do RITJ).

Destarte, nega-se provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002086-97.2013.8.26.0127, da Comarca de Carapicuíba, em que é apelante ELIAS MARCOS LIRA FILHO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.858)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) e CARLOS MONNERAT.

São Paulo, 4 de outubro de 2016.

EDISON BRANDÃO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – Autoria e materialidade nitidamente comprovadas – Palavra dos policiais firmes e coerentes – Condenação de rigor – Alegação de atipicidade da conduta em face da inexistência de lesividade –

Acesso ao Sumário

Descabimento – Crime de mera conduta e de perigo abstrato – Pena e regime corretos – Recurso defensivo improvido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto por **ELIAS MARCOS LIRA FILHO** contra a r. sentença de fls. 78/81 que o condenou por incursão ao art. 14, da Lei 10.826/03, à pena de **02 anos de reclusão, em regime inicial aberto, mais 10 dias-multa, no piso. A pena corporal foi substituída por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de dois salários mínimos.**

Consta que no dia 08 de março de 2013, por volta das 3h00min, no cruzamento das Estradas do Jacarandá e das Acácias, o apelante, portava e transportava arma de fogo de uso permitido, qual seja, uma pistola, marca Taurus, calibre 380 mm, com acabamento cromado, com 17 munições íntegras, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Consta que policiais militares, em operação denominada "Direção Segura", abordaram o réu, que dirigia uma VW Kombi, placas ELM 8193/Taboão da Serra, quando, em vistoria pelo veículo, localizaram a referida pistola, devidamente municiada, entre os bancos dianteiros do automóvel. O acusado não apresentou documentação comprovando a regularidade do porte e do registro da arma de fogo.

Pleiteia a Defesa, a absolvição por atipicidade da conduta por ausência de lesividade ao bem jurídico protegido ou por insuficiência de provas, já que baseada as provas apenas no depoimento dos policiais (fls. 93/94v).

Ofertadas as contrarrazões (fls. 97/99), a Douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo não provimento do recurso (fls. 105/108).

Relatei.

Em primeiro lugar, não há que se falar em absolvição por atipicidade da conduta.

A Lei 10.826/03 visa a tutela da segurança dos cidadãos, da coletividade, e protege a vida, a saúde e a integridade física dos indivíduos. A objetividade jurídica, *in casu*, é a segurança, que se desdobra em níveis e comporta lesão. Em outras palavras, o crime em análise não exige resultado naturalístico para a sua consumação, uma vez que é considerado delito de perigo abstrato, presumindo-se absoluto o risco à sociedade.

O crime de porte de arma, munição ou acessórios, efetiva o controle estatal de armas de fogo em geral, cujos acessórios, igualmente perigosos, evidenciam o alto grau de reprovabilidade da conduta delituosa e da potencialidade lesiva do objeto.

Assim, não há necessidade de que alguém venha a ser lesionado, ferido

Acesso ao Sumário

ou colocado em perigo concreto em razão disso, ou mesmo prescindindo que a arma esteja municiada.

A propósito:

"HABEAS CORPUS. PENAL. POSSE DE MUNIÇÕES DE USO RESTRITO (ART. 16, CAPUT, DA LEI N.º 10.826/2003). CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PRECEDENTES. TESE DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. NÃO OCORRÊNCIA. ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA QUE NÃO SE ESTENDE À CONDUTA DESCRITA NOS AUTOS. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. O crime previsto no art. 16, **caput***, da Lei n.º 10.826/2003 é um tipo penal alternativo que prevê quatorze condutas diferentes, de mera conduta e de perigo abstrato, não exigindo, assim, a ocorrência de nenhum resultado naturalístico para a sua consumação. Precedentes. 2. Segundo orientação desta Corte, diante da literalidade dos artigos relativos ao prazo legal para regularização do registro da arma, prorrogado pelas Leis 10.884/2004, 11.118/2005 e 11.191/2005, houve a descriminalização temporária no tocante às condutas delituosas relacionadas à posse de arma de fogo, tanto de uso permitido quanto de uso restrito, entre o dia 23 de dezembro de 2003 e o dia 25 de outubro de 2005. 3. A nova redação dada aos dispositivos legais pela Medida Provisória n.º 417, convertida na Lei n.º 11.706/2008, prorrogou até o dia 31 de dezembro de 2008 apenas o prazo para a regularização de armas de fogo de uso permitido, não contemplando as armas e os acessórios de uso restrito, como no caso dos autos. 4. Ordem de habeas corpus denegada." (HC 221.873/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, j.11/12/2012)* (grifei).

Ainda:

"HABEAS CORPUS. PENAL. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 12 DA LEI N.º 10.826/2003). ARMA DESMUNICIADA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. INEXISTÊNCIA. PERIGO ABSTRATO CONFIGURADO. 1. Segundo a orientação deste Superior Tribunal de Justiça, é irrelevante, para a configuração dos crimes de posse e porte ilegal de arma de fogo previstos na Lei n.º 10.826/2003, o fato de estar, ou não, a arma municiada. Precedentes desta Corte e do Excelso Pretório" (HC 213915/ES – Habeas Corpus 2011/0170634-8 – Rel. Min. Laurita Vaz – 5ª Turma – Julgado em 18/10/11).

Por outro lado, a materialidade e a autoria do crime são incontestes, conforme farta documentação juntada aos autos, a saber, auto de prisão em flagrante delito (fls. 02), boletim de ocorrência (fls. 07/09), auto de exibição e apreensão (fls. 10), exame pericial realizado na arma (fls. 59/61), bem como pelos depoimentos colhidos na fase policial e judicial.

Ouvido somente na fase administrativa, já que foi decretada sua revelia em Juízo, em razão de seu não comparecimento (fls. 51), o apelante, naquela ocasião, contou que havia sido policial militar, tendo sido exonerado em 2002 e

Acesso ao Sumário

no ano 2000 comprou a pistola em seu nome. O registro e o porte expiraram e por razões financeiras não conseguiu renovar. Afirmou, ainda, que levava a arma para defesa pessoal (fls. 06).

Os policiais militares Mathias e Rafael narraram com detalhes como se deu a abordagem do acusado. Disseram que faziam uma operação denominada "Direção Segura" quando resolveram abordar a Kombi pilotada pelo acusado. Em vistoria no carro, encontraram a arma de fogo municiada, entre os bancos dianteiros. Afirmaram que o apelante disse que tinha o registro, mas este estava vencido, porém nada apresentou. Indagado, o réu disse que a pistola era para sua segurança pessoal (mídia digital fls. 54).

Assim, os depoimentos dos policiais foram harmônicos, firmes e coerentes, sendo, ainda, revestidos de fidedignidade, pois são funcionários do Estado, vocacionados no importante dever de proteção da população e investigação de crimes.

No mais, não se pode desmerecer o depoimento da testemunha policial apenas por sua condição de agente da lei, sendo firme a jurisprudência neste sentido:

> *"O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos. Doutrina e jurisprudência." (HC 73518/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 26/03/1996, Primeira Turma, DJ 18-10-1996).*

E consoante lição do mestre ARY BELFORT:

> *"A tese da insuficiência testemunhal quando emane de agentes de Polícia, consiste em velharia em boa hora mandada ao bolor dos armários de reminiscências especiosas. Desde que verossímeis; desde que partidas de pessoas insuspeitas ou desinteressadas, desde que nada se lhes oponha de valia há nenhuma razão, de ordem alguma, para que se repudie a palavra de, precisamente, pessoas a quem o Estado confere a missão importantíssima de, coibindo o crime, operar, e nada menos, a própria prisão."* **(RJTJESP – 136/477).**

Ao contrário: é testemunha que depõe compromissada, com presunção de veracidade por ser funcionário público, narrando sobre os atos que, de ofício, foram praticados no exercício das suas funções.

Em sendo assim, tal depoimento reveste-se de inquestionável eficácia

probatória, principalmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório; não havendo provas de que teriam o único intuito de incriminar pessoa inocente (ônus da defesa).

Ademais, o laudo pericial atestou ser o armamento apto a realização de disparos.

Assim, temos que o conjunto probatório é farto a demonstrar a responsabilidade do acusado.

Neste passo temos que a r. sentença é de ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, posto que examinou toda a matéria deduzida em juízo, e o fez bem, de forma técnica, concluindo por desfecho que indubitavelmente é de ser mantido.

Quanto a dosimetria penal, a r. sentença não merece reparo, não sendo algo de insurgência defensiva.

A nobre Magistrada, atenta às circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, fixou as penas no mínimo legal, se tornando, assim, definitivas – 02 anos de reclusão, mais 10 dias- multa.

A substituição da pena corporal por restritivas de direitos e o regime prisional também ficam mantidos.

Correta, portanto, a r. decisão monocrática que não merece modificação alguma.

Isto posto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação interposta, mantendo a r. sentença tal qual lançada.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2142287-93.2016.8.26.0000, da Comarca de Bragança Paulista, em que são impetrantes MATHEUS ERENO ANTONIOL e DANIEL PAULO FONTANA BRAGAGNOLLO e Paciente ANA CAROLINA DE MOURA MORAES.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte do *writ*, denegando a ordem na parte conhecida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.943)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), ROBERTO SOLIMENE e AMARO THOMÉ.

São Paulo, 11 de agosto de 2016.

Acesso ao Sumário

SÉRGIO COELHO, Relator

Ementa: Habeas corpus. Paciente condenada como incursa no artigo 33, "caput" e artigo 35, "caput", ambos da Lei 11.343/06 e artigo 29 do Código Penal. Pedido de reconhecimento do direito de recorrer em liberdade. Vedação ao recurso em liberdade bem justificada na sentença. Somente a ilegalidade flagrante da decisão poderia levar ao conhecimento do constrangimento ilegal, fundado na negativa do apelo em liberdade. Por outro lado, a análise da justiça da decisão e da possibilidade de modificação do regime são questões que devem ser analisadas no julgamento do recurso ordinário específico, qual seja, a apelação – que, frise-se, já foi interposta pela paciente –, via mais ampla e compatível com o cotejo dos elementos de convicção coligidos nos autos principais. "Writ" conhecido em parte e denegado na parte conhecida.

VOTO

Os ilustres advogados, Doutores Daniel Paulo Fontana Bragagnollo e Matheus Ereno Antoniol, impetram a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Ana Carolina de Moura Moraes, apontando como autoridade coatora o MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Bragança Paulista, que vedou à paciente a possibilidade de recorrer em liberdade (fls. 25/35).

Sustentam, em resumo, que a paciente permaneceu encarcerada durante todo o processo e, ao final, foi condenada pela prática dos crimes previstos nos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei 11.343/08, às penas de 08 (oito) anos de reclusão e mais 1.200 (um mil e duzentos) dias-multa, no piso mínimo, vedado o apelo em liberdade. Afirmam que a decisão *a quo* carece de fundamentação idônea, porquanto não demonstrou de modo concreto a necessidade de a paciente permanecer presa. Acrescentam, ademais, que a fixação do regime mais gravoso constitui afronta ao disposto no art. 33 do Código Penal e à Súmula 719 da Suprema Corte. Afirmam, ainda, que a paciente é primária, contando com apenas 19 (dezenove) anos na data dos fatos, possui residência fixa, emprego lícito e é pessoa de boa índole, de modo que não põe em risco a ordem pública. Asseveram, mais, que o entorpecente encontrado era de propriedade somente do corréu Kelvin, convivente da paciente, não tendo ela nenhum envolvimento nos crimes que lhe foram atribuídos.

Acesso ao Sumário

Pleiteiam, assim, a revogação da prisão preventiva da paciente, com imediata expedição de alvará de soltura. Subsidiariamente, requerem a imposição de alguma das medidas previstas no art. 319 da Lei Processual Penal. Requerem, ainda em caráter subsidiário, a imediata transferência da paciente para o regime semiaberto.

O pedido veio acompanhado de cópia de documentos do processo (fls. 25/84 e 87/97).

Indeferida a liminar (fl. 99) e prestadas as informações de estilo pela ilustre Autoridade apontada como coatora (fls. 103/104), que vieram acompanhadas de cópias do processo (fls. 105/151), a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 153/157).

É o relatório, em síntese.

O *writ* comporta parcial conhecimento, impondo-se a denegação da ordem na parte conhecida.

Ora, de um exame superficial dos autos é possível constatar que a sentença que condenou a paciente por infração ao disposto nos artigos 33 e 35 da Lei 11.343/06 se encontra devidamente fundamentada (fls. 87/97) e, segundo consta das informações prestadas pela digna Autoridade apontada como coatora, a ré, ora paciente, apelou da decisão condenatória, assim como o órgão ministerial (fls. 103/104).

Bem por isso, apenas quando do julgamento dos recursos de apelação interpostos pelas partes é que serão apreciadas as questões relativas à inocência da paciente e à fixação do regime prisional. Do contrário, haverá clara antecipação da discussão sobre o tema de fundo dos recursos.

Ora, em sede de *habeas corpus*, descabe o exame de questões envolvendo a verificação da justiça da decisão ou possibilidade de modificação do regime prisional, salvo quando houver flagrante constrangimento ilegal, demonstrado desde logo, o que não se verifica na hipótese vertente. Como já acentuado, a apelação não somente é o recurso próprio, como é o mais adequado no caso para o enfrentamento de tais questões.

Acrescenta-se, para bem se situar a questão, que os eventuais equívocos do Julgador, na fixação da pena e da regência prisional, não importam em nulidade da sentença, já que podem ser corrigidos na instância recursal, donde a impropriedade da via adotada para cassá-la.

Ademais, se o recurso cabível já foi interposto e está sendo processado, não há interesse jurídico no ajuizamento do remédio heroico.

A propósito, a mais alta Corte de Justiça do país tem entendido que o desvirtuamento do *habeas corpus* tornou sem sentido o princípio da exaustividade dos recursos no processo legal. De fato, como bem enfatizou a Ministra Rosa Weber, quando do julgamento do HC 104.045/RJ, em 21/08/2012, "*De nada*

Acesso ao Sumário

adianta a lei prever um número limitado de recursos contra decisões finais ou contra decisões interlocutórias se se entender sempre manejável o habeas corpus". Assim, no entender da eminente Ministra, "*Admitir o habeas corpus como substitutivo do recurso, diante de expressa previsão constitucional, representa burla indireta ao instituto próprio, cujo manejo está à disposição do sucumbente, observados os requisitos pertinentes. Em síntese, o habeas corpus é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heróico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição*". No mesmo sentido o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça: "*O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Colenda Corte, passou também a restringir as hipóteses do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição do recurso cabível*" (HC nº 265.931/PE, Quinta Turma, Relator o eminente Min. Campos Marques).

De outra banda, no que respeita à impossibilidade de a paciente apelar em liberdade, não vislumbro qualquer constrangimento ilegal.

A paciente foi condenada às penas de 8 (oito) anos de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 1200 (um mil e duzentos) dias-multa, por infração aos artigos 33, *caput* e artigo 35, *caput,* ambos da Lei 11.343/06, negado o apelo em liberdade (fls. 87/97) e, conforme se verifica da r. sentença monocrática, o digno Magistrado justificou, ainda que sucintamente, a impossibilidade do recurso em liberdade, enfatizando que "*Os acusados responderam ao processo presos e assim deverão permanecer, caso queiram recorrer desta sentença*" (fl. 96).

Sem falar que no corpo da r. sentença estão mencionadas, à saciedade, as razões pelas quais o Julgador reconheceu a periculosidade da paciente e deu as razões de seu convencimento para concluir pela impossibilidade da paciente recorrer solta. Como se sabe, a sentença deve ser entendida como discurso lógico, não sendo possível restringir-se ao sentido literal da redação.

De qualquer sorte, é oportuno ponderar que, por se encontrar a paciente presa à época da sentença condenatória, é plenamente justificável a manutenção da custódia cautelar, mormente porque não houve fato superveniente que tivesse tornado desnecessário o seu recolhimento. De fato, seria um contrassenso libertar a ré depois da sentença condenatória, se ela estava presa antes dela, devido à presença dos requisitos mencionados no art. 312 do Código de Processo Penal.

É de se por em relevo, ainda, que a paciente foi apenada com sanção carcerária considerável – 08 anos de reclusão –, podendo a liberdade representar, neste momento, simples esquiva ao cumprimento da reprimenda, em franco desprestígio à lei penal, hipótese que autoriza a prisão preventiva (CPP, art. 312).

Não bastassem essas razões, é interessante assinalar que o próprio C.

Acesso ao Sumário

Supremo Tribunal Federal, com a autoridade máxima, já proclamou que "*1 – É pacífica a jurisprudência desta Suprema Corte de que não há lógica em permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar. Precedentes. 2 – Ordem denegada*" (STF – HC 89.824-6/MS, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, v.u., j. em 11/3/08, DJ 28/8/08).

Cumpre não olvidar, ademais, que o princípio do estado de inocência (*CF*, art. 5º, LVII) apenas proíbe que aos acusados sejam aplicados os efeitos penais decorrentes da sentença condenatória transitada em julgado, mas não proíbe qualquer tipo de prisão provisória, desde que emanada de órgão competente e devidamente fundamentada, como no presente caso. Nesse sentido, a propósito, o disposto na Súmula 9, do C. Superior Tribunal de Justiça: "*A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência*.".

Em suma, a proibição ao direito da paciente recorrer em liberdade no presente caso era medida de rigor, sendo de bom alvitre enfatizar, mais uma vez, que é farto o entendimento jurisprudencial a teor do qual não é razoável autorizar que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o julgamento de seu recurso, se mantidos os motivos da segregação cautelar.

À luz do exposto, pelo meu voto, conheço em parte do *writ,* denegando a ordem na parte conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2099385-28.2016.8.26.0000, da Comarca de Viradouro, em que é paciente ROSANA APARECIDA CASTRO e Impetrante DIRCEU ROSA ABIB JÚNIOR.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.860)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DA SILVA (Presidente) e FRANÇA CARVALHO.

São Paulo, 18 de agosto de 2016.

AUGUSTO DE SIQUEIRA, Relator

Ementa: crime contra a honra – nulidade pelo trânsito em julgado sem que à paciente (requerida) tenha sido

Acesso ao Sumário

ofertada a suspensão condicional do processo – ordem denegada – ação privada em que o MP figura como "custos legis" – iniciativa do queixoso – conciliação infrutífera – preclusão da matéria.

VOTO

Habeas Corpus impetrado por Dirceu Rosa Abib Júnior, em benefício de Rosana Aparecida Castro, com pedido de liminar, objetivando, em síntese, o reconhecimento da nulidade do feito em que a paciente foi sentenciada por delito contra a honra, tendo transitado em julgado a condenação, pois não foi designada ou justificada a não realização de audiência para oferecimento da suspensão condicional do processo, muito embora presentes seus requisitos.

Indeferida a liminar (fl. 46).

Prestadas informações (fl. 49).

A d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

Consoante as informações prestadas pela autoridade apontada coatora, a paciente foi condenada na ação penal privada n. 0002913-95.2012, à pena de 01 mês e 10 dias de detenção, em regime aberto, pela prática do crime tipificado no artigo 140, "caput", c.c. o artigo 141, inciso III, ambos do Código Penal, substituída por restritiva de direitos consistente em pagamento de dois salários mínimos à vítima.

Com o trânsito em julgado da sentença em 28 de janeiro de 2015, foi formada a execução, sendo a paciente advertida, aos 06.04.2016, para dar cumprimento à pena.

Ressaltou que, em audiência de instrução e julgamento, realizada na ação penal privada, não foi formulada proposta de transação penal ou suspensão condicional do processo.

Pois bem.

Rigorosamente, a apreciação do presente "writ" caberia ao Colégio Recursal, já que a alegada nulidade teria ocorrido em procedimento desenvolvido sob a regência da Lei n. 9.099/1995, no Juizado Especial Criminal.

Não obstante, tratando-se de *Habeas Corpus* e em homenagem à celeridade e economia processuais, conhece-se do presente, mas indefere-se a ordem.

É certo que a suspensão condicional do processo, medida despenalizadora, é entendida por parte da jurisprudência como direito do réu.

Contudo, especialmente em se tratando de ação penal de iniciativa

privada, regida pelos princípios da oportunidade e disponibilidade, não há como se exigir do querelante a proposta de tal medida.

Muito embora o direito de punir seja do Estado, nos casos de ação penal privada personalíssima ou exclusiva, cabe ao querelante iniciar ou não a persecução penal e a formulação de proposta de benefício.

Incabível a aplicação do artigo 28 do Código de Processo Penal, como se dá no caso de ação pública, quando presentes seus pressupostos e o órgão ministerial não formula a proposta. Na ação penal privada, a atuação do "parquet" se dá como fiscal da lei.

Cabível seria a proposta pelo Ministério Público desde que sem oposição do querelante.

Ao juízo, do mesmo modo, não se permite a propositura da suspensão do processo de ofício.

Assim, malgrado seja admitida quando formulada e aceita nos termos da norma de regência, em benefício do réu, inexiste solução jurídica para contornar a ausência de proposta pelo querelante.

O STF, inclusive, já se manifestou sobre a impertinência do instituto na ação penal privada (HC 83412/GO, Primeira Turma, DJ 01.10.2004). No mesmo sentido AP 642, rel. Min. Dias Toffoli, j. 20.03.2012. – HC 115.342 AgR, rel. Min. Rosa Weber, j. 28.05.2013.

Além disso, no caso, realizada audiência de conciliação em 18.02.2013, restou infrutífera, não sendo desarrazoado concluir pela falta de interesse de ambas as partes no benefício ora pleiteado.

Posteriormente, fora designada audiência de instrução e julgamento e, intimadas as partes, não houve qualquer requerimento.

Na audiência de instrução, realizada em 09.04.2014, também não houve alegação acerca da suspensão condicional do processo.

O silêncio a respeito do "sursis processual" ou dos motivos pelos quais não proposto é causa de nulidade processual, entretanto, relativa, sujeita à preclusão caso não arguida oportunamente no curso do processo penal.

Ora, diante de tantas oportunidades de requerimento, associadas ao longo tempo decorrido desde a prática dos atos acima mencionados, o reconhecimento da nulidade, agora, nada mais seria do que um prêmio à desídia ou ao comportamento contraditório da própria defesa. Sublinhe-se, sabedora de tal possibilidade há tempos, a alegação de nulidade, se é que houve, afeiçoa-se preclusa.

Diante do exposto, denega-se a ordem.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2076669-07.2016.8.26.0000, da Comarca de Leme, em que é paciente GERALDO MACARENKO, Impetrantes MARCELLA OLIVEIRA MELLONI DE FARIA e MARINO PAZZAGLINI FILHO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem ora rogada em favor de Geraldo Macarenko. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.820)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANGÉLICA DE ALMEIDA (Presidente sem voto), ÁLVARO CASTELLO e VICO MAÑAS.

São Paulo, 17 de agosto de 2016.

PAULO ROSSI, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Peculato – Art. 312, na forma do art. 71, por 41 vezes, ambos do CP – Insurgência contra a decisão monocrática que determinou a execução provisória da pena privativa de liberdade imposta ao paciente, após a confirmação da sentença condenatória em Segundo Grau, embora haja recurso de agravo pendente contra a decisão que não admitiu o Recurso Especial, invocando o princípio da não culpabilidade – NÃO VERIFICADO – O Plenário do STF, por ocasião do julgamento do HC nº 126.292/SP, deixou assentado que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. Ordem denegada.

VOTO

Vistos.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Geraldo Macarenko, apontando o MM. Juiz da Vara Criminal da Comarca de Leme como autoridade coatora, nos autos da ação penal n.º 0008556-66.2007.8.26.0318.

Aduzem os impetrantes que o paciente sofre constrangimento ilegal, ante

Acesso ao Sumário

a determinação de expedição de mandado de prisão pela autoridade impetrada no dia 08 de abril, cujo despacho ainda não foi publicado, "inspirada no recente entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal exarado no HC nº 126.292/SP que, por maioria de votos, permitiu a execução provisória da pena" (fls. 02).

Relatam que o paciente foi condenado ao cumprimento das penas de cinco anos pela suposta prática do crime previsto no artigo 312 cumulado com o artigo 71, *caput*, por quarenta e uma vezes, e de um ano e meio, pela suposta prática do crime previsto no artigo 288, *caput*, todos do Código Penal, em concurso material. Acrescenta que a pena totalizou 06 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, sendo-lhe permitido o recurso em liberdade, por ausentes os requisitos da custódia cautelar, determinando-se o lançamento dos nomes dos réus no rol dos culpados com o trânsito em julgado. Aduzem que houve a oposição de embargos de declaração, no entanto acolhidos apenas para reconhecer a prescrição em favor de um dos corréus.

Esclarecem que, após o julgamento do recurso de apelação, todos os réus foram absolvidos da imputação do crime previsto no artigo 288 do Código Penal, sendo a sentença, no mais, mantida. Acrescentam que foram opostos embargos de declaração, os quais foram rejeitados, motivo pelo qual interposto recurso especial, que não foi admitido pela Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo, mediante decisão carente de fundamentação concreta. Contra esta decisão, foi interposto agravo, o qual se encontra concluso para julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ao retornarem os autos para a 1ª Instância, a autoridade impetrada, por despacho proferido em 24 de outubro de 2014, determinou que se aguardasse a decisão dos Tribunais Superiores.

Posteriormente, com base na recente decisão do STF, o Promotor de Justiça requereu a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente, "invocando genericamente a possibilidade de início da execução da pena fixada em sentença condenatória após a sua confirmação em segundo grau, sob o argumento de que inexistiria ofensa ao princípio da presunção de inocência uma vez que (...) tal princípio não impediria os efeitos do acórdão antes do trânsito em julgado, além do que, o recurso especial não possuiria efeito suspensivo e não se prestaria a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito" (fls. 05). O pedido foi deferido pela autoridade impetrada, sendo determinada a expedição de mandado de prisão.

Esclarecem que o julgamento por maioria do HC 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal não possui efeito vinculante, eis que não revogou o artigo 283 do Código de Processo Penal, além de violar o princípio da presunção de inocência, destacando que "a manutenção da sentença penal pela segunda

Acesso ao Sumário

instância não encerrou adequadamente a análise de fatos e provas, conforme se verifica nas teses de nulidade arguidas em Recurso Especial" (fls. 10).

Requerem a concessão da ordem, para que o paciente não seja privado de sua liberdade até o transito em julgado da sentença condenatória, com o sobrestamento da execução provisória e a expedição de contramandado de prisão em seu favor (fls. 01/15).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 197/198).

Prestadas informações pela autoridade judiciária apontada como coatora (fls. 201/202), pronunciou-se a Douta Procuradoria Geral de Justiça, em r. parecer da lavra do Dr. Carlos Daniel Vaz de Lima Jr., pela denegação da ordem (fls. 308/311).

Os advogados, Dr. Rogério Luis Adolfo Cury e Dr.ª Daniela Marinho Scabbia Cury ingressaram com substabelecimento com reserva de poderes (fls. 314/315), alegando que têm interesse em proferir sustentação oral por ocasião da sessão de julgamento.

Na sequência, os mesmos causídicos ingressaram com pedido de aditamento da petição inicial, trazendo novos argumentos à impetração (fls. 317/335), o que foi deferido (fls. 337), dando-se nova vista à Douta Procuradoria Geral de Justiça para manifestação (fls. 365/367).

Os defensores ingressaram com pedido de reconsideração da medida liminar (fls. 347/351), restando indeferido o pleito (fls. 369).

Os impetrantes apresentaram memoriais previamente ao julgamento do *writ* (fls. 370/380).

Este, em síntese, é o relatório.

Verifica-se, perante as informações prestadas pela digna autoridade judiciária em 19 de abril de 2016, que o paciente foi denunciado juntamente com outras três pessoas como incurso no artigo 312 (por 41 vezes) e no artigo 288, na forma do artigo 69, todos do Código Penal.

Por sentença prolatada em 30/03/2012, o paciente foi condenado à pena de 06 anos e 06 meses de reclusão, e ao pagamento de 25 dias-multa, fixados no valor de um salário mínimo, cada um, ao tempo dos fatos. Deste ato, foram opostos embargos declaratórios, sobrevindo parcial provimento para reconhecer a prescrição em relação ao corréu Ernani Arraes, no tocante ao crime de quadrilha, previsto no artigo 288 do Código Penal.

Acesso ao Sumário

Interposta apelação, sobreveio parcial provimento para absolver o paciente do delito previsto no artigo 288 do Código Penal, com fulcro no artigo 386, inciso III, do CPP, permanecendo, no mais, a sentença tal como prolatada.

Da prolação do acórdão, foram opostos embargos declaratórios, os quais foram conhecidos, mas rejeitados. Novamente o paciente opôs embargos

declaratórios, os quais foram rejeitados.

O paciente interpôs recurso especial, o qual não foi admitido. Desta decisão sobreveio agravo em recurso especial, pendente de apreciação pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Considerando posicionamento recente do STF (HC n. 126.292/SP), e à vista do requerimento formulado pelo representante do Ministério Público, foi determinada a execução provisória da sentença com a consequente expedição do mandado de prisão, o qual está pendente de cumprimento (fls. 201/202).

Esta é a síntese dos fatos.

Inicialmente, conforme assentado no despacho acostado às fls. 337, embora seja controversa a possibilidade de aditamento da inicial de *habeas corpus*, por se tratar de via célere e sumaríssima, que já se encontrava inclusive em termos para julgamento, em homenagem ao princípio da ampla defesa (precedente STJ, HC n. 111.425/SP), foi deferido o aditamento do *writ*, para encampar ao presente os argumentos esposados pelos novos impetrantes.

A ordem não comporta concessão.

Com efeito, em recente decisão, o Plenário do Excelso Supremo Tribunal Federal, nos autos do *habeas corpus* nº 126.292/SP, da lavra do Ministro Teori Zavascki, julgado aos 17/02/2016, cujo acórdão foi publicado em 17/05/2016, reformulou seu entendimento anterior, deixando assente a viabilidade da execução da pena após a prolação de acórdão condenatório em 2º Grau, por reputar que tal circunstância não ofende o princípio constitucional da não culpabilidade.

Aludido julgado, embora publicado somente em 17/05/2016, em razão de sua grande repercussão na mídia, o voto do Ministro relator e os votos divergentes dos Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, bem como a transcrição do voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso, foram disponibilizados na íntegra, no mesmo dia do julgamento na web, *v.g.*: (endereço eletrônico constante do texto original), possibilitando aos impetrantes, tomar ciência dos principais fundamentos que ampararam a decisão.

Ademais, embora a decisão combatida tivesse adotado aludido precedente como fundamento para o início da execução provisória da sentença condenatória, sem que o acórdão houvesse sido publicado, tal fato, de forma alguma inviabilizou a ampla defesa do paciente, que por sua vez manejou a presente ordem de *habeas corpus* em seu favor, apresentando fartamente os motivos de seu inconformismo.

Outrossim, como dito, o acórdão relativo ao *habeas corpus* n. 126.292/STF foi publicado em 17/05/2016. Os impetrantes apresentaram memoriais em 19/07/2016 (fls. 370/380), cujo teor, mesmo após a disponibilização na íntegra do aludido julgado, não trouxe qualquer fato novo que não tivesse sido aventado

Acesso ao Sumário

na inicial e em seu aditamento.

Com efeito, para a anulação do ato, este deve estar eivado de nulidade absoluta, necessária a caracterização do prejuízo causado a quem alega.

É o princípio insculpido no artigo 563 do Código de Processo Penal, em respeito à máxima jurídica do *pas de nullité sans grief*, ou seja, não há nulidade sem prejuízo.

Na hipótese, não foram apontados de forma objetiva, quais seriam os prejuízos experimentados pelo paciente.

Assim, como se vê, tendo em vista que foi assegurada a ampla defesa e o contraditório, a decisão em questão não padece de nenhuma ilegalidade neste particular.

Nesse passo, deve ser afastada a propalada ausência de correlação entre o HC/STF n. 126.292 e o caso em testilha, bem como a incompetência da autoridade impetrada para determinar a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente enquanto os autos se encontram em grau de recurso, sob jurisdição do Superior Tribunal de Justiça.

É cediço que compete ao juiz de conhecimento o início da execução provisória da pena, ainda que o feito se encontre *sub judice* das Cortes Superiores, conquanto a estas cabe a execução quando se tratar de competência originária.

Nesse sentido o escólio de Espínola Filho, ao pontuar que a "regra geral é a de que cabe ao juiz da ação a competência para a execução da sentença, nela proferida, afinal". Vale dizer, o início da execução da sanção compete ao magistrado "perante o qual correu a ação penal, pouco importando tenha a executar a sentença por ele próprio proferida, ou a substituída a essa, em virtude do provimento dado, no todo ou em parte, a recurso, ordinário, extraordinário ou misto (revisão), interposto contra aquela sentença" (*Código de processo penal brasileiro anotado*. Atualizadores: José Geraldo da Silva e Wilson Lavotenti. Campinas: Bookseller, 2000, p. 352-353).

Essa também é a intelecção de Mirabete, ao enfatizar que "compete aos tribunais superiores a execução quando se trata de competência originária da respectiva Corte, ainda que o acórdão por esta proferido tenha sido reformado pelo Supremo Tribunal Federal (MIRABETE, Julio Fabrinni. *Execução penal*. 11ª ed. rev. e at. por Renato Fabbrini São Paulo: Atlas, 2004, p. 299).

Prosseguindo, com o julgamento do *habeas corpus* nº 126.292 pelo Plenário do Pretório Excelso, firmou-se posição no sentido de que ainda que sobrevenha interposição de recurso especial e extraordinário, estes não possuem efeito suspensivo, a teor do disposto no artigo 637 do CPP e artigo 27, § 2º, da Lei 8.038/90, o que implica na conclusão de que, mesmo pendente algum desses recursos, a decisão recorrida continua produzindo efeitos, sendo passível de execução provisória.

Acesso ao Sumário

Embora tenha havido a revogação expressa do artigo 27, § 2º, da Lei 8.038/90, após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, as regras desse diploma passaram a regulamentar os recursos especial e extraordinário também no âmbito do processo penal, em razão do que dispõe o art. 3º do CPP. Sendo assim, daquilo que se depreende do art. 995 c/c o art. 1.029, § 5º, ambos do CPC, permanece sendo excepcional a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário na seara criminal.

Essa a razão pela qual, após esgotadas as instâncias ordinárias, a condenação criminal poderá provisoriamente surtir o imediato efeito do encarceramento, uma vez que o acesso às instâncias extraordinárias se dá por meio de recursos que não são ordinariamente dotados de efeito meramente devolutivo.

No julgamento do *writ* supracitado, o Ministro Teori Zavascki sustentou que, até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em 2º Grau, deve-se presumir a inocência do acusado. Mas, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, mormente porque os recursos cabíveis da decisão proferida em 2ª Instância ao Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito.

O eminente Ministro asseverou, ainda, que: "Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo – único meio de efetivação do *jus puniendi* estatal –, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias."

Ademais, aludido entendimento está em consonância com o Direito Internacional, conforme observado pela Ministra Ellen Gracie no julgamento do *habeas corpus* nº 85.886/STF, salientando que: "em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando referendo da Suprema Corte".

Esta Egrégia Corte Bandeirante também vem se alinhando ao novel posicionamento do Pretório Excelso, conforme recentes julgados: 0012253-72.2011.8.26.0248; 0012420-70.2014.8.26.0576; 0020450-28.2011.8.26.0050; 0009247-59.2013.8.26.0451.

Na mesma trilha o posicionamento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do REsp nº 1.484.415, tendo por relator o Ministro Rogério Schietti Cruz, aduzindo que: "É dizer, sob o prisma do recente julgamento do

Acesso ao Sumário

STF, não existe razão para que se impeça a execução provisória da pena. Aliás, pedido semelhante foi feito em caso que tramita no Supremo Tribunal Federal, cujo relator, Ministro Edson Fachin (ARE nº 851.109/DF)."

Oportuno consignar que, no ARE nº 851.109/DF supracitado, diante da formulação de pedido pelo MPF requerendo o início da execução provisória da pena com suporte no HC 126.292, assim decidiu o Ministro Relator Edson Fachin, *verbis: Impende, pois, remeter a matéria ao juízo de origem, a quem cabe examinar e determinar, a tempo e modo, a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente. Defiro, pois, remessa via fax de cópia da petição protocolada pelo Ministério Público Federal ao juízo de origem, a quem incumbe o exame da matéria suscitada pela defesa e bem assim as providências respectivas cabíveis. Determino, igualmente, a remessa de cópia integral dos autos ao juiz da vara de origem.*

Dessa forma, superado o entendimento emanado do julgamento do HC 84.078/MG, pelo Supremo Tribunal Federal, compete ao magistrado de piso dar início à execução provisória da pena imposta.

Embora reconhecida a possibilidade de se aguardar o recurso em liberdade tanto em 1º quanto em 2º Graus, confirmada a condenação por este Órgão Colegiado, e não estando pendente discussão relativa a fatos e provas, de rigor o início da execução provisória da pena imposta ao paciente, em consonância com o novel entendimento firmado pelas Cortes Superiores.

Com efeito, o paciente foi condenado em 1º Grau, em grau de apelação esta Colenda Corte deu parcial provimento ao recurso para absolvê-lo do delito previsto no artigo 288 do Código Penal, com fulcro no artigo 386, inciso III, do CPP, permanecendo, no mais, a sentença tal como prolatada.

Da prolação do acórdão, foram opostos embargos declaratórios, os quais foram conhecidos, mas rejeitados. Novamente o paciente opôs embargos declaratórios, os quais foram rejeitados.

O paciente interpôs recurso especial, o qual não foi admitido. Desta decisão sobreveio agravo em recurso especial, registrado no C. STJ sob o nº 638.795/SP (2015/0002095-5), que, com base no art. 932, III, do CPC, c.c. o art. 253, p. único, II, a, do RISTJ, conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial, cuja decisão foi publicada no DJe de 26/04/2016.

A Defesa manejou agravo regimental no aludido agravo em recurso especial, que por sua vez, foi negado à unanimidade pelos Ministros da Quinta Turma do C. STJ, cuja decisão foi publicada no DJe de 22/06/2016.

Contra esta decisão foram opostos embargos declaratórios, que se encontram em processamento junto àquela Colenda Corte Superior.

Dessa forma, restou evidenciado o nítido caráter protelatório em razão dos consecutivos recursos interpostos pela defesa do paciente, fato corriqueiro

Acesso ao Sumário

nas Cortes Superiores, inclusive, um dos principais fundamentos que gerou a mudança de posicionamento do STF, não havendo razão para que se impeça a execução provisória da pena imposta ao paciente.

Não há se falar, portanto, em violação à coisa julgada, ao devido processo legal, ou mesmo ao princípio do juiz natural, conforme faz crer a ilustrada defesa.

Destarte, vale destacar que a decisão ora guerreada, apresenta-se escorreita, e não autoriza a concessão do presente *writ*, inclusive porque não se exige uma fundamentação exaustiva, sendo suficiente que o decreto, ainda que de forma sucinta, analise a presença dos requisitos legais ensejadores da prisão preventiva.

Verte do *decisum* combatido que o magistrado *a quo*, amparado nas substanciosas razões expostas pelo representante do Ministério Público, adotando o entendimento firmado pelo Pretório Excelso no HC 126.292, revendo o posicionamento jurisprudencial em vigor, viabilizando o imediato início da execução provisória da pena quando já confirmada em 2º Grau, determinou a expedição de madado de prisão em desfavor do acusado Geraldo Macarenko e corréus Ernani Arraes e Márcio Eduardo Gomes, nos termos da sentença condenatória, conformada em grau de apelação (fls. 306).

Conforme já deixou assentado o Colendo Superior Tribunal de Justiça, "*é legítima a adoção da técnica de fundamentação referencial (per relationem), utilizada quando há expressa alusão a decisum anterior ou parecer do Ministério Público, incorporando, formalmente, tais manifestações ao ato jurisdicional (STJ, REsp 1263045/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURNA, julgado em 16/02/2012, DJe 05/03/2012)*" (STJ, 2ª T., EDcl no AgRg no AREsp 94.942/MG, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 14-02-13).

Realmente, "*Revela-se legítima, e plenamente compatível com a exigência imposta pelo art. 93, inciso IX, da Constituição da República, a utilização, por magistrados, da técnica da motivação 'per relationem'...*" (STJ, 6ª T., EDcl no AgRg no Ag 1.218.725/RS, rel. Min. Vasco Della Giustina, DJe de 13-06-12).

No mesmo sentir podemos citar outro julgado dessa Corte Superior (STJ, 5ª T., HC 201.889/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 02-10-12), bem como do Pretório Excelso (STF, 1ª T., AI 855.829 AgR/RJ, rel. Min. Rosa Weber, DJe - 241 de 10-12-12; STF, 2ª T., HC 112.207/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe - 188 de 25-09-12).

É certo que o Ministério Público, na qualidade de fiscal da lei e cuja atuação é ínsita ao processo executivo (art. 67, Lei 7.210/84), detém legitimidade para perseguir o cumprimento das normas penais e processuais penais afetas à execução penal. Na mesma linha, enuncia o artigo 68 da Lei de Execução Penal que incumbe ao Ministério Público "requerer todas as providências necessárias

Acesso ao Sumário

ao desenvolvimento do processo executivo."

Com efeito, e com o esforço desenvolvido pelos impetrantes, o que se verifica é que a decisão combatida está devidamente fundamentada, em consonância com o disposto no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal.

Oportuno consignar que não há qualquer incompatibilidade entre a decisão guerreada e a disposição do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Sobre a *quaestio*, trago a lume trecho do voto do eminente Ministro Rogério Schietti Cruz, *verbis:*

"Atento, ainda, às observações feitas pela qualificada defesa do recorrente, não perco de vista a previsão contida no art. 283 do Código de Processo Penal, cuja redação dada pela Lei n. 12.403/2011 veio encampar a jurisprudência até então consolidada do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que toda prisão, antes do trânsito em julgado, teria natureza cautelar. Ou seja, ***o art. 283 do Código de Processo Penal encontra sua essência no princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.***

"Logo, se o próprio Pretório Excelso, ao interpretar o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, entendeu pela possibilidade de execução provisória da pena após a prolação de acórdão condenatório, ***não vejo como uma interpretação a regra infraconstitucional possa contraditar o alcance de sentido que foi emprestado ao princípio que dá sustentação a essa regra infraconstitucional****, porquanto, sob a perspectiva kelseniana, as normas inscritas na Carta Maior se encontram no topo da pirâmide normativa, à qual todo o sistema jurídico deve se conformar.*

"Por tudo que foi exposto até aqui – e enfatizando que a inovação jurisprudencial da Suprema Corte certamente ainda poderá engendrar variações hermenêuticas em futuros casos a serem submetidos ao Poder Judiciário – não há como pretender sejam sobrepostas a interpretação e o alcance do art. 283 do Código de Processo Penal à espécie, afastando, para tanto, o entendimento do STF, porquanto, ao fim e ao cabo, as normas infraconstitucionais é que devem se harmonizar com a Constituição, e não o contrário." (STJ, EDcl no REsp nº 1.484.415/DF).

Por final, ainda que a referida decisão tenha sido proferida em sede de controle difuso, é cediço que o Pretório Excelso é o órgão que exerce a jurisdição constitucional em última instância, cabendo-lhe, portanto, com preponderância, a tarefa de ponderação do princípio constitucional da presunção de inocência para a sua concretização em face dos demais princípios e valores do sistema.

É evidente que as decisões proferidas pelo Pretório Excelso, intérprete máximo da Constituição Federal, repercutem na posição dos demais órgãos integrantes do Poder Judiciário. Trata-se de alinhamento que almeja conferir integridade e coerência à jurisprudência nacional.

Acesso ao Sumário

Não se coloca, todavia, na hipótese concreta, a reprodução obrigatória do entendimento da Corte. Assim, considerando que a autoridade coatora não atribuiu imperatividade *erga omnes* à decisão tomada pela Suprema Corte, mas partiu de convencimento próprio, não se afigura a irregularidade apontada. E, à obviedade, a conformidade em relação ao entendimento firmado no HC 126.292/STF não constitui constrangimento ilegal.

Nesse sentido, cabe reconhecer que a decisão impugnada se baseou no entendimento exarado pelo pretório excelso, intérprete por excelência da Carta Magna, não havendo inconstitucionalidade que justifique a sua cassação por meio deste *writ.*

Conforme bem ponderado no aludido julgado (HC 126.292), é nas instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas, de maneira que a confirmação acerca da autoria e materialidade delitiva, após o duplo grau de jurisdição, fixa a responsabilidade criminal do agente com um grau de certeza que justifica a relativização do princípio da presunção de inocência para autorizar a execução provisória da pena de prisão.

A presunção de inocência, não se revestindo de caráter absoluto, deve ser compatibilizada e sopesada com a progressiva demonstração da culpa do agente, sobretudo quando esta já se encontra suficientemente evidenciada, após ampla possibilidade de análise e discussão das questões fáticas nas instâncias ordinárias.

E, por não se vislumbrar o alegado constrangimento ilegal, que possa estar a sofrer o paciente, a solução que melhor se afigura é a denegação da ordem.

Ante o exposto, denega-se a ordem ora rogada em favor de Geraldo Macarenko.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2136677-47.2016.8.26.0000, da Comarca de Regente Feijó, em que é impetrante FÁBIO ROGÉRIO DA SILVA SANTOS e Paciente JEFFERSON DIONÍSIO GUARDACHIONI.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam parcialmente a ordem para declarar a nulidade do processo, desde o recebimento da denúncia, e determinar a intimação do representante da vítima para, se assim o desejar, oferecer representação para a instauração de ação penal contra o agressor, no

Acesso ao Sumário

que diz respeito ao delito de lesões corporais, bem como para determinar que o representante Ministério Público verifique a possibilidade de oferecer proposta de suspensão condicional do processo ao ora paciente, nos termos do artigo 89, da Lei nº 9.099/95, comunicando-se, com urgência, para as providências cabíveis. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.425)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente) e JUVENAL DUARTE.

São Paulo, 25 de agosto de 2016.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Ementa: LESÕES CORPORAIS E MAUS TRATOS (artigos 129, § 9º, e 136, § 3º, Código Penal). Impetração contra decisão que recebeu a denúncia e declarou ser impossível, no caso, a aplicação do benefício da suspensão condicional do processo, previsto na Lei nº 9.099/95, por se tratar de crime abrangido pela Lei nº 11.340/06. Pleito de anulação do processo desde a denúncia. Admissibilidade. Vítima do sexo masculino. Não incidência da Lei nº 11.340/06, que trata exclusivamente dos crimes cometidos contra a mulher no âmbito doméstico e familiar. Possibilidade de oferecimento de proposta de suspensão do feito, nos termos da Lei nº 9.099/95, por se tratar de crimes de menor potencial ofensivo. Representantes legais da vítima não alertados sobre a necessidade de representação para a instauração da ação penal pelo crime de lesão corporal. Impossibilidade de se decretar a decadência. Vítima menor de idade que não pode ser penalizada por fato a que não deu causa. Ordem parcialmente concedida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo Advogado FÁBIO ROGÉRIO DA SILVA SANTOS, em favor de JEFFERSON DIONÍSIO GUARDACHIONI, sustentando que o paciente sofre constrangimento ilegal por parte do MM. Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Regente Feijó, perante o qual responde a uma ação penal pela infração dos artigos 129, § 9º, e 136, § 3º, ambos do Código Penal.

A medida liminar foi deferida para suspender o andamento do feito até o julgamento do presente *writ* (fls. 58/59) e a autoridade impetrada prestou informações, fornecendo a senha dos autos digitais nº 0003338-36.2015.8.26.0493, para consulta desta relatoria (fls. 63/65).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela concessão parcial da ordem (fls. 67/71).

É o relatório.

Insurge-se o impetrante contra decisão que, ao receber a denúncia oferecida contra o paciente, pela infração dos artigos 129, § 9º e 136, § 3º, ambos do Código Penal, declarou ser impossível, no caso, a aplicação do benefício da suspensão condicional do processo, previsto na Lei nº 9.099/95, por se tratar de crimes abrangidos pela Lei nº 11.340/06, a denominada "Lei Maria da Penha".

Alega-se que, embora o crime de lesão corporal tenha ocorrido no ambiente doméstico e familiar, a vítima é do sexo masculino e, portanto, não se aplica no presente feito a "Lei Maria da Penha" e, assim sendo, não há impedimento para a suspensão condicional do processo, desde que preenchidos os requisitos legais. Diz que, no caso, a suspensão condicional do processo constitui direito público subjetivo do paciente, que é primário e não registra antecedentes criminais. Além disso, as penas mínimas previstas para os crimes que lhe foram imputados são inferiores a um ano.

Afirma-se, ainda, que a ação penal não possui condição de procedibilidade quanto à infração prevista no artigo 129, § 9º, do Código Penal, ante a falta de representação do ofendido ou do seu representante legal. Ademais, o prazo decadencial de seis meses já se escoou, de modo que forçoso o reconhecimento da extinção da punibilidade do paciente, com base no artigo 107, inciso IV, do Código Penal.

Pleiteia-se a concessão da ordem para que seja anulado o processo nº 0003338-36.2015.8.26.0493, desde o recebimento da denúncia, e se determine ao representante do Ministério Público que analise a possibilidade de oferecimento da suspensão condicional do processo, prevista no artigo 89, da Lei nº 9.099/95.

Requer, ainda, seja reconhecida a falta de condição de procedibilidade em relação ao crime de lesão corporal, em razão da fluência do prazo decadencial de seis meses para o oferecimento de representação, e, em consequência, se declare a extinção da punibilidade do paciente, com fulcro no artigo 107, inciso IV, do Código Penal.

A ordem deve ser parcialmente concedida.

De acordo com o que se verifica da denúncia, em período anterior ao dia 04 de outubro de 2015, em hora incerta, na Rodovia Geraldo R. Arruda, Zona Rural, na cidade de Regente Feijó, o paciente, Jefferson Dionísio Guardachioni, expôs a perigo a saúde da criança H.C. dos S., nascida em 05 de fevereiro de

Acesso ao Sumário

2003, que estava sob sua autoridade e guarda para fim de educação, sujeitando-a a trabalho inadequado e abusando de meios de correção e disciplina. Consta da peça inicial, ainda, que no dia 04 de outubro de 2015, no mesmo local, o paciente, prevalecendo-se de relações domésticas e familiares, ofendeu a integridade física de seu cunhado, a criança H.C. dos S., causando-lhe lesões corporais de natureza leve.

Assiste razão, em parte, ao impetrante.

É que, muito embora os crimes tenham sido cometidos no âmbito doméstico e familiar, verifica-se que a vítima é do sexo masculino, não sendo possível, desta forma, a incidência da Lei nº 11.340/06, comumente denominada "Lei Maria da Penha", legislação especial que trata, exclusivamente, dos crimes praticados contra a mulher.

A respeito da questão, assim já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça que: ***"(…) 1. Conquanto se esteja diante de crime em tese praticado no âmbito das relações domésticas e familiares, já que o acusado é filho da vítima, o certo é que esta última é pessoa do sexo masculino, o que afasta as disposições específicas previstas na Lei 11.340/2006 - cuja incidência é restrita à violência praticada contra mulher -, notadamente a que dispensa a representação do ofendido para que possa ser iniciada a persecução penal nos delitos de lesão corporal. Precedentes."*** (RHC nº 51.481-SC, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, Dje de 29/10/2014).

No mesmo sentido: ***"(...) 1. A conduta praticada, embora tenha ocorrido no âmbito doméstico e familiar, não comporta aplicação da Lei Maria da Pena, por se tratar de violência dirigida a sujeito do sexo masculino, não alcançada pela referida legislação, que tem como escopo proteger a mulher nas relações em que ela exerce um papel de submissão, seja psicológica, física ou econômica***. (TJPR, Processo 825.704-5, Rel. Des. Macedo Pacheco, Publicação 02/03/2012).

Assim sendo, e tratando-se de crimes com penas mínimas cominadas inferiores a um ano, ao contrário do salientado na decisão hostilizada pelo *writ*, é possível a apresentação de proposta de suspensão condicional do processo, na forma do artigo 89, da Lei nº 9.099/95.

De outro lado, é cediço que o crime de lesão corporal leve é de ação pública condicionada à representação, nos termos do que dispõe o artigo 88, do mesmo diploma legal.

No caso, de acordo com os documentos existentes nos autos, verifica-se que o boletim de ocorrência foi lavrado por Conselheiros Tutelares, que tomaram conhecimento das agressões praticadas pelo paciente contra o adolescente.

O paciente é casado com a irmã da vítima, que é órfã de mãe e, na época dos fatos, não tinha a paternidade reconhecida. Em razão disso, residia com o

Acesso ao Sumário

paciente e a irmã, que se tornou sua tutora (fls. 22). Após os fatos, o adolescente passou a residir com a tia (fls. 38/39), que não apresentou representação. A irmã da vítima, nomeada judicialmente sua tutora, foi ouvida no inquérito e também não ofereceu representação (fls. 21). Do mesmo modo, o genitor biológico foi ouvido e não formulou representação. Segundo consta, naquela oportunidade, embora tivesse reconhecido a paternidade, ainda esperava a guarda do menor, que estava residindo com a tia (fls. 37).

Não há dúvida quanto a colidência de interesses entre a tutora judicialmente reconhecida e esposa do paciente, F.C.S., e o adolescente, como bem salientado no parecer ministerial, o que ensejaria a nomeação de curador especial para o ato, nos termos do artigo 33, do Código de Processo Penal, o que não foi observado.

Contudo, não se verifica, em momento algum, que qualquer das pessoas ouvidas tenha sido alertada pela autoridade policial quanto a necessidade de oferecimento de representação e do prazo legal para tal formalidade.

Desse modo, e levando-se em consideração a menoridade da vítima, que não tem legitimidade para ingressar sozinha em juízo e nem pode ser penalizada por omissão da autoridade policial que deixou de informar seus representantes legais da necessidade da formalidade, que é condição de procedibilidade da ação penal, deixa-se de decretar, por ora, a decadência do direito de representação, devendo o douto Magistrado determinar a intimação do representante legal do ofendido que, segundo noticiam os autos, já teve a paternidade reconhecida, para informar se tem interesse na instauração de ação penal a fim de se apurar a responsabilidade do paciente pelo crime de lesão corporal.

Após, caberá ao representante do Ministério Público, desde que preenchidos os requisitos legais exigidos para o benefício, oferecer a proposta de suspensão condicional do processo ao paciente, nos termos do artigo 89, da Lei nº 9.099/95.

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem para declarar a nulidade do processo, desde o recebimento da denúncia, e determinar a intimação do representante da vítima para, se assim o desejar, oferecer representação para a instauração de ação penal contra o agressor, no que diz respeito ao delito de lesões corporais, bem como para determinar que o representante Ministério Público verifique a possibilidade de oferecer proposta de suspensão condicional do processo ao ora paciente, nos termos do artigo 89, da Lei nº 9.099/95, comunicando-se, com urgência, para as providências cabíveis.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2163214-80.2016.8.26.0000, da Comarca de Fernandópolis, em que é paciente OLÍVIO SCAMATTI, Impetrantes ALBERTO ZACHARIAS TORON, LUIZA ALEXANDRINA VASCONCELOS OLIVER e MARINA HELENA DE AGUIAR GOMES.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem, com observação, porém, de que o Juízo impetrado deverá comunicar à E. Presidência do Tribunal de Justiça a prática de ato pelo MM. Juiz Vinícius Castrequini Bufulin, no dia 15/08/2008, em substituição ao MM. Juiz da 1ª Vara Criminal de Fernandópolis, no impedimento ocasional deste (nos termos do Provimento nº 36/1992, então vigente). Cientifique-se, prontamente, o douto Juízo de primeiro grau. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.573)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANÇA CARVALHO (Presidente) e CARDOSO PERPÉTUO.

São Paulo, 29 de setembro de 2016.

DE PAULA SANTOS, Relator

Ementa: HABEAS CORPUS – Insurgência contra ato do Juízo de primeiro grau, o qual não reconheceu nulidade da decisão que autorizou, no apenso 8-B da Ação Penal nº 0008772-16.2013.8.26.0189 (1ª Vara Criminal de Fernandópolis), a prorrogação da interceptação telefônica relativa ao paciente – Alegada violação do princípio do juiz natural – Não configuração – Juiz da 2ª Vara Criminal da Comarca de Fernandópolis que podia atuar como substituto do Juiz da 1ª Vara Criminal daquela Comarca, no impedimento ocasional deste, para análise de eventuais pedidos – Inteligência do disposto no art. 1º do Provimento nº 36/92, então vigente (reiterado no art. 1º do atual Provimento nº 1870/2011) – Ato jurisdicional válido, conquanto haja pendência administrativa da comunicação prevista no parágrafo 3º do citado artigo – Ausência de publicação, na data em que praticado, da designação de outro magistrado para atuar na 1ª Vara Criminal (o que só ocorreu posteriormente) – Conotação de urgência de que

Acesso ao Sumário

efetivamente se revestia o pleito de prorrogação da interceptação telefônica, à luz, inclusive, dos nortes do art. 4º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.296/96 (mas, mesmo que urgente não fosse, o magistrado que o apreciou, por oficiante na Comarca, tinha competência para substituir o Juiz ocasionalmente impedido na análise de qualquer pedido que compusesse o expediente da Vara, com ou sem urgência, à luz do Provimento nº 36/92) – *Ad argumentandum*, ausência de demonstração de prejuízo concreto decorrente da prorrogação haver sido autorizada pelo magistrado que decidiu no impedimento ocasional do titular da Vara (art. 563 do CPP) – Ordem denegada, com observação.

VOTO

Cuida-se de pedido de *habeas corpus* impetrado por ALBERTO ZACHARIAS TORON, LUÍZA ALEXANDRINA VASCONCELOS OLIVER e MARINA HELENA DE AGUIAR GOMES a favor de OLÍVIO SCAMATTI, contra ato do Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Fernandópolis, "*que não reconheceu a patente nulidade da r. decisão que autorizou, no apenso 8-B da Ação Penal nº 0008772-16.2013.8.26.0189, a prorrogação da interceptação do telefone do Paciente, em franca violação ao princípio do juiz natural*".

Sustentam os impetrantes, em síntese, que o presente feito revela patente violação às regras de competência e ao princípio do juiz natural, posto que o Juiz Titular da 2ª Vara Criminal de Fernandópolis, Dr. Vinícius Castrequini Bufulin, apesar de não possuir designação para substituir ou acumular funções na 1ª Vara Criminal da Comarca, proferiu decisão em feito de competência daquela 1ª Vara, na qual não tinha legitimidade jurisdicional para atuar. Asseveram que, durante as investigações ministeriais que deram azo à ação penal movida contra o paciente, foi requerida a quebra de seu sigilo telefônico. O procedimento cautelar, autuado sob o nº 606/2008, foi distribuído livremente à 1ª Vara Criminal de Fernandópolis. Deferida a medida cautelar, fixou-se a competência da 1ª Vara Criminal. Afirmam que, quando do pedido de prorrogação do monitoramento telefônico, os autos, ao invés de terem sido encaminhados ao Juiz da 1ª Vara Criminal de Fernandópolis, Dr. Evandro Pelarin, foram submetidos à apreciação do Juiz Titular da 2ª Vara Criminal daquela Comarca, Dr. Vinícius Bufulin. Explicam que, objetivando verificar a licitude do ato por este praticado, prorrogando a interceptação telefônica, a Defesa requereu que fosse expedida certidão, pela Supervisão de Serviço de Designação de Magistrados do Tribunal de Justiça, sobre qual era o juiz que respondia, à época,

Acesso ao Sumário

pela 1ª Vara Criminal da Comarca de Fernandópolis. Em resposta, atestou-se que "*no período de 11 a 18 de agosto de 2008 respondia pela titularidade da 1ª Vara Criminal da Comarca de Fernandópolis o Doutor Evandro Pelarin*". Foi certificado, ainda, que especificamente no dia 15 de agosto de 2008 – data da decisão que deferiu a prorrogação da interceptação telefônica – "*foi designado o Doutor Alceu Correa Junior, quando Juiz de Direito Titular da 3ª Vara Cível da Comarca de Fernandópolis, para acumular referida vara*". Aduzem que, considerando a absoluta violação da garantia do juiz natural, a Defesa peticionou perante o Juízo da 1ª Vara Criminal, requerendo o reconhecimento da nulidade da referida decisão que deferiu a prorrogação da interceptação telefônica. Naquela oportunidade o Juízo de origem sustentou a regularidade da decisão de prorrogação antes proferida, afirmando que "*o pedido não foi formulado pelo GAECO ao MM. Juiz da 2ª Vara Criminal de Fernandópolis, mas sim ao Juízo da 1ª Vara Criminal de Fernandópolis, competente para apreciar o pleito*" e explicando, ainda, que "*na época dos fatos as duas Varas Criminais de Fernandópolis dividiam o mesmo cartório. Os servidores já se reportavam ao Dr. Vinícius na ausência do Dr. Pelarin*". Advertem que o fato do MM. Juiz Vinícius Bufulin ter proferido decisão como se da 1ª Vara Criminal – fosse em que pese o argumento de que o pedido teria sido endereçado corretamente e seria praxe os cartorários "*se reportarem ao Dr. Vinícius na ausência do Dr. Pelarin*" – não justifica a indevida prolação de decisão por este, tampouco ameniza a gravíssima violação apontada. É fato inconteste que a pessoa física do Juiz Bufulin não detinha legitimidade jurisdicional para atuar perante a 1ª Vara Criminal de Fernandópolis. Observam que "*quem julga é uma pessoa física e não um órgão competente. O órgão jurisdicional é um ente abstrato que integra a organização judiciária. Assim sendo, a imparcialidade do juiz no exercício da função jurisdicional somente tem sentido quando considerada com vistas à pessoa física do juiz*". Observam que pouco importa que o pedido de prorrogação tenha sido endereçado à Vara competente, se foi decidido por magistrado que não detinha legitimidade jurisdicional para responder por tal Vara. Ressalvam, ainda, que é absolutamente irrelevante que as Varas dividissem o mesmo espaço físico para seus cartórios, assim como verificar qual o "costume" de seus serventuários. A localização geográfica ou as instalações físicas de determinado Fórum ou Vara não nulificam ou relativizam o princípio do juiz natural. Sustentam que a justificativa apresentada na r. decisão atacada é casuística e completamente desprovida de embasamento legal. Destacam que o fato de um juiz responder por uma das Varas Criminais de uma Comarca não o torna competente para apurar todas as questões criminais relativas a essa mesma Comarca, nem o investe de "maior jurisdição" do que demais magistrados atuantes em outras Varas. Pouco importa, pois, que o Dr. Vinícius Bufulin "*era o único Juiz Criminal presente no Fórum de Fernandópolis naquele dia*". O fato

Acesso ao Sumário

é que não podia exercer jurisdição nos feitos de competência da 1ª Vara Criminal de Fernandópolis. Alegam que a interceptação telefônica e a sua prorrogação não podem ser consideradas atos urgentes, já que não foram elencadas como tais pelo próprio Poder Judiciário do Estado de São Paulo ao estabelecer quais atos são passíveis de serem praticados durante o Plantão Judiciário. Sustentam que em 12 de agosto de 2008 já havia se encerrado o primeiro período de interceptação telefônica, antes do dia 15 de agosto de 2008, quando foi prorrogada. Assim, só há duas alternativas: ou o pedido de prorrogação foi formulado pelo *Parquet* antes do término do primeiro período, mas ficou dias pendente de apreciação, isto é, o juiz natural não lhe deu urgência, ou foi o próprio Ministério Público que demorou para formular o pedido de prorrogação, não lhe atribuindo também grande urgência. Argumentam que não é correto o raciocínio da autoridade coatora, no sentido de que "*naquele dia – 15.08.08 – não havia nenhum Juiz designado para atuar em substituição ao Dr. Pelarin, o que reforça a competência do juiz que proferiu o despacho*", o que foi afirmado na r. decisão ora atacada porque, não obstante tenha sido publicada no Diário Oficial a designação do magistrado da 3ª Vara Cível de Fernandópolis, Dr. Alceu Correa Junior, para acumular as funções da 1ª Vara Criminal daquela Comarca, tal publicação ocorreu somente no dia 18.08.08. Entendem, como dito, que tal raciocínio não é correto porque, independentemente da discussão quanto à validade (ou não) da designação *a posteriori* do em. magistrado Alceu Correa Junior, é inconteste que o Juiz Vinícius Bufulin jamais possuiu atribuição para atuar na 1ª Vara Criminal de Fernandópolis. Concluem que, se partirmos do pressuposto de ser válida a designação do Dr. Alceu Correa Junior para atuar, no dia 15 de agosto de 2008, naquela 1ª Vara Criminal de Fernandópolis, a única conclusão possível é que, em tal data, somente ele ou o titular de referida Vara – Dr. Evandro Pelarin – poderiam praticar atos de competência da 1ª Vara Criminal. Assim, a atuação do Dr. Vinícius Bufulin, que determinou "*a prorrogação das interceptações telefônicas e telemáticas*", violou a garantia do juiz natural, pois, segundo os atos normativos internos, usurpou a competência do Dr. Evandro Pelarin, ou do Dr. Alceu Correa Junior. Por outro lado, se, na linha do que sustenta a d. autoridade coatora, entender-se que, no dia 15.08.08 "*não havia nenhum juiz designado para atuar em substituição ao Dr. Pelarin*", pois "*a designação do Dr. Alceu Correa Júnior para acumular a 1ª Vara Criminal de Fernandópolis foi publicada somente no dia 18/08/2008*", a única conclusão possível é no sentido de que "*apenas o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal, na qual somente poderia atuar o Dr. Evandro Pelarin, tinha legitimidade para decretar a prorrogação da interceptação telefônica*". Afirmam que, conforme exposto pelo Professor Gustavo Badaró, que ofereceu parecer sobre o presente caso, "*é necessário que existam critérios legais, prévios e objetivos, para os casos em que haja necessidade de substituição do magistrado atuante, em casos de*

Acesso ao Sumário

ausência, afastamento temporário, suspeição etc". No caso concreto, o ato de designação do Dr. Alceu Correa Junior foi desprovido de critérios objetivos, além de ter sido retroativo, "*somente sendo publicado no Diário da Justiça Eletrônico – Caderno Administrativo, disponibilizado no dia 18 de agosto de 2008 (segunda-feira)*". Ressaltam, ainda, que o parecer é claro ao afirmar que "*não é aceitável uma designação retroativa, em relação à data de publicidade do ato. Como as partes, e os jurisdicionados em geral, poderiam saber que aquele juiz, fisicamente considerado, poderia exercer a jurisdição em um específico ofício judicial, se isto não constara de publicação oficial? Impossível sabê-lo. Justamente para evitar escolhas discricionárias* ex posto factum – *que integra o núcleo duro da garantia do juiz natural – é que não se pode admitir tal situação que geraria absoluta incerteza*". Consideram que a r. decisão de prorrogação exarada pelo magistrado Vinícius Bufulin violou a garantia do juiz natural, sendo absolutamente nula. E, sendo nula, os frutos colhidos por meio da referida prorrogação também estão eivados de nulidade absoluta, nos termos do artigo 157 do Código de Processo Penal. Asseveram que o E. STF já se manifestou no sentido de que a prova resultante de interceptação telefônica determinada por autoridade incompetente deve ser expungida dos autos.

Requereram "*a concessão de medida liminar para sobrestar o andamento da ação penal, especialmente da audiência designada para o dia 22 de agosto p.f., até o julgamento do mérito do presente writ".* Em caráter subsidiário, postularam que fosse *"determinado à d. autoridade coatora que não formule questionamentos às testemunhas e aos réus acerca das provas colhidas a partir da r. decisão nula",* ou que fosse *"determinado ao MM. Juiz da 1ª Vara de Fernandópolis que se abstenha de proferir sentença até o julgamento final do presente writ". "No mérito",* o pedido é o de *"concessão da ordem de habeas corpus para anular a r. Decisão que autorizou a prorrogação da interceptação telefônica do Paciente, reconhecendo-se a ilicitude das provas obtidas a partir dela*".

Negada a medida liminar pelo E. Des. França Carvalho (fls. 1.226/1.227), foram requisitadas informações da autoridade apontada como coatora, que as prestou (fls. 1.231/1.234).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 1.236/1.239).

É o relatório.

Ab initio, anoto, apenas para constar (pois não se trata de questão aventada na inicial desta impetração), que a competência da Justiça Estadual para processar e julgar o processo-crime nº 0008772-16.2013.8.26.0189, que tramita na 1ª Vara Criminal de Fernandópolis, bem como feitos dele derivados, veio a ser afirmada em Superior Instância, pelo C. STJ, no julgamento do Habeas Corpus

Acesso ao Sumário

nº 306.984/SP (2014/0267800-5), relatado pela E. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, de modo que aqui já não cabe discussão a respeito.

Cumpre passar ao exame do alegado.

Buscam os impetrantes, por meio do presente *writ*, ao contrário do decidido pela autoridade ora impetrada, que o ato praticado no dia 15/08/2008, consistente na prorrogação da interceptação telefônica relativa ao paciente, seja declarado nulo, pois consideram se cuidar de decisão proferida por juiz incompetente, em afronta ao princípio do juiz natural.

Para alicerçar sua argumentação, trouxeram aos autos alentado parecer proferido pelo douto Prof. Gustavo Henrique Badaró (fls. 21/60).

O Juízo *a quo*, apontado como autoridade coatora, apresentou as seguintes informações sobre o andamento do feito de origem e, especificamente, acerca da questão discutida neste *writ:*

> *"Este Juízo realizou audiência para oitiva das testemunhas de acusação em 25/01/2016, as testemunhas de defesa em 04/04/2016 e designou audiência de interrogatório para os dias 22 e 23/08/2016.*
>
> *"A douta Defesa dos réus Humberto Tonnani Neto e Ilso Donizete Dominical alegou que os defensores anteriores renunciaram à procuração e não foi intimada da decisão que designou a audiência de instrução para a oitiva das testemunhas arroladas pelo Ministério Público e pediu a declaração de nulidade absoluta do ato (fls. 60.838/60.841).*
>
> *"Este Juízo acolheu o pedido da Defesa para determinar a reinquirição das testemunhas de acusação e ressaltou que no ato seria dada a oportunidade de realização de perguntas pelo membro do Ministério Público e Defensores que estiverem presentes ao ato, como forma de prestigiar os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.*
>
> *"Foi designada audiência de instrução para 04/08/2016, às 13h30min, oportunidade em que seriam inquiridas apenas as testemunhas de acusação residentes na Comarca de Fernandópolis e que foram ouvidas no ato anterior. Após decisão liminar proferida pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a oitiva foi redesignada para 22/8/2016, às 13 hs.*
>
> *"A douta Defesa dos réus Olívio Scamatti e Maria Augusta Seller Scamatti pediu o reconhecimento da nulidade da decisão de fls. 53 do apenso 8- B, sob a alegação de que no dia 15 de agosto de 2008 respondia pela Vara o Dr. Alceu Correa Júnior e a prorrogação do monitoramento telefônico foi autorizada pelo Dr. Vinícius Castrequini Bufulin, juiz incompetente.*
>
> *"A ordem de interceptação telefônica foi deferida pelo então Juiz Titular desta 1ª Vara Judicial, Dr. Evandro Pelarin. Realmente o Dr. Vinícius Castrequini Bufulin autorizou uma prorrogação da escuta telefônica no*

Acesso ao Sumário

dia 15/08/2008 (fls. 59.992). No entanto, o pedido não foi formulado pelo GAECO ao MM. Juiz da 2ª Vara Criminal de Fernandópolis, mas sim ao Juízo da 1ª vara Criminal de Fernandópolis, competente para apreciar o pleito.

"Na época dos fatos as duas Varas Criminais de Fernandópolis dividiam o mesmo cartório. Os servidores já se reportavam ao Dr. Vinícius na ausência do Dr. Pelarin. O Dr. Bufulin despachou em razão da ausência do Juiz titular, por se tratar de uma medida cautelar urgente e porque ele era o único Juiz Criminal presente no Fórum de Fernandópolis naquele dia. Vale destacar que naquele dia não havia nenhum Juiz designado para atuar em substituição ao Dr. Pelarin, o que reforça a competência do juiz que proferiu o despacho.

"Isso porque a designação do Dr. Alceu Correa Júnior para acumular a 1ª Vara Criminal de Fernandópolis foi publicada somente no dia 18/08/2008, conforme certidão de fls. 59.994. Ou seja, foi indicado depois que o Dr. Vinícius já havia atuado nesse feito. Em razão destes argumentos este Juízo negou o pedido de reconhecimento da nulidade das interceptações.

"A audiência do dia 22/08/2016 foi redesignada, haja vista que uma das testemunhas que seriam inquiridas nesta data apresentou atestado médico, o Dr. Gustavo Baptista Siqueira insistiu na sua oitiva e houve falha na intimação do outro Advogado para o ato, haja vista que em abril de 2014 houve a renúncia à procuração e a informação de novo Advogado nos autos. O ato foi redesignado para os dias 3 e 4 de novembro de 2016".

A decisão ora atacada, por meio da qual o Juízo *a quo* indeferiu o pedido de reconhecimento da nulidade alegada, foi proferida nos seguintes termos, conforme cópia juntada aos autos:

"1. A douta Defesa dos réus Olívio Scamatti e Maria Augusta Seller Scamatti pediu o reconhecimento da nulidade da decisão de fls. 53 do apenso 8- B, sob a alegação de que no dia 15 de agosto de 2008 quem respondia pela Vara era o Dr. Alceu Correa Júnior e a prorrogação do monitoramento telefônico foi autorizada pelo Dr. Vinícus Castrequini Bufulin, juiz incompetente.

"A interceptação telefônica é a captação da conversa alheia, que ocorre no momento real e imediato da comunicação, por intermédio de gravações ou escutas e só pode ser autorizada por ordem judicial emanada por magistrado com competência criminal, visto que é medida destinada á investigação criminal ou instrução processual penal.

"A Lei nº 9.296/96 regulou a quebra do sigilo das comunicações telefônicas prevista no art. 5º, XII, da Constituição Federal, autorizando a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, por ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça.

Acesso ao Sumário

"É certo que a ordem de interceptação telefônica foi deferida pelo então Juiz Titular desta 1ª Vara Judicial, Dr. Evandro Pelarin. Realmente o Dr. Vinícius Castrequini Bufulin autorizou uma prorrogação da escuta telefônica no dia 15/08/2008 (fl. 59.992). No entanto, o pedido não foi formulado pelo GAECO ao MM. Juiz da 2ª Vara Criminal de Fernandópolis, mas sim ao Juízo da 1ª Vara Criminal de Fernandópolis, competente para apreciar o pleito.

"Acrescente-se que na época dos fatos as duas Varas Criminais de Fernandópolis dividiam o mesmo cartório. Os servidores já se reportavam ao Dr. Vinícius na ausência do Dr. Pelarin. O Dr. Bufulin despachou em razão da ausência do Juiz titular, por se tratar de uma medida cautelar urgente e porque ele era o único Juiz Criminal presente no Fórum de Fernandópolis naquele dia. Vale destacar que naquele dia não havia nenhum Juiz designado para atuar em substituição ao Dr. Pelarin, o que reforça a competência do juiz que proferiu o despacho.

"Isso porque a designação do Dr. Alveu Correa Júnior para acumular a 1ª Vara Criminal de Fernandópolis foi publicada somente no dia 18/08/2008, conforme certidão de fl. 59.994. Ou seja, foi indicado depois que o Dr. Vinícius já havia atuado nesse feito.

"Diante destes argumentos, não considero que essa circunstância seja apta a macular a prova e o processo. Rejeito a alegação de nulidade.

"2. A douta Defesa dos réus Edson Scamatti e outros alegou que: em razão da 'Operação Fratelli' respondem a sete ações perante a 1ª Vara Federal de Jales, nas quais foram aduzidas acusações idênticas e simultâneas de formação de quadrilha; as exceções de incompetência foram rejeitadas pelo Juiz Federal; a presente denúncia também contempla a formação de quadrilha entre o período de 2007 a 09 de abril de 2013; foi rejeitada a exceção de litispendência. Pediu o envio dos autos ao STJ para dirimir o conflito positivo de jurisdição.

"O E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já decidiu que este Juízo é competente para processar e julgar esta ação penal. Concordo com o entendimento proferido em decisão anterior, no sentido que compete à Defesa arguir a litispendência perante a Justiça Federal.

"Na eventualidade de a parte ser condenada por dois crimes de quadrilha nada impede que pleiteie ao Juízo da Execução Penal a unificação das penas pelo reconhecimento da continuidade delitiva, na forma do art. 111 da LEP, inclusive que seja considerada a questão da litispendência, na hipótese de ambos aos Juízos terem reconhecido que os períodos em que se mantiveram ativas as supostas quadrilhas foram exatamente os mesmos.

"Acrescente-se que este processo está na fase final de sua instrução probatória, com audiência de interrogatório já designada, de modo que suscitar o conflito neste momento processual apenas procrastinaria o andamento do feito. Portanto, rejeito o pedido da Defesa.

Acesso ao Sumário

"3. Fls. 60.163/60.164: Já foi oficiado o Município de Planalto solicitando o envio das assinaturas nas cartas convite nº 14/2009 e 16/2009. Assim, expeça-se ofício à Prefeitura de Planalto, solicitando que encaminhe cópia da proposta apresentada pela empresa Ultrapav e assinaturas do réu Carlos Gilberto Zanata nos convites nº 18/2008 e 23/2008. Prazo: 5 dias.

"4. Intimem-se as Defesas dos réus Ciro Spadacio e Carlos Gilberto Zanata acerca da resposta do ofício pelo Município de Severínia (fs. 60.075/60.079), Macaubal (fls. 60.109/60.116), Planalto (fls. 60.118/60.130) e Auriflama (60.177), para indicar quais folhas pretende fazer a perícia e quais são as cartas convites ainda pendentes de prova pericial, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de preclusão.

"5. Anote-se a renúncia dos Patronos as fls. 60.117 e 60.162 no sistema informatizado SAJ.

"6. Anote-se o endereço do réu Antônio Américo Tamarozzi (fl. 60.167). Expeça-se o necessário para a intimação dele para comparecer na audiência de interrogatório.

"7. Diante da não localização da testemunha Monica Moura Neves defiro sua substituição pela testemunha João Zaqueu da Silva, cujo endereço foi declinado a fl. 60.289. Expeça-se carta precatória com urgência, pedindo cumprimento no prazo máximo de 60 dias.

"8. Diante da anuência do GAECO defiro o pedido (fls. 60.229/60.230) de registro do contrato perante o Cartório de Registro de Títulos e Documentos da Comarca de Votuporanga. Expeça-se ofício comunicando ao referido Cartório acerca desta autorização.

"9. Certifique-se se foi cumprido todo o despacho proferido na audiência.

"10. Intimem-se. Ciência ao GAECO" (fls. 966/967).

Deveras, como bem observou a douta Procuradoria Geral de Justiça, "*não se pode vislumbrar* – in casu – *a indigitada nulidade, eis que, diante das circunstâncias do caso concreto, o ato foi proferido por juiz perfeitamente competente para tal*" (fls. 1.237).

Isso porque, apesar dos argumentos alinhavados na bem redigida petição inicial e no detalhado parecer jurídico trazido aos autos, mostrava-se plenamente viável que, no impedimento ocasional do MM. Juiz da 1ª Vara Criminal de Fernandópolis, Dr. Evandro Pelarin, que estava ausente, outro magistrado da Comarca (que, no caso, foi o Dr. Vinícius Castrequini Bufulin, MM. Juiz da 2ª Vara Criminal) deliberasse a respeito do pedido de prorrogação de interceptação telefônica apresentado pelo Ministério Público, o qual, inclusive, se revestia, sim, de conotação de urgência (em que pese a argumentação em contrário), conforme adiante se exporá.

Essa viabilidade, legitimando a atuação do MM. Juiz Vinícius

Acesso ao Sumário

Castrequini Bufulin, decorria da norma de regência vigente à época, destinada, especificamente, a regular a situação descrita, que era o art. 1º, *caput*, do Provimento nº 36/1992 da E. Presidência do Tribunal de Justiça, no sentido de que *qualquer* outro magistrado da Comarca de Fernandópolis poderia oficiar em substituição, independentemente de designação prévia:

> *"Artigo 1º - No impedimento ocasional de juiz de Comarca ou Foro Distrital com mais de uma Vara, a substituição recairá em outro da mesma Comarca ou do mesmo Foro Distrital.*
>
> *"§ 1º - [...].*
>
> *"§ 2º - [...].*
>
> *"§ 3º - Em qualquer das hipóteses deste artigo deverá ser providenciada a imediata comunicação a esta Presidência para regularizar a situação do substituto".*

O aludido Provimento nº 36/1992 (que vigia à época dos fatos e era o então aplicável) veio a ser substituído pelo atual Provimento nº 1.870/2011 da E. Presidência do Tribunal de Justiça, em cujo art. 1º, todavia, foi mantida exatamente a mesma redação quanto ao que se encontra acima transcrito.

Pertinente, em tal contexto, o escólio de Guilherme de Souza Nucci acerca da hipótese focalizada: "*impedimento ocasional: a substituição pode dar-se em* ***qualquer dos juízes da mesma Comarca*** *ou do mesmo Foro. De qualquer modo, comunica-se à Presidência para que a designação do substituto fique regularizada*" (Código de Processo Penal Comentado, 12ª ed., RT, São Paulo, 2013, pág. 298). Grifei.

Percebe-se, pois, que, visando assegurar a continuidade e presteza do serviço jurisdicional, o texto normativo correspondente, ao disciplinar a matéria, estabeleceu que, mostrando-se necessária a prática de ato ou a prolação de decisão na situação em tela (impedimento ocasional de magistrado), ***qualquer*** outro Juiz da Comarca em questão poderia – como pode – imediatamente atuar, a título de substituição, ficando para momento logicamente posterior a comunicação administrativa do ocorrido.

Não poderia ser diferente, pois, do contrário, surgindo pedido que demandasse pronta apreciação, esta ficaria obstada – com perspectiva de prejuízo, máxime em Comarcas do Interior do Estado – até que se conseguisse, após os trâmites administrativos, a designação formal de um magistrado para analisá-lo. E o próprio expediente da Vara em questão ficaria paralisado.

Não se alegue que esta sistemática carecia de publicidade, pois o referido Provimento nº 36/1992 foi devidamente publicado no DJE de 04/01/1993, pág. 01, sendo de aplicação diuturna.

Por outro lado, embora legítima (como acima demonstrado) a atuação do MM. Juiz Vinícius Castrequini Bufulin ao analisar aquele pedido de natureza

Acesso ao Sumário

cautelar que reclamava apreciação (pleito de prorrogação de escuta telefônica), não conta ter havido a posterior comunicação prevista no parágrafo 3º do artigo citado. Mas, evidentemente, isto não prejudica o ato *jurisdicional* praticado (decisão que deferiu tal postulação), configurando pendência *administrativa* a ser resolvida. Deveras, como sabido, as esferas *jurisdicional* e *administrativa* não se confundem. E não se poderia entender de forma diversa, pois, do contrário, restaria frustrado o escopo de agilidade que se buscou imprimir na aludida norma de regência, a fim de não se prejudicar a imediatidade da prestação jurisdicional. Ou seja, garantida a prontidão na prestação jurisdicional, a anotação administrativa da atuação do magistrado em substituição se faz em momento subsequente.

Note-se que, no dia 15/08/2008, data em que o MM. Juiz Vinícius Castrequini Bufulin (no impedimento ocasional do MM. Juiz da 1ª Vara Criminal, Dr. Evandro Pelarin) prolatou a decisão deferindo o pedido de prorrogação da interceptação telefônica, ainda não havia sido publicada a designação do MM. Juiz da 3ª Vara Cível daquela Comarca de Fernandópolis, Dr. Alceu Corrêa Júnior, para acumular a 1ª Vara Criminal local. Deveras, tal publicação, ainda que com efeito retroativo, se deu somente, em 18/08/2008, como atestado na certidão juntada pelos doutos impetrantes (fls. 957).

Dessume-se, assim, que o douto Juiz Alceu Corrêa Júnior, da 3ª Vara Cível, também haja praticado ato em 15/08/2008, no impedimento ocasional do Juiz da 1ª Vara Criminal, sendo que só teve sua designação publicada *a posteriori*, aos 18/08/2008.

Cumpre salientar, outrossim, que é perfeitamente possível, como se observa com frequência, que, no impedimento ocasional do Juiz de determinada Vara, mais de um magistrado pratique, em substituição, atos que a este competiam, tudo no intuito de que a prestação jurisdicional não fique comprometida. Observe-se que isto não representa prejuízo algum, pois, bem ao contrário, assegura, com maior eficiência, a continuidade do serviço. Logo, nada obstava a prática de atos, em substituição, tanto pelo Dr. Vinícius Castrequini Bufulin, quanto pelo Dr. Alceu Corrêa Júnior. Aliás, como se sabe, é muito comum haver mais de um juiz atuando na mesma Vara, inclusive em caráter permanente.

Acesso ao Sumário

Aliás, quanto a essa última situação, menciona-se, *en passant*, a título meramente ilustrativo, o que dispunha o Provimento nº 1.114/2006, do Conselho Superior da Magistratura:

> *"Art. 1º - [...]*
>
> *"§ 4º - Na ausência ocasional do juiz titular ou do auxiliar de entrância final, um será substituto automático do outro para fim de apreciação de casos urgentes".*

Em que pese referido provimento ter sido revogado pelo Provimento

CSM nº 2.346/2016, a disciplina continua essencialmente a mesma, conforme se verifica *in verbis*:

> *"Art. 2º - [...]*
>
> *"§ 4º - Na ausência ocasional do juiz titular I, do juiz titular II e dos juízes auxiliares que atuam na unidade, uns serão sucessivamente substitutos automáticos dos outros, para fins de apreciação de casos urgentes".*

Mas, no caso concreto ora focalizado, cumpre ressaltar que a atuação do magistrado que oficiou em substituição (deferindo a prorrogação da escuta telefônica) se deu, como dito, com respaldo no então vigente Provimento nº 36/1992 da E. Presidência do Tribunal de Justiça (hoje substituído pelo Provimento nº 1.870/2011 da E. Presidência do Tribunal de Justiça, o qual, quanto ao tema, dispõe no mesmo sentido), dada a previsão de que, o impedimento ocasional do Juiz de uma Vara, a substituição poderia ser exercida por qualquer outro magistrado da Comarca.

Ademais, está claro que a medida pleiteada tinha, mesmo, no caso concreto, conotação de urgência. Tratava-se de interceptação telefônica já iniciada e, assim, era necessário que se deliberasse prontamente sobre o pedido de prorrogação, para que não houvesse quebra de continuidade nas escutas, ou seja, para que tais escutas não fossem interrompidas, o que poderia prejudicar irremediavelmente a colheita da prova.

O acerto desse raciocínio se confirma em face do afirmado na própria petição inicial deste *writ: "De fato, não fosse pela r. decisão – nula – autorizando a primeira prorrogação da interceptação, não haveria indícios, consistentes nos áudios obtidos, aptos a ensejar novos pedidos de prorrogação*". Ressalve-se, apenas, que o entendimento aqui adotado é o de que nulidade não houve.

Com efeito, em se tratando de pedido de prorrogação de interceptação telefônica já em curso, que fora deferida na qualidade de medida cautelar, a urgência do pleito era a ele inerente, decorrendo da própria lógica da medida em tela.

Aliás, a conotação de urgência de que se revestem os pedidos concernentes a interceptação telefônica foi vislumbrada pelo próprio legislador, ao regulamentar a matéria. É o que se extrai dos parágrafos 1º e 2º do art. 4º da Lei nº 9.296/96:

> *"§ 1º. Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo.*
>
> *"§ 2º. O juiz, no prazo máximo de vinte e quatro horas, decidirá sobre o pedido".*

Bem se vê que o caráter urgente reconhecido na legislação fez com que, inclusive, se previsse a excepcional possibilidade de se dispensar forma escrita,

Acesso ao Sumário

admitindo-se a formulação verbal do pleito, para posterior redução a termo. Tudo com patente intuito de agilização.

Foi, outrossim, no mesmo diapasão, estabelecido prazo particularmente reduzido para a prolação de decisão a respeito, valendo trazer à colação, mais uma vez, o comentário de Guilherme de Souza Nucci, que salienta a feição de urgência: "*Prazo especial para a decisão judicial: estipula o art. 800, II, do Código de Processo Penal, ter o magistrado o prazo de cinco dias para proferir decisão interlocutória simples, justamente o caráter da autorização para a interceptação telefônica. Entretanto, a lei especial estabelece prazo mais exíguo – 24 horas – para que a decisão seja tomada, o que demonstra ser a prova, como de regra,* ***urgente***" (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, vol. 1, 7ª ed., RT, São Paulo, 2013, pág. 440). Grifei.

Não é demais consignar, *ad argumentandum*, que eventual demora na formulação do pedido ou na sua apreciação pelo magistrado em nada compromete o caráter urgente de que ele se reveste. A demora terá sido do Ministério Público ou do Juízo, enquanto a urgência é da essência do próprio pedido.

Em que pese na petição inicial e no r. parecer jurídico anexado se sustente que o fato de pleitos concernentes a interceptações telefônicas não terem sido incluídos na competência do Plantão Judiciário revelaria que o Tribunal de Justiça não considera urgentes tais postulações, cumpre observar que, na verdade, este Tribunal, nas Normas de Serviço de sua Corregedoria Geral, não negou a conotação de urgência ínsita às citadas medidas (que, como visto, emana da própria lei), mas apenas delimitou o âmbito de abrangência do Plantão Judiciário, o que se fazia necessário.

E tanto é assim, que a E. Corregedoria Geral da Justiça, em face de consulta de magistrados, emitiu a seguinte orientação acerca de medidas de urgência postuladas após o encerramento do expediente forense, já não havendo mais magistrados no Fórum: "*encerrado o horário do expediente forense, e sendo porventura apresentados pela autoridade policial* ***pedidos considerados urgentes****, tais como, de busca e apreensão, de prisão temporária,* ***interceptação telefônica****, e prisão preventiva, havendo ou não inquérito policial instaurado, ou mesmo a comunicação de prisão em flagrante, caberá ao Meritíssimo Juiz Corregedor da Polícia Judiciária local apreciá-los*" (Proc. nº 2593/2001, DJE de 14/11/2001, p. 06). Grifei.

Portanto, em face de todos os aspectos supra analisados, é perfeitamente possível entender que havia urgência na análise do indigitado pedido de prorrogação da interceptação telefônica, o que realça a necessidade de sua justificada apreciação, em 15/08/2008, pelo Dr. Vinícius Castrequini Bufulin, Juiz da 2ª Vara Criminal de Fernandópolis, no impedimento ocasional do MM. Juiz da 1ª Vara Criminal da mesma Comarca, Dr. Evandro Pelarin.

Acesso ao Sumário

Não é demais observar, contudo, a título de mera argumentação, que, ainda que hipoteticamente não houvesse a aventada feição de urgência (e já se viu que, na verdade, havia), o MM. Juiz Vinícius Castrequini Bufulin, à luz dos termos do invocado Provimento nº 36/92, como magistrado oficiante na Comarca, tinha competência para substituir o Juiz da 1ª Vara Criminal, no impedimento ocasional deste, para atuar em qualquer feito ou requerimento que compusesse o expediente da Vara, quer fosse urgente, quer não. *Ipso facto*, mesmo que (sempre hipoteticamente) urgência não houvesse, nem por isto o ato praticado padeceria de qualquer nulidade.

Vale observar, outrossim, que a aludida decisão de 15/08/2008, pela qual deferido o pedido de prorrogação da interceptação telefônica, foi prolatada ainda **em fase de investigação criminal**, mesmo porque, mediante consulta ao extrato de andamento processual pelo Sistema Informatizado deste Tribunal de Justiça, dessume-se que a denúncia que deu origem ao processo-crime nº 0008772-16.2013.8.26.0189, da 1ª Vara Criminal de Fernandópolis, só veio a ser oferecida anos depois, em 2013.

Assim, cumpre observar, inclusive, a sã orientação do **C. Supremo Tribunal Federal** acerca da necessária flexibilidade e prudência na análise da competência para determinar interceptação telefônica, a fim de se evitar interpretação draconiana que frustre a finalidade da providência, máxime quando se tratar de **medida preparatória, ainda no curso de investigação criminal, como ocorre no presente caso concreto**. E tal orientação emana de julgado da relatoria da atual Presidente daquele Pretório Excelso, E. Ministra Cármen Lúcia, de cuja fundamentação consta a seguinte assertiva acerca da determinação de interceptação telefônica: "***Cuidando-se, contudo, de medida preparatória, postulada no curso da investigação criminal, a competência é de ser entendida e aplicada com temperamentos, levando-se em conta primordialmente a finalidade da norma***" (RHC n. 108.496/RJ, j. em 18/02/2014). E do respectivo relatório consta o excerto que segue: "***é válido o deferimento de autorização para interceptação telefônica por Juízo diverso daquele que veio a julgar a ação penal, quando concedida ainda no curso das investigações criminais***".

Na mesma linha, *verbi gratia*, o afirmado em julgado anterior, igualmente do **C. Supremo Tribunal Federal**, este relatado pelo E. Ministro Sepúlveda Pertence (Emb. Decl. no HC nº 81.260-1/ES, j. em 22/05/2002): "*Quando, no entanto, a interceptação telefônica constituir medida cautelar preventiva, ainda no curso das investigações criminais, a mesma norma de competência há de ser entendida e aplicada com temperamentos, para não resultar em absurdos patentes*".

Nesse sentido também tem se posicionado reiteradamente o C. Superior Tribunal de Justiça:

Acesso ao Sumário

"PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. **INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA**. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. NÃO OCORRÊNCIA. LEGALIDADE DOS FONOGRAMAS E DAS **PRORROGAÇÕES.** TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL E AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NÃO EVIDÊNCIA.

"1. O art. 1º da Lei n. 9.296/96 estabelece que 'a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça'.

"2. **'Cuidando-se, contudo, de medida preparatória, postulada no curso da investigação criminal, a competência é de ser entendida e aplicada com temperamentos, levando-se em conta primordialmente a finalidade da norma'** (RHC n. 108.496/RJ, julgado em 18/02/2014, Relatora Ministra Cármem Lúcia, STF).

"3. O magistrado federal não era um dos investigados nas interceptações, fato, inclusive, reconhecido pela própria defesa do paciente, na petição inicial do writ.

"4. **Não procede a alegação de ilegalidade das interceptações telefônicas, que foram realizadas de acordo com os ditames estabelecidos pela Lei n. 9.296/1996, pois concretizadas e prorrogadas com a prévia autorização do MM. Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Linhares/ES, no âmbito da denominada 'Operação Garoupa**'.

"5. Segundo o entendimento desta Corte, o trancamento da ação penal, no âmbito do habeas corpus, somente é possível quando se constatar, *primo ictu oculi*, a atipicidade da conduta, a inexistência de indícios de autoria, a extinção da punibilidade ou quando for manifesta a inépcia da exordial acusatória.

"6. No caso vertente, nenhuma dessas hipóteses se evidencia de pronto. Observa-se que a denúncia ofertada pelo Parquet narra os fatos imputados ao acusado de maneira apta a viabilizar o exercício de direito de defesa e descreve, em tese, as condutas típicas. A peça acusatória contém a exposição do fato descrito como criminoso, com todas as circunstâncias que o envolvem, a qualificação do acusado e o rol de testemunhas, permitindo ao réu a exata compreensão da amplitude da acusação, garantindo-lhe, assim, a possibilidade de exercer o contraditório e a ampla defesa, não ocorrendo a inépcia da denúncia.

"7. Habeas corpus denegado" (HC 201.645/ES, Rel. E. Ministro Gurgel de Faria, j. em 18/08/2015, DJe 01/09/2015). Grifei.

Acesso ao Sumário

De igual forma, ainda no âmbito do C. Superior Tribunal de Justiça, eis o consignado na fundamentação de julgado da relatoria do E. Ministro Nefi Cordeiro: "*a jurisprudência não vem admitindo nulidades no deferimento da escuta por juiz da mesma jurisdição, mas diverso daquele competente para a*

ação penal. [...] Cuidando-se, contudo, de medida preparatória, postulada no curso da investigação criminal, a competência é de ser entendida e aplicada com temperamentos, levando-se em conta primordialmente a finalidade da norma" (RHC 49.830/ES, j. em 04/11/2014).

Da ementa de outro julgado da mesma Alta Corte se extrai, nesse ritmo, o que segue: "*Não é ilícita a interceptação telefônica autorizada por juízo diverso do competente para a ação principal, quando deferida como medida cautelar, realizada no curso da investigação criminal*" (RHC 20.026/SP 2006/0179971-1, Rel. E. Ministro Félix Fischer).

E, ainda na esfera do C. STJ (RHC 15491/MG – 2003/0235700-7, Rel. E. Ministro José Arnaldo da Fonseca, j. 13/09/2005):

> "RECURSO EM HABEAS CORPUS. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. RECEPTAÇÃO QUALIFICADA E ADULTERAÇÃO DE CHASSIS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PROVA ILÍCITA. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO.
>
> "Não se infirmando, de pronto, a ilegalidade das interceptações telefônicas, não se vislumbra qualquer equívoco da ação penal, tampouco se pode assumir que lhe falta justa causa para o seu regular início.
>
> "**A incompetência do Juízo que determinou a interceptação, por si só, não macula o procedimento, pois os atos praticados antecedem o contraditório e são tidos, naturalmente, na linha da atividade administrativa, portanto, não sujeitos ao rigor processual**, sem esquecer-se de que os fatos desenrolados em várias localidades as tornam aptas, de início, à persecução apuratória. Recurso desprovido". Grifei.

Consigne-se, entretanto, que a citação da jurisprudência acima exposta é trazida meramente *ad argumetandum tantum*, porquanto já demonstrado que, sob a égide do Provimento nº 36/92 da E. Presidência do Tribunal de Justiça, o MM. Juiz Vinícius Castrequini Bufulin, na qualidade de magistrado oficiante naquela Comarca, desfrutava de plena competência para substituir o MM. Juiz da 1ª Vara Criminal de Fernandópolis (Dr. Evandro Pelarin), no impedimento ocasional deste. Destarte, era competente para a prática do ato em questão (decisão de dilação da escuta telefônica).

Por outro prisma, mais uma vez *ad argumentandum*, convém observar que a ausência de demonstração da concreta existência de prejuízo efetivo impede que se reconheça a nulidade de qualquer ato (art. 563 do CPP). E, no caso concreto, tal prejuízo não está evidenciado, pois qualquer que fosse o magistrado que determinasse a prorrogação da interceptação telefônica, o resultado seria o mesmo.

Nesse rumo, confira-se, *mutatis mutandis*, o decidido pelo C. Superior Tribunal de Justiça em situação análoga: "*Não obstante o princípio da identidade*

Acesso ao Sumário

física do Juiz, expresso no artigo 399, § 2º, do Estatuto Processual Penal (com as alterações trazidas pela Lei nº 11.719/08), determinar que o magistrado que concluir a instrução em audiência deverá sentenciar o feito, tem-se que tal princípio não é absoluto. Na espécie, não tendo sido demonstrada a ocorrência de prejuízo concreto à defesa em razão da prolação da sentença por juiz substituto, distinto do magistrado que presidiu a instrução, não há falar em nulidade" (REsp 1598820/RO, Rel. E. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. em 30/06/2016).

E tanto não foi vislumbrado prejuízo manifesto no presente caso, nem mesmo pela douta Defesa, que só agora, passados cerca de oito anos da decisão prolatada pelo Juiz Vinícius Castrequini Bufulin (deferindo a prorrogação da escuta), é que se questiona a validade de seu ato.

Deveras, deve-se ressaltar que, inclusive em face das ponderações expendidas mais acima, não há qualquer demonstração, nos autos, de concreto prejuízo.

No processo penal vigora o princípio *pas de nullité sans grief*, previsto no artigo 563 do Código de Processo Penal: "*Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa*".

Frise-se que, no âmbito processual penal, tal norte vale no que tange a toda e qualquer alegação de nulidade, sem nenhuma distinção de "grau" ou "intensidade", seja relativa, seja absoluta.

Nesse rumo o pacífico entendimento do C. Supremo Tribunal Federal:

> *"A demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, visto que conforme já decidiu a Corte, 'o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades – pas de nullité sans grief – compreende as nulidades absolutas' (HC 81.510, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, DJ de 12/4/2002)"* (*Habeas Corpus* nº 99.053, Rel. E. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, j. 21/09/2010, pub. 29/11/2010).

No mesmo sentido, v. g., julgado daquele Pretório relatado pela E. Min. Ellen Gracie (RHC 105.243, j. 14/09/2010, pub. 01/10/2010).

Acesso ao Sumário

Também neste Tribunal de Justiça a matéria já foi muitas vezes enfrentada, cumprindo trazer à colação trecho do recente Acórdão prolatado na Apelação nº 9000002-72.2007.8.26.0355, da Comarca de Miracatu (Rel. Des. Silmar Fernandes, j. 13/06/2013, v.u.): "*De se ressaltar, prima facie, que o moderno processo penal consolida a regra matriz pas de nullité sans grief, exigindo, pois, que o ato processual a ser declarado nulo tenha causado, efetivamente, prejuízo às partes e, de algum modo, tenha influenciado negativamente na apuração da verdade substancial*" (grifado no original).

Na mesma linha o decidido na Ap. nº 0015795-69.2009.8.26.0248

Indaiatuba (Rel. Des. Zorzi Rocha, j. 06/06/2013, v.u.): "*não foi pela defesa demonstrado em que consiste o prejuízo efetivamente sofrido, em obediência ao comando do artigo 563 do Código de Processo Penal, sabido que a forma pela forma não é motivo de nulidade, como era na Idade Média*".

Logo, também sob esse prisma, descabe cogitar do reconhecimento da almejada nulidade.

Por qualquer ângulo de análise, enfim, tem-se, à guisa de conclusão, que o presente *writ* não pode lograr êxito.

Diante do exposto, **denega-se a ordem**, com **observação**, porém, de que o Juízo impetrado deverá comunicar à E. Presidência do Tribunal de Justiça a prática de ato pelo MM. Juiz Vinícius Castrequini Bufulin, no dia 15/08/2008, em substituição ao MM. Juiz da 1ª Vara Criminal de Fernandópolis, no impedimento ocasional deste (nos termos do Provimento nº 36/1992, então vigente). Cientifique-se, prontamente, o douto Juízo de primeiro grau.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2109304-41.2016.8.26.0000, da Comarca de Araçatuba, em que é paciente DIEGO ALVES FALCÃO e Impetrante ÁLVARO DOS SANTOS FERNANDES, é impetrado COLENDA 16ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, conheceram do pedido e denegaram a ordem; vencidos o 2º, 5º e 7º Juízes, Desembargadores Poças Leitão, Otávio de Almeida Toledo e Camargo Aranha Filho.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.498)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente), POÇAS LEITÃO, WILLIAN CAMPOS, NEWTON NEVES, OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, CAMARGO ARANHA FILHO e LEME GARCIA.

São Paulo, 4 de outubro de 2016.

BORGES PEREIRA, Relator

Ementa: *Habeas Corpus* – Impetração visando a reforma de decisão condenatória transitada em julgado – Descabimento – Via eleita inadequada – Utilização do "habeas corpus" como substitutivo de recursos e

Acesso ao Sumário

ações legalmente previstos – Inviável o conhecimento do remédio heroico quando a autoridade coatora é a própria câmara, eis que esta corte não possui competência para revisar suas próprias decisões – Pleito visando a progressão de regime penitenciário que deve ser apreciado pelo Juízo das Execuções Penais – Inexistência de constrangimento ilegal a recair sobre o paciente – Denegação da ordem.

VOTO

O Advogado **Dr. ÁLVARO DOS SANTOS FERNANDES** impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em benefício de **DIEGO ALVES FALCÃO**, apontando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Araçatuba – SP e MM. Desembargador Guilherme de Souza Nucci, da Egrégia 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Relata o D. impetrante, em síntese, que o paciente está preso por manifesta ilegalidade, identificada na aplicação da dosimetria da pena em seu desfavor, especialmente no que se refere à detração e ao regime inicial de cumprimento da pena. Aduz que o paciente foi processado e condenado na primeira instância ao cumprimento de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime inicial fechado e ao pagamento de 556 (quinhentos e cinquenta e seis), dias multa, no valor unitário mínimo, como incurso no artigo 33, *caput*, c.c. o artigo 40, incisos V e VI, ambos da Lei 11.343/06. Informa que, após toda a tramitação de praxe, o recurso de apelação foi julgado perante a 16ª Câmara de Direito Criminal, cujo resultado foi no sentido de "negar provimento ao recurso da defesa", mantendo-se a sentença monocrática nos seus precisos termos. Relata que, no recurso de apelação julgado por esta mesma Câmara de Julgamento, o qual se negou provimento, o Desembargador relator, em que pese ter ressaltado a confusa dosagem da pena, acabou por manter a reprimenda imposta em primeira instância. Sustenta que os tópicos da sentença monocrática e do acórdão que dão sustentação a aplicação do regime mais severo, não devem prosperar, merecendo reparo. Salienta que o paciente merece ser beneficiado com o regime aberto como inicial de cumprimento de pena, pois se aplicando a detração do período de pena provisória, restaria ao paciente uma pena inferior a 04 anos. Por fim, pleiteia a concessão da medida liminar e, ao fim, a concessão da ordem, para que seja aplicada a detração do período de prisão provisória, oportunidade em que deverá ser modificado o regime inicial de cumprimento pena do fechado para o aberto, redimensionando a pena imposta ao paciente.

RELATADOS

Acesso ao Sumário

Em atenção aos princípios da celeridade e economia processual deixo de remeter o feito a D. Procuradoria Geral de Justiça para parecer.

Tendo em vista o impedimento dos Desembargadores Leme Garcia, Newton Neves e Guilherme de Souza Nucci, noticiado à folha 54, passo ao exame do presente *writ.*

A liminar será apreciada juntamente com o mérito, consoante segue:

Depreende-se dos autos que o paciente foi devidamente denunciado, processado e, ao fim, condenado, por r. sentença proferida em 02.07.2014, como incurso no artigo 33, *caput*, c.c. o artigo 40, incisos V e VI, ambos da Lei 11.343/06, a pena 05 (cinco) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime inicial fechado e ao pagamento de 556 dias-multa, no valor unitário mínimo, possibilitado o apelo em liberdade.

Contra referida decisão foi interposto o competente recurso de apelação, relator Des Guilherme de Souza Nucci, o qual julgado por esta Colenda Câmara em 29/09/2015, oportunidade em que, por votação unânime, foi negado provimento ao apelo, restando mantida, na íntegra, a r. decisão monocrática.

Pretende o I. impetrante, via o presente remédio constitucional, a concessão da ordem, a fim de que seja aplicada a detração do período de prisão provisória, oportunidade em que deverá ser modificado o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto, redimensionando-se a pena imposta ao paciente

Sem razão, no entanto.

Em detida análise dos autos, em especial do v. acórdão, se verifica que a decisão foi mantida nos moldes traçados pela r. sentença, onde se destaca "(...) Confusa a dosagem de pena realizada pelo magistrado sentenciante, acabando por considerar as majorantes na primeira fase da dosimetria, referindo-se como "dupla qualificação" (...) Em favor do réu Diego, o juízo *a quo* reconheceu o instituto da participação de menor importância, o que será mantido, reduzindo as penas à fração de um sexto, tornando-as definitivas".

De toda forma, o v. aresto combatido confirmou a r. sentença, não havendo alteração na pena imposta.

O D. impetrante, em verdade utilizou a impetração do presente remédio heroico como substitutivo de recursos e ações legalmente previstos na legislação de maneira equivocada.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, VI, DA LEI 10.826/03, C.C. ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) PENA-BASE. ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. WRIT

Acesso ao Sumário

NÃO CONHECIDO 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal. Não é possível a impetração de habeas corpus substitutivo de recurso especial. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória. 2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus (STF: HC 97677/PR, 1.ª Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009. Assim, a dosimetria somente pode ser aferida em sede de habeas corpus quando há ilegalidade patente, o que não se verifica na espécie, uma vez que a pena- base foi exasperada em razão da existência de elementos concretos relativos às circunstâncias do crime [Restou apurado, ainda, que o denunciado Jari Rodriguez de Andrade produz, carrega e recicla munição de arma de fogo, tendo em vista que foram apreendidos em seu poder diversos objetos concedidos previamente para a finalidade bélica, quais sejam, esferas metálicas, espoletas de metal novas e recipientes contendo pólvora, além de medidor de pólvora adaptado com um estojo], que refletem um plus de reprovabilidade para o palco dos acontecimentos. 3. Habeas corpus não conhecido. (STJ - HC: 178886 MS 2010/0126909-7, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 28/05/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/06/2013)

Ademais, figura este próprio Tribunal como autoridade coatora, que, como cediço, não pode revisar suas próprias decisões.

Ainda que o artigo 37, § 1º, do Regimento Interno deste Tribunal eleja o grupo como órgão competente para julgamento de *habeas corpus* de "atos das Câmaras e de seus relatores, inclusive os do próprio Grupo", tal previsão não autoriza a análise de tais ações quando se tratar de decisão de mérito proferida pela Câmara, como ocorreu no presente caso, devendo ser observada, para fixação da competência, a hierarquia jurisdicional, conforme disposição da Constituição Federal e do Código de Processo Penal.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, colaciona-se decisão desta C. 16ª Câmara Criminal:

Habeas Corpus - tráfico ilícito de entorpecentes e associação para tal fim - Paciente condenado definitivamente - *writ* contra decisão proferida em sede de apelação pela 15ª Câmara de Direito Criminal - Incompetência

desta Corte para análise do pedido: impossibilidade de revisão de decisão de mérito emanada de autoridade coatora de igual jurisdição. Pretensão de ver alterados a quantidade de pena e o regime prisional impostos questões que não podem ser apreciadas na estreita via do remédio heroico - Ordem não conhecida (TJ-SP - HC: 20610409520138260000 SP 2061040-95.2013.8.26.0000, Relator: Alberto Mariz de Oliveira, Data de Julgamento: 17/12/2013, 8º Grupo de Direito Criminal, Data de Publicação: 19/12/2013).

Por fim, eventual direito à detração penal do acusado, nos termos da Lei nº 12.736/12, que acrescentou o § 2º ao artigo 387 do CPP, deverá ser analisado com a existência de notícias a respeito da real situação carcerária do mesmo: se registra outras condenações ou prisões cautelares; se possui bom comportamento e conduta carcerária e, à míngua dessas informações concretas, inexistem elementos seguros para a correta análise, nesta seara e de pronto, do pedido da Defesa, parecendo mais adequado que o Juízo da Execução se manifeste por primeiro.

Como acima mencionado, não há nestes autos elementos suficientes à aferição do atendimento dos requisitos expressamente previstos em lei (art. 112 e art. 66, III, "b" e "c", ambos da LEP) para a progressão de regime penitenciário, dispositivos não revogados pela Lei nº 12.736/12, que deu nova redação ao art. 387, § 2º, do CPP.

Relega-se, assim, o pleito de progressão de regime penitenciário ao Juízo das Execuções Penais.

Nesse sentido:

"No que diz respeito à pretendida aplicação da Lei n. 12.736, tal pleito não pode ser atendido, pois a C. Turma Julgadora não possui elementos para fazê-lo, eis que não há informações a respeito do cumprimento da pena." (E. TJSP, C. 16ª Câmara de Direito Criminal, Apelação nº 0016604-05.2011.8.26.0114, Rel. Des. Alberto Mariz de Oliveira, j. 04.06.2013).

No mesmo sentido: E. TJSP, C. 16ª Câmara de Direito Criminal, Apelação nº 0008083-98.2010.8.26.0472, Rel. Des. Almeida Toledo, j. 30.07.13.

E, ainda:

"Os regimes de cumprimento, fechado para o roubo e intermediário para o crime de resistência, foram bem escolhidos, a teor do disposto no artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, não se admitindo a pleiteada detração, porque inaplicável a disposição do artigo 387, parágrafo 2º do Código de Processo Penal, para fins de fixação de regime: nesse momento, não há elementos para analisar o requisito subjetivo necessário à progressão de regime. Sem olvidar que tal pedido haverá de ser feito perante o Juízo das Execuções Criminais, não revogado pela Lei 12.736/2012 a regra do

Acesso ao Sumário

artigo 66, inciso III, "c", da Lei de Execução Penal (Apelação nº 0000516-24.2012.8.26.0382, rel. Euvaldo Chaib, j. em 7.5.2013)." (E. TJSP, C. 4ª Câmara de Direito Criminal, Ap. nº 0063702-47.2012.8.26.0050, Rel. Des. Ivana David, j. 06.08.13).

Isto posto, **DENEGA-SE A ORDEM** de *habeas corpus* impetrada em favor de **DIEGO ALVES FALCÃO.**

Reclamações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reclamação nº 2104041-28.2016.8.26.0000, da Comarca de Araraquara, em que é reclamante JOSE RICARDO BERNAL, é reclamado MM. JUIZ (A) DE DIREITO DA 3ª VARA CRIMINAL DE ARARAQUARA.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.396)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores NUEVO CAMPOS (Presidente sem voto), CARLOS BUENO e FRANCISCO BRUNO.

São Paulo, 29 de setembro de 2016.

RACHID VAZ DE ALMEIDA, Relatora

Ementa: RECLAMAÇÃO – Decretação de prisão após confirmação da condenação em segundo grau – Juiz competente para determinar a medida. Nenhuma comprovação de desobediência ou usurpação de competência. Decisão paradigma do E. STF, no HC 126.292. Decisão bem fundamentada. RECLAMAÇÃO IMPROCEDENTE.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Reclamação interposta por **JOSE RICARDO BERNAL**, contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara de Criminal de Araraquara, que determinou a prisão do Reclamante, supostamente usurpando competência e desobedecendo decisão deste E. Tribunal (fls. 01/05).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 61/62).

As informações foram prestadas pelo MM. Juízo de origem (fls. 65/67), tendo a Douta Procuradoria Geral de Justiça se manifestado pelo desprovimento da Reclamação (fls. 69/72).

É O RELATÓRIO.

O Reclamante foi condenado ao cumprimento da pena de um ano e seis meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de quinze dias-multa pelo crime de furto simples.

Após interposição de recurso de apelação esta C. Câmara Criminal deu parcial provimento ao apelo para diminuir a pena para um ano e dois meses de reclusão, em regime semiaberto, mais o pagamento de onze dias-multa, cujo v. acórdão transitou em julgado.

Após o trânsito em julgado, o MM. Juiz a quo determinou a prisão do paciente.

Alega a defesa que o MM. Magistrado *a quo* teria usurpado competência e desobedecido decisão emanada desta E. Corte, quando da decretação da prisão do réu, configurando, em tese, desobediência que desafiaria o presente reclamo.

Postula a cassação da decisão que decretou a custódia do paciente.

Sem razão.

Consta dos autos que, ao contrário do alegado pela defesa, o MM. Juiz *a quo* apenas determinou a prisão em obediência e em consonância com o mais recente entendimento do E. STF, no v. acórdão paradigma prolatado no HC 126.292, que permite a prisão de réu cuja decisão tenha sido confirmada em segundo grau de jurisdição, o que ocorreu no caso dos autos.

Nesse sentido, não há nos autos nenhuma comprovação de usurpação de competência e tampouco desobediência a qualquer decisão desta E. Corte, notadamente até mesmo porque o v. acórdão que transitou em julgado nada menciona nesse sentido.

Assim, necessária se faz a apuração dos fatos e a sustação cautelar da progressão conforme determinada pelo MM. Juízo *a quo*, de modo que entendo não haver afronta à soberania da decisão prolatada.

Por outro lado, o MM. Juiz apontado como autoridade coatora é o competente para, após o trânsito em julgado – caso dos autos –, decretar a prisão do réu.

Por fim, a r. decisão objurgada encontra-se bem fundamentada e compatível com o princípio da presunção de inocência, nos exatos termos em que decido pela Suprema Corte, de modo que não há nenhuma ilegalidade ou desobediência a serem reconhecidas e tampouco usurpação de competência.

Posto isto, por meu voto, julgo improcedente a Reclamação interposta.

Acesso ao Sumário

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 0004216-28.2012.8.26.0052, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido CÉSAR PEDUTI FILHO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.700)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 13 de setembro de 2016.

CAMILO LÉLLIS, Relator

Ementa: APELAÇÃO – HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO – Sentença desclassificatória – Pleito ministerial de pronúncia do réu – Impossibilidade – Embora comprovada a materialidade e presentes indícios de autoria, cristalina a ausência de *animus necandi* – *In dubio pro societate* que incide no caso de dúvida, não certeza da ausência de intento homicida, como no caso dos autos – Agente que poderia ter persistido na execução do crime, e que não reiterou os golpes porque não queria a produção do funesto resultado – Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos,

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo **Ministério Público do Estado de São Paulo** contra decisão que desclassificou os fatos imputados a **Cesar Peduti Filho**, denunciado como incurso no art. 121, § 2.º, II e IV, c.c. o art. 14, II, ambos do Código Penal, para outra de competência do juízo comum, em razão da ausência de *animus necandi* (fls. 639/642).

Acesso ao Sumário

Pretende a acusação seja o réu pronunciado nos termos da denúncia, argumentando com a existência de prova da materialidade, indícios de autoria e elementos que indicariam o dolo homicida, mormente a insistência do réu em perseguir a vítima, a sede e a gravidade da lesão. Refere, ainda, que no caso de dúvida nessa fase, decide-se em favor da sociedade (fls. 659/673).

Contrariado o recurso (fls. 677/707), a decisão foi mantida (fls. 708), tendo a D. Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo provimento do reclamo (fls. 713/719).

É o relatório.

Algumas considerações iniciais indispensáveis.

O réu foi indiciado por infração, em tese, ao art. 129, §1.º, do Código Penal (fls. 31) e, tramitando o feito na 20.ª Vara Criminal Central da Comarca da Capital, foi ofertada denúncia em desfavor do ora recorrido, imputando-lhe a prática do crime de lesão corporal de natureza grave pela incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias e perigo de vida (fls. 07d/09d e 80).

A denúncia, porém, foi rejeitada com fulcro no art. 395, II, do Código de Processo Penal e, entendendo o magistrado tratar-se de crime doloso contra a vida, determinou a remessa dos autos ao Tribunal do Júri (fls. 82/85).

Contra tal decisão, impetrou o réu *habeas corpus*. A ordem foi concedida por esta Colenda 4.ª Câmara Criminal, a fim de cassar o *decisum* em questão, determinando que outro fosse proferido nos moldes legais (fls. 98/95).

Diante disso, a autoridade impetrada abriu vista dos autos ao Ministério Público, que entendeu tratar-se de crime de homicídio tentado, requerendo a remessa do feito ao juízo competente (fls. 100/104), o que foi feito.

Assim, a imputação que pesa contra o recorrido é a de que, no dia 21 de janeiro de 2011, na Rua Professor Atílio Innocenti, altura do n.º 243, Itaim Bibi, São Paulo, o réu, com manifesto *animus necandi*, inicialmente através de chutes e depois desferindo golpes com garrafas de vidro, deu início a um crime de homicídio contra o menor Wesley Roberto da Silva Cardoso, de apenas 14 anos de idade, causando-lhe lesões corporais de natureza grave, que somente não lhe acarretou o óbito por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Consta que a vítima realizava malabarismo com bolas de tênis naquele local, quando o agente Cesar, que conduzia o auto VW/Jetta, de placas DLB-9007/SP, parou no semáforo. Na busca de se apresentar aos motoristas, Wesley atravessou a rua, passando por cima do reboque acoplado ao carro do réu, fazendo com que ele descesse do automóvel e desferisse vários chutes na vítima.

Para se defender dos chutes, o ofendido arremessou uma bola de tênis na direção do recorrido, o que provocou sua ira incontida e passasse a persegui-la até conseguir cercá-la em frente a um muro. Imobilizada a vítima, Cesar apanhou uma garrafa que estava no solo e a atirou contra Wesley, que conseguiu

Acesso ao Sumário

se esquivar.

Irado, mas insatisfeito, César apanhou outra garrafa de vidro do chão, e com esta passou a golpear a cabeça de Wesley até que a garrafa se partisse, e continuando a usá-la quebrada, provocou corte profundo no seu pescoço.

A vítima ficou prostrada no chão, esvaindo-se em sangue, quando o agente tentou fugir do local, sendo impedido por populares que acionaram a polícia militar.

As lesões experimentadas pela vítima (região cervical direita) foram de natureza grave, decorrentes da incapacidade para atividades laborais por mais de trinta dias e do perigo de vida ocasionado pelas lesões internas, o que transcende que o agente iniciou um crime de homicídio que somente não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade.

Agiu o réu impelido por motivo fútil, posto que agrediu a vítima simplesmente porque ela atravessou a via pública passando sobre o reboque acoplado ao seu veículo. Utilizou-se de recurso que impossibilitou a defesa do ofendido, que sendo menor e franzino, não conseguiu fugir do agressor, que encurralou no muro e se utilizou de garrafas de vidro para lhe agredir.

Pois bem.

É sabido que a pronúncia constitui sentença de conteúdo declaratório em que o Juiz proclama admissível a acusação para que o *merito causae* seja decidido no plenário do Júri, pelo Conselho de Sentença, juiz natural da causa. Dessa forma, exige-se apenas a convicção sobre a existência do crime e indícios de autoria, nos termos do art. 413 do Código de Processo Penal.

In casu, a realidade fática decorre, notadamente, do relatório médico a fls. 39, laudo de exame de corpo de delito a fls. 53, e laudo complementar a fls. 69, dos quais se extrai que a vítima sofreu lesão corporal de natureza grave, consistente em ferimento corto-contuso na região cervical direita, causado por instrumento corto-contundente.

Os indícios de autoria são suficientes e não constituem objeto da celeuma aqui instalada, a qual recai, precipuamente, sobre o elemento subjetivo da conduta; se Cesar agiu ou não imbuído de *animus necandi*.

Acesso ao Sumário

E, analisado o arcabouço probatório amealhado aos autos, a conclusão somente pode ser aquela já obtida na sentença ora hostilizada, no sentido de que não se trata de crime doloso contra a vida.

Ouvido sob o crivo do contraditório, o recorrido relatou que parou o veículo, em razão do intenso tráfego. Sentiu o carro sacudir. Viu pelo retrovisor que a vítima passava por cima de uma carreta acoplada ao seu veículo. Na mesma hora desceu e trocaram ofensas. Sua intenção era "colocá-lo para correr", e ele disse algo do tipo "o que é, playboy, não gostou?" Pensando em evitar as provocações, voltou para a porta do veículo, momento em que foi

atingido nas costas por um objeto. Quando se virou novamente, Wesley estava na calçada lhe atirando objetos. Naquele momento, imaginou que eram pedras, mas soube depois serem bolinhas de tênis. Não sofreu lesões. Nesse momento, saiu correndo em direção a Wesley para evitar outras agressões. Perseguiu a vítima por cerca de cinquenta metros ente os carros no trânsito, até que ele parou perto de um carro próximo a uma obra. Muniu-se de duas garrafas *long neck*, de vidro, inteiras, que estavam no meio fio; atirou uma contra Wesley, mas não acertou. Nesse momento, Wesley veio em sua direção. Não pensou em mais nada, senão repeli-lo, pois apesar da idade era maior, e um "rapaz de rua". Então bateu com a garrafa na cabeça dele. Com o impacto, ela se quebrou. Não repetiu os golpes com a garrafa após ela se quebrar. Ao ver o sangue correndo na camiseta dele, ficou aterrorizado com a besteira que fez e se afastou; voltou para o seu carro pensando em chamar por socorro. Já havia pessoas acudindo Wesley e outras pessoas o impediram de se aproximar do carro, pois temiam que fugisse. Conseguiu pegar seu celular e chamar o socorro. Não sabia a gravidade do corte. Ficou tranquilo porque Wesley estava consciente. Caiu na provocação dele, e o perseguiu para agredi-lo e também impedir a agressão que estava prestes a sofrer, pois via que ele tentava alcançar alguns objetos atrás de uma árvore. Assim que desferiu o golpe e a garrafa se quebrou, soltou o objeto (fls. 572/585).

A vítima declarou, em juízo, que fazia malabarismo no local dos fatos e, quando o semáforo abriu e não tinha espaço na calçada, acabou pisando no reboque do veículo do réu. Ele viu e saiu do carro, chutando sua perna. Reagiu atirando uma bolinha de tênis. O acusado, então, começou a persegui-lo. Pegou uma garrafa no chão e a atirou, mas não acertou. Já com a segunda garrafa conseguiu acertar seu pescoço, momento em que caiu e começou a pedir desculpas; ele ainda lhe deu três chutes. Ele tentou ir embora, mas foi impedido. Durante todo o momento, ele nada mais lhe disse. Nenhuma das garrafas estava quebrada.

Quando estava no chão, a testemunha Solange tentou ajudar, mas o réu disse "vaza daqui, você não tem nada a ver com isso". Em nenhum momento foi Solange segurar o acusado e em nenhum momento Cesar impediu Solange de prestar socorro (fls. 276/277).

A testemunha Solange Elias viu o acusado atirar uma garrafa contra a vítima, mas não a acertou. Ele teria, então, arremessado outra garrafa, também sem acertar. Nesse momento, Wesley começou a pedir desculpas e se aproximar do acusado, que o golpeou com uma garrafa no pescoço. A vítima caiu e o réu a chutou. Cesar deixava o local, quando foi impedido por pessoas que o seguraram e o levaram para um bar. Havia três pintores nas proximidades, mas eles ficaram parados no local, não se envolveram nem tentaram proteger a vítima (fls. 284/285).

Clovis Estevam da Silva disse que o acusado bateu com uma garrafa

Acesso ao Sumário

na cabeça "do menino" (sic), momento em que o objeto quebrou. Chegaram a gritar para parar, mas ninguém fez qualquer intervenção. O adolescente ficou sangrando no chão e o réu tentou ir embora; saiu caminhando para seu carro, mas os demais o seguraram. (fls. 393).

A testemunha Thiago de Oliveira Cutrim viu quando o menino passou por cima da carreta, e o réu desceu do carro. Eles discutiram; Wesley atirou uma bolinha contra o acusado, que o perseguiu. Perdeu-os de vista e ouviu gritos. Correu para ver o que tinha ocorrido, quando se deparou com o adolescente sangrado; havia vidro no chão. Conversou com Solange, que presenciou as agressões, ela disse que Cesar arremessou mais de uma garrafa na vítima. Naquela ocasião as pessoas que estavam no local apenas reagiram quando o réu tentou entrar no carro (fls. 282/283).

Felipe Benchouchan passava pelo local, viu a vítima com uma camiseta amarrada no pescoço. Ao notar a presença do carro do réu, seu amigo, desceu e notou um clima tenso, com o acusado rodeado de diversas pessoas. Cesar queria pegar o celular, mas as pessoas achavam que ele queria se evadir. Começaram a chegar amigos do ofendido e o clima ficou mais tenso, até que o dono de um bar levou o acusado para dentro do estabelecimento. Soube, posteriormente, que o adolescente atirou um objeto em César, que reagiu e o agrediu (fls. 537/542).

Os Policiais Militares Evandro Hernandes Lima e Luciano de Lima chegaram ao local quando a vítima já havia sido resgatada.

Disse o primeiro que houve dificuldade inicial no enquadramento da conduta do réu, e quem deu a voz de prisão foi a Delegada, mas ela também encontrou dificuldade em apurar a conduta perpetrada, o que foi decidido como lesão corporal grave apenas após a Autoridade Policial ir ao hospital e conversar com o médico que atendeu Wesley (fls. 278/279).

O segundo limitou-se a reproduzir o que ouvira no dia dos fatos, no sentido de que após uma discussão em razão da vítima passar por cima do reboque do carro do réu, este o perseguiu e golpeou com uma garrafa no pescoço, vindo a chutá-la após ela cair (fls. 280/281).

Beatriz Bravo Hernandez, Delegada de Polícia, esclareceu não ter vislumbrado, após a apresentação do réu, vítima e testemunhas, a intenção de matar, mas sim a de lesionar. A vítima foi ouvida naquele mesmo dia. Ela estava com um esparadrapo no pescoço, mas estava bem, relatava os fatos normalmente (fls. 543/545).

O médico legista Enio Marques Ribas Pimentel aclarou a razão pela qual atestada a lesão corporal de natureza grave, pois necessária intervenção cirúrgica, ainda que meramente exploratória para a verificação da extensão dos danos e não atingidas artérias (fls. 553/585).

As testemunhas ouvidas a fls. 450/461 nada esclareceram sobre os fatos,

pois não os presenciaram.

Vê-se, assim, que a prova coligida aponta, de forma bastante clara, que o agente não quis provocar a morte da vítima, tanto que a Autoridade Policial e o primeiro membro do Ministério Público atuante no feito sequer cogitaram de crime doloso contra a vida.

Com efeito, verte dos autos que foi desferido apenas um golpe com a garrafa, até então intacta, contra o ofendido, sendo que o objeto de vidro se quebrou tão somente quando atingiu a vítima e esse é o crucial momento do caminho do crime:

Quisesse o acusado matar a vítima, o teria feito reiterando os golpes, já que agora possuía poderoso instrumento pérfuro-cortante em suas mãos (uma garrafa de vidro quebrada), estando a vítima já ferida e prostrada no solo.

Não foi, porém, como o acusado conduziu sua conduta, pois mesmo podendo prosseguir de forma letal (já que os meios de execução de eventual homicídio não estavam esgotados), limitou-se a desferir chutes no ofendido.

Aliás, a título de argumentação, ainda que se admita ter o agente iniciado as agressões imbuído de dolo homicida, certo é que, quando poderia insistir nos golpes com a garrafa quebrada, assim não agiu; cessou as agressões sem que, para tanto, qualquer elemento externo o impedisse, senão sua própria voluntariedade.

Vale dizer; inexistiu circunstância alheia à vontade do réu, o qual foi impedido não de reiterar as agressões, mas somente de deixar o local, (como visto acima, foi essa a única intervenção física), de maneira que se estaria diante de eventual desistência voluntária de prosseguimento no *iter criminis*, por força da qual o réu responde apenas pelos atos já praticados, ou seja, a lesão corporal.

A perseguição do réu à vítima, por si só, não é indicativo do dolo de matar. Nenhum aspecto que pudesse circundar essa perseguição esclarece o intento homicida; nenhuma ameaça foi proferida no trajeto, nenhum ataque incisivo foi desfechado, sendo que, ainda adstrito a esse ponto da perseguição, aquele que deseja provocar a morte de outrem não lhe atira uma garrafa intacta, ou desfere chutes.

Igualmente não evidencia a intenção de causar a morte o ato de golpear a vítima na cabeça, pois aquele que desfere um soco, *v.g.* em outrem, o faz visando obviamente a cabeça, sem que com isso a conduta deva ser entendida como início da execução de um homicídio, mas sim, *a priori*, de uma lesão corporal. O mesmo se observa aqui.

Nesse cenário, não se nega que, havendo dúvidas em sede de pronúncia, decide-se em prol da sociedade (*in dubio pro societate*), mas *in casu*, como visto acima, não há dúvidas, sequer pálidos ou anêmicos indícios de que o réu tenha objetivado, ou ao menos assentido de maneira indiferente, o resultado morte.

Acesso ao Sumário

Com efeito, a ausência de intento homicida salta aos olhos de tal forma que, ao contrário de ofender a competência do Conselho de Sentença para apreciar os fatos, reafirma sua atribuição constitucionalmente assegurada, afastando do Júri apreciação de evento cuja atribuição obviamente é do juízo criminal comum.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. HOMICÍDIO QUALIFICADO POR RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA. COLISÃO NO TRÂNSITO. RECLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO. ART. 302 DO CTB. DESPRONÚNCIA. ACÓRDÃO MANTIDO POR SEUS FUNDAMENTOS.

REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. 1. ***Para a jurisprudência deste Superior Tribunal, se a desclassificação da conduta pelo juiz da pronúncia ocorre porque cristalina e induvidosa a certeza quanto à inexistência de animus necandi, não há falar em usurpação da competência constitucionalmente atribuída ao Tribunal do Júri****. 2. Não é possível o conhecimento de recurso especial que visa à reforma de acórdão pelo qual se desclassificou o delito de homicídio doloso para culposo, na hipótese em que o Tribunal a quo, analisando as circunstâncias concretas do caso, concluiu no sentido de existir culpa e não dolo, seja direto ou eventual, e o recorrente sustenta a existência de dolo eventual. Isso porque concluir de forma contrária implicaria reexame fático-probatório, o que atrai a Súmula 7/STJ. 3. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 4. Agravo regimental improvido*". (AgRg no REsp 1567557/GO, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6.ª Turma, DJe 23/02/2016 – sem destaque no original).

Enfim, incensurável a decisão ora vergastada, que merece aqui integral confirmação.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso em Sentido Estrito nº 0005281-04.2014.8.26.0306, da Comarca de José Bonifácio, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são recorridos OLÍVIO SCAMATTI, MARIA AUGUSTA SELLER SCAMATTI, CARLOS GILBERTO ZANATA e PAULO ROBERTO CHIOCA.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4.269)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente) e REINALDO CINTRA.

São Paulo, 29 de setembro de 2016.

OTAVIO ROCHA, Relator

Ementa: Fraudes a licitações em detrimento de pessoas jurídicas de direito público interno dos três níveis (artigo 90 da Lei 8.666/93) – Recurso ministerial contra decisão que acolheu exceção de incompetência oposta pelos réus Olívio Scamatti, Maria Augusta Seller Scamatti e Paulo Roberto Chioca, reconhecendo a competência da Justiça Federal para julgar a matéria – Delitos conexos que devem ser julgados pela Justiça Federal – Inteligência da Súmula 122 do Superior Tribunal de Justiça – Recurso desprovido.

VOTO

Inconformados com a decisão proferida pelo i. Juiz da 1ª Vara Judicial da Comarca de José Bonifácio às fls. 1826/1828, por meio da qual foram acolhidas as exceções de incompetência opostas pelos réus supramencionados, sendo reconhecida a competência da Justiça Federal para processar e julgar o presente feito, contra ela se insurgiram os ii. Promotores de Justiça oficiantes (fls. 1831/1832), arrazoando o recurso às fls. 1835/1851.

Sustentam os ii. Promotores de Justiça, em síntese, que a competência para as ações penais que apuram as diversas fraudes deve ser fixada pelo critério do *local da infração*, nos termos do artigo 70, *caput,* do Código de Processo Penal; e, no caso, restou preventa a Justiça Estadual, conforme artigos 78, inciso II, "c", e 83, do mesmo diploma legal, ante *"(...) a distribuição do pedido de interceptação telefônica deduzido pelo Ministério Público Estadual junto ao Juízo Criminal de Fernandópolis em 24/07/2008"* (fl. 1836). Aduzem, mais, que se mostra inconveniente a reunião, para julgamento conjunto, *"(...) de centenas de crimes diferentes, praticados em dezenas de comarcas/circunscrições diferentes, apenas porque entre uns e outros haveria conexão probatória"* (fl. 1841). Ante esses argumentos, pleiteiam a reforma do r. *decisum*, a fim de que seja determinado o prosseguimento do feito perante a 1ª Vara Criminal da Comarca de José Bonifácio.

Acesso ao Sumário

Contra-arrazoado o recurso (fls. 1861/1863 e 1865/1873) e mantida a decisão pelo i. Magistrado de Primeiro Grau (fl. 1871 folha numerada equivocadamente), a E. Procuradoria de Justiça Criminal opinou pelo seu provimento (fls. 1877/1884).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Consta da denúncia (fls. 1d/206d dos autos apensados ao volume 7) que OLIVIO SCAMATTI, EDSON SCAMATTI, PEDRO SCAMATTI FILHO, MAURO ANDRÉ SCAMATTI, MARIA AUGUSTA SELLER SCAMATTI, GUILHERME PANSANI DO LIVRAMENTO, CARLOS GILBERTO ZANATA, EDUARDO BICALHO GÉO, CIRO SPADÁCIO, LEONARDO PEREIRA DE MENEZES, VALDIR MIOTTO, CELSO OLIMAR CALGARO e PAULO ROBERTO CHIOCA, nas condições de tempo e local nela indicadas, fraudaram diversas licitações para pavimentação asfáltica realizadas pela Prefeitura Municipal de José Bonifácio.

Foram apresentadas exceções de incompetência pelos ii. Advogados dos réus OLÍVIO SCAMATTI e MARIA AUGUSTA SELLER SCAMATTI (fls. 11/1814 dos autos principais) e do réu PAULO ROBERTO CHIOCA (fls. 917/918 dos autos apensados ao volume 4), sustentando que os fatos investigados no Município de José Bonifácio são conexos aos que foram narrados em sete denúncias oferecidas pelo Ministério Público Federal perante a 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Jales (ações penais nº 0000372-12.2013.4.03.6124, 0000909-12.2013.4.03.6124, 0000910-12.2013.4.03.6124, 0000970-12.2013.4.03.6124, 0000986-36.2013.4.03.6124, 0000987-21.2013.4.03.6124, 0000988-06.2013.4.03.6124 – fls.11/1814), bem como que *"a única diferença que guardam é que, no presente feito, os recursos utilizados pelas Prefeituras nas licitações teriam origem no Estado e no Município, enquanto nos feitos em trâmite perante a Justiça Federal, essas mesmas Prefeituras teriam se valido de recursos oriundos de Ministérios"* (fl. 5).

O i. Juiz de Direito da 1ª Vara Judicial da Comarca de José Bonifácio, após receber a denúncia, acolheu as duas exceções de incompetência (fls. 1826/1828), sob o fundamento de que "(...) se há repasse federal, é impossível dissociar-se a conexão probatória que as ações guardam entre si, tem-se que observar a Súmula do C. STJ ora em comento [Súmula 122], isto porque a competência é, de rigor, da Justiça Federal" (fls. 1827/1828). Asseverou o i. Magistrado, também, que "(...) compulsando os autos, visualiza-se nas escutas telefônicas a possível participação de Prefeitos e Parlamentares nos esquemas fraudulentos, evidenciando-se eventual competência constitucional para o julgamento destes por prerrogativa de foro, [o] que restará melhor analisado em âmbito da esfera federal" (fl. 1828).

Acesso ao Sumário

Tal fundamentação não é merecedora de reparos.

A partir do exame da documentação acostada aos autos, é possível constatar que os fatos de que tratam a presente ação penal guardam íntima relação com aqueles descritos nas denúncias oferecidas perante a Justiça Federal, tudo indicando, conforme reconhecido pelos próprios Promotores de Justiça em suas razões recursais, que *"(...) não há senão uma única quadrilha"* (fl. 1836).

De fato, cuida-se, em tese, de esquema de fraudes a licitações para pavimentação asfáltica em dezenas de Municípios paulistas, apurado pela Polícia Federal no âmbito da denominada "Operação Fratelli".

De acordo com PIMENTA BUENO[1], a conexão *"(...) é o nexo, a dependência recíproca que as coisas ou os fatos têm entre si: a disjunção é a separação delas, separação forçada, por isso mesmo que o todo criminal deve ser indivisível. Com efeito, embora os crimes sejam diversos, desde que eles são entre si conexos, ou que procedem de diferentes delinquentes associados como autores ou cúmplices, formam uma espécie de unidade estreita que não deve ser rompida. Todos os meios de acusação, defesa e convicção estão em completa dependência. Separar será dificultar os esclarecimentos, enfraquecer as provas, e correr o risco de ter afinal sentenças dissonantes ou contraditórias"*.

Nesse sentido, não há como negar a conexão existente entre as referidas demandas, quer na espécie denominada *intersubjetiva por concurso* (artigo 76, inciso I, segunda parte, do Código de Processo Penal) quer modalidade dita *instrumental* (artigo 76, inciso III, do mesmo diploma legal).

Em que pese a argumentação tecida pelos i. Promotores de Justiça no tocante à fixação do foro competente através da prevenção, uma vez caracterizada a conexão entre os crimes de fraude à licitação de competência estadual aqui investigados e os crimes de igual espécie supostamente praticados pela mesma organização criminosa em detrimento de recursos da União, é de se reconhecer a competência da Justiça Federal, em razão da *vis attractiva* por ela exercida em face dos delitos estaduais conexos aos que lhe compete julgar.

É exatamente esse o sentido do Enunciado da Súmula 122 do Superior Tribunal de Justiça*: "Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, "a", do Código de Processo Penal"*.[2]

Solução diversa implicaria usurpação da competência constitucionalmente atribuída à Justiça Federal para julgar os crimes praticados em detrimento de bens, serviços ou interesse da União (art. 109, inciso IV, da Constituição Federal).

Acesso ao Sumário

1 *Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro.* 5ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. J. Ribeiro dos Santos, 1922, pág. 85.

2 Esse também era, aliás, o Enunciado da Súmula nº 52 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

A esse respeito, ensina RENATO BRASILEIRO DE LIMA[1] que *"Havendo conexão entre crimes de competência da Justiça Federal e da Justiça Estadual, prevalece a competência da Justiça Federal. Isso porque a competência da Justiça Federal vem prevista na própria Constituição Federal, impedindo que seja afastada em prol da Justiça Estadual por força de uma regra prevista na lei processual penal"*.

Dele não diverge GUILHERME DE SOUZA NUCCI[2] ao ressaltar que *"O art. 109 da Constituição Federal estabelece a competência dos juízes federais, razão pela qual o restante dos delitos fica a cargo dos magistrados estaduais. Destarte, no conflito entre crime federal e delito estadual, havendo conexão ou continência, devem eles seguir para a Justiça Federal. Note-se que a competência dessa última é estabelecida pela Carta Magna, razão pela qual não se pode afastá-la"*.

Em caso semelhante, foi esse o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

> *HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. DENÚNCIA POR FORMAÇÃO DE QUADRILHA, FALSIDADE IDEOLÓGICA, CORRUPÇÃO ATIVA, FRAUDES EM LICITAÇÕES E OUTROS DELITOS. OPERAÇÃO TELHADO DE VIDRO. EXORDIAL ACUSATÓRIA QUE APONTA A OCORRÊNCIA DE DESVIO DE VERBAS REPASSADAS PELA UNIÃO AO MUNICÍPIO. SUJEIÇÃO À FISCALIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DELITOS IMPUTADOS AO PACIENTE QUE SE MOSTRAM CONEXOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SÚMULAS 122 E 208/STJ. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. (...). 2. Presente a conexão, tanto probatória quanto instrumental, não se aplica a regra do art. 78, II, a, do CPP, devendo os delitos pertinentes ao Juízo Estadual, pela via atrativa, serem também apreciados pela Justiça Federal (Súmula 122/STJ). (...). 3. Ordem denegada. (STJ, HC 110704 / RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 16/12/2008, DJe 09/03/2009).*

Assim, ao contrário do aduzido pelos ii. Promotores de Justiça oficiantes, não é possível afastar, com base nas normas de fixação do foro estabelecidas no Cód. de Proc. Penal, a competência constitucionalmente conferida à Justiça Federal. Essa foi a *ratio* que inspirou a Súmula 122 do C. STJ, editada exatamente para afastar a aplicação da regra do art. 78, II, "a", do Cód. de Proc. Penal.

Acesso ao Sumário

De outro lado, cumpre salientar que a manutenção da competência da Justiça Estadual para apreciar e julgar o presente feito se afiguraria temerária, haja vista que a violação da competência da Justiça Federal gera nulidade de natureza absoluta, matéria cognoscível de ofício e em qualquer grau de jurisdição, que poderia implicar a necessidade de renovação de atos processuais

1 *Manual de Processo Penal*, 2ª Ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2014, pág. 446.

2 *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, página 252.

quando já estivessem indelevelmente assombrados pela prescrição.

Efetivamente, a multiplicidade de fatos e pessoas que conformam o objeto das investigações permite vislumbrar, desde logo, que a instrução do feito será longa e morosa, de modo que eventual determinação de seu refazimento quando do reconhecimento futuro da incompetência da Justiça Comum Estadual, conduziria inevitavelmente à invalidação dos atos aqui praticados, sem qualquer resultado prático do ponto de vista da eficácia da atividade persecutória penal do Estado.

Sob esse prisma, impende concluir que a remessa à Justiça Federal constitui a medida mais acertada, inclusive para evitar possíveis nulidades processuais, com a ressalva de que, no caso de haver declinação desta competência pelo órgão judicante da Justiça Federal, os autos retornariam a esta Justiça de origem purgados dessa eiva.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, mantendo intocada a justa e correta decisão de Primeiro Grau.

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0005093-22.2015.8.26.0000, da Comarca de Peruíbe, em que é peticionário PAULO ADEMILSON GOMES PIRATA.

ACORDAM, em 6º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deferiram parcialmente o pedido revisional para reduzir as penas do peticionário a 07 (sete) anos, 11 (onze) meses e 08 (oito) dias de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 793 (setecentos e noventa e três) dias-multa. v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2.065)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente), JOÃO MORENGHI, ANGÉLICA DE ALMEIDA, GUILHERME G. STRENGER, MARIA TEREZA DO AMARAL, XAVIER DE SOUZA, PAIVA COUTINHO e PAULO ROSSI.

São Paulo, 10 de agosto de 2016.

ÁLVARO CASTELLO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REVISÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – PEDIDO

ABSOLUTÓRIO CALCADO EM INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – INEXISTÊNCIA DE NOVA PROVA OU INSUFICIÊNCIA DA JÁ ANALISADA – DEFERIMENTO – IMPOSSIBILIDADE: Sem que novas provas apontem a invalidade da resposta jurisdicional exarada, e mantido o conjunto probatório que aponta, com segurança, a autoria e materialidade delitiva, impossível o deferimento da revisão criminal que não se presta à valoração da prova já analisada.

PENA – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – DOSIMETRIA – INCIDÊNCIA DE AUMENTO NA PRIMEIRA FASE EM RAZÃO DO CONCURSO DE PESSOAS – NOVO ACRÉSCIMO NA TERCEIRA FASE EM RAZÃO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTO NO INCISO VI, DO ART. 40 DA LEI 11.343/06 – IMPOSSIBILIDADE – *BIS IN IDEM* – OCORRÊNCIA: Sendo reconhecida a incidência da causa especial de aumento prevista no inciso VI, do art. 40 da Lei Antidrogas, o cômputo de acréscimo a título de concurso de pessoas, na primeira fase da dosimetria da pena, caracteriza *bis in idem*, que deve ser afastado.

VOTO

PAULO ADEMILSON GOMES PIRATA foi condenado à pena de 09 (nove) anos e 26 (vinte e seis) dias de reclusão, em regime fechado, e mais 906 (novecentos e seis) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso VI, ambos da Lei nº 11.343/06.

É narrado pela denúncia que, no 1º de agosto de 2010, o peticionário agindo em concurso de agentes com os adolescentes J.C.S. e B.J.A., trazia consigo e tinha em depósito, para fins de tráfico, 28 (vinte e oito) supositórios de cocaína, 125 (cento e vinte e cinco) porções de maconha e 73 (setenta e três) porções de "crack", sem autorização legal e em desacordo com determinação legal (01d/04d).

Inconformadas apelaram as partes. PAULO buscou a absolvição por insuficiência de provas ou a redução da pena imposta (fls. 172/177). Já o representante do Ministério Público requereu a condenação do réu também pelo delito previsto no art. 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente (fls. 156/164).

A Colenda 9ª Câmara Criminal deste Tribunal, por votação unânime,

Acesso ao Sumário

negou provimento aos reclamos, mantendo na íntegra a decisão recorrida (fls. 215/225). O trânsito em julgado para a defesa ocorreu em 26 de outubro de 2012 (fls. 235).

Ainda não conformado, propõe agora revisão criminal, buscando a absolvição pela insuficiência do conjunto probatório ou, subsidiariamente, a redução da pena imposta com o afastamento do concurso de pessoas considerado na primeira fase da fixação da reprimenda, pois caracterizado o *bis in idem* em face da aplicação da causa de aumento do art. 40, inciso VI, da Lei Antidrogas (fls. 13/18).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo não provimento (fls. 21/22).

É O RELATÓRIO.

Trata-se de pleito revisional no qual o peticionário, ainda inconformado, volta a reclamar insuficiência de provas e redução da pena imposta.

As razões de inconformismo que não apontam novas provas, segundo remansosa jurisprudência, impediriam o conhecimento da revisão, até mesmo por não encontrar previsão no estreito rol do art. 621 do CPP.

O peticionário, que já teve a resposta jurisdicional revista por este Tribunal, busca agora, como uma segunda apelação, nova análise do conjunto probatório que, como cediço, é inviável em sede revisional.

Sem trazer nenhum novo elemento de convicção, não há como desconstituir as decisões anteriores.

Neste sentido é firme a jurisprudência:

"A Revisão Criminal que se baseia, sem trazer prova inédita, no simples desejo de ver o julgador dar uma nova versão sobre fatos examinados anteriormente por ele ou por outro par, não comporta deferimento, à luz do que preconizam os arts. 621 e 622 do diploma processual vigente" (Revisão nº 317.658/7, j. em 08/06/98, 6º Grupo de Câmaras, Rel. Xavier de Aquino, in RJTACrim 40/451).

"A Revisão Criminal visa, em última análise, a reparação de erro judiciário, supondo condenação com trânsito em julgado, mas é também indispensável que o interessado em ver sua situação revista, produza documentos e prova nova" (Revisão nº 318.810/3, j. em 21/05/98, 1º Grupo de Câmaras, Rel. Silveira Lima, in RJTACrim 40/398).

"A Revisão Criminal não se presta à valoração da prova que ensejou a condenação, no sentido de apurar se ela é fraca, insuficiente ou injusta, sendo que o pedido revisional só pode vingar quando há falta de provas" (Revisão nº 265.328/0, j. em 07/02/1995, 2º Grupo de Câmaras, Rel. Passos de Freitas, in RJDTACrim 25/481).

A prova, de qualquer modo, aponta com segurança a responsabilidade

Acesso ao Sumário

penal do peticionário que não merece modificação da resposta jurisdicional.

A materialidade é atestada pelo auto de exibição e apreensão (fls. 14/15) e pelo laudo de constatação (fls. 16/17) confirmado em exame químico-toxicológico (fls. 92)

E a autoria restou igualmente demonstrada.

Em Juízo negou os fatos dizendo que deixou sua companheira na casa de uma pessoa chamada Kely onde fariam um almoço e saiu para ir ao mercado e nesse trajeto foi abordado por policiais, tendo um deles saído de uma viatura efetuando um disparo de revólver para cima, dizendo "Para!Para!" ***[sic].*** Acrescentou que foi pelo pescoço, levado ao chão e chutado. Disse que não portava drogas e nem mesmo as dispensou, esclarecendo que não conhecia os menores e com eles não estava traficando (fls. 100/101).

A prova testemunhal, contudo, apontou com certeza a intenção de tráfico e a associação.

Os policiais militares, de forma uníssona, asseveraram que estavam apurando denúncia de tráfico no local dos fatos e que era exercido por três pessoas. Afirmaram que chegando ao local o peticionário e os adolescentes ao perceberam a presença policial empreenderam fuga para um matagal. Declararam ter visto PAULO dispensar algo no chão e que logo em seguida conseguiram detê-los, encontrando as drogas. Consignaram que o peticionário trazia 13 porções de "crack" e J. estava com algumas porções de maconha e cocaína, e que todos admitiram a traficância e ainda indicaram onde havia mais drogas no terreno baldio. Acrescentaram que a irmã do adolescente J. compareceu ao local e franqueou a entrada dos policias em sua casa, local onde ainda encontraram uma balança de precisão e anotações referentes à contabilidade do tráfico (fls. 73/v e 95/v).

A testemunha P., irmã de J., ouvida às fls. 74, disse que chegou ao local encontrando o réu e os menores já detidos e que dentro de sua casa a polícia encontrou uma balança e algumas anotações em papéis, afirmando que nunca havia visto seu na companhia do peticionário e nem mesmo traficar. Às fls.76v., afirmou que seu irmão não trabalhava e nem estudava há muito tempo.

Acesso ao Sumário

O adolescente J. declarou em Juízo que os fatos narrados e que toda a droga apreendida lhe pertencia, afirmando que a balança encontrada era destinada para a pesagem dos entorpecentes. Disse que traficava, sozinho, cocaína, maconha e "crack", isentando o peticionário e o outro menor da prática delitiva, esclarecendo que ele apenas conversava com eles quando a polícia chegou, e que os conhece porque frequentavam a mesma pracinha do Jardim Ribamar (fls. 76/v.).

O adolescente B. disse que caminhava pela via pública no momento da abordagem policial, assim como o ora peticionário, mas em sentido contrário.

Afirmou que apenas J., que conhece da escola, estava parado numa esquina. Disse nunca ter traficado, mas que presenciou o encontro de muitas drogas no terreno baldio, mas nega que com PAULO tenha sido encontrado qualquer entorpecente (fls. 77/v.).

A testemunha de defesa Edileuza, que disse conhecer o peticionário há mais de dez anos, afirmou que o viu passar de bicicleta pelo local dos fatos e ser pego pelo pescoço por um policial. Disse que quando PAULO foi abordado os menores já estavam custodiados. Afirmou que o peticionário foi abordado quando voltava do mercado (fls.96/v.)

Eliete, esposa do peticionário, esclareceu que estava na casa da amiga Kely e que ele saiu para ir ao mercado e depois de vinte minutos recebeu a notícia de que ele havia sido preso. Acrescentou que na delegacia de polícia presenciou um dos adolescentes inocentar PAULO (fls. 97).

A testemunha de defesa Fabiana, às fls. 98, que também participaria do almoço na casa de Kely, disse que passava pelo local dos fatos e que viu o peticionário em poder de policiais e que estava sendo agredido nas costas (fls. 98).

Carola, também testemunha defensiva e participante do referido almoço, afirmou que viu o peticionário ser abordado quando voltava do mercado por policias que saiam do matagal, tendo ele sido pego pelo pescoço, sendo ele colocado custodiado junto aos menores (fls.99/v.).

Percebe-se, assim, que claramente os testemunhos defensivos buscaram inocentar o ora peticionário, mas colidem com a própria versão por ele apresentada, principalmente quando ele afirmou estar indo ao mercado e algumas das testemunhas asseveraram que ele voltada desse estabelecimento. Divergente também foram os testemunhos no que tange ao momento da abordagem do ora peticionário.

As desencontradas palavras defensivas, como se vê, não macularam as firmes, seguras e congruentes palavras dos policiais militares.

Inviável assim negar-se validade às palavras de policiais, máxime quando no exercício de suas funções.

A propósito:

"Os testemunhos de policiais destacados para a realização de repressão criminal devem ser aceitos quando se prestam a dar conta da tarefa realizada, inexistindo motivo para que sejam considerados tendenciosos, sendo certo que somente podem ser rechaçados se comprovado que houve falseamento da verdade ou que estão em desconformidade com o restante da prova" (TJSP – Apel. 1.364.617/5 – Rel. Luiz Ganzerla).

As provas, já fartamente analisadas em primeiro e segundo graus, apontam com segurança a responsabilidade penal do ora peticionário pela prática do

Acesso ao Sumário

delito de tráfico de entorpecentes, não havendo, assim, condenação contrária à evidência dos autos.

A reprimenda, contudo, merece pequeno reparo.

Na primeira fase houve aumento de 1/3 (um terço) na pena mínima pela natureza da droga traficada e pelo concurso de agentes.

Entretanto, ante a existência da causa especial de aumento prevista no inciso VI, do art. 40 da Lei Antidrogas, o cômputo, nesta fase, de aumento a título de concurso de pessoas caracteriza *bis in idem* na dosimetria, que deve ser afastado.

Assim a pena-base fica acrescida tão somente de **1/6 (um sexto)**, mantidos, nas demais fases, os aumentos referentes a reincidência (1/6) e a prática do tráfico envolvendo menores (1/6), o que leva a pena ser definitivamente fixada em **07 (sete) anos, 11 (onze) meses e 08 (oito) dias de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 793 (setecentos e noventa e três) dias-multa.**

Diante do exposto, **DEFERE-SE PARCIALMENTE** o pedido revisional para reduzir as penas do peticionário a 07 (sete) anos, 11 (onze) meses e 08 (oito) dias de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 793 (setecentos e noventa e três) dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0148180-07.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é peticionário LUIZ ALBERTO ABADES PEREIRA.

ACORDAM, em 4º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.969)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente), CARLOS MONNERAT, MARCO ANTÔNIO COGAN, LOURI BARBIERO, ALCIDES MALOSSI JUNIOR, FERNANDO SIMÃO, FREITAS FILHO, OTAVIO ROCHA e REINALDO CINTRA.

São Paulo, 1º de setembro de 2016.

GRASSI NETO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Revisão Criminal – Decisão condenatória de 2º Grau que não contraria a evidência dos autos, não se lastra em prova falsa, nem tampouco foi sucedida

por novos elementos de convicção, atestando inocência do condenado ou existência de situação que diminua a pena – Situação que não se enquadra nas hipóteses do art. 621, incisos I, II e III, do CPP – Exame do pedido revisional indeferido.

A Revisão Criminal consiste em ação autônoma, a ser intentada sempre em favor daquele que foi condenado ou absolvido impropriamente, por sentença ou por acórdão já transitados em julgado, e que é admissível apenas nas hipóteses expressamente relacionadas no art. 621 do CPP: I – condenação contrária a texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II – condenação fundada em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III – descoberta, após a decisão, de novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial de sua pena.

Não se fazendo presente qualquer delas, não há como admiti-la, pois a Revisão Criminal não pode prestar-se à função de "segunda apelação" ou "terceira instância", na qual se procederia ao reexame do acervo probatório.

VOTO

Vistos,

LUIZ ALBERTO ABADES PEREIRA ajuíza, por intermédio da Defensoria Pública, a presente Revisão Criminal do processo-crime n. 641/10, da 14ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo, no qual foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, às penas 06 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e de 600 dias-multa, à razão de 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos.

Apelou da r. sentença condenatória, havendo a C. Décima Quarta Câmara Criminal deste E. Tribunal de Justiça, por votação unânime, dado parcial provimento ao seu recurso, para reduzir as penas para 05 anos de reclusão e para 500 dias-multa, à razão de 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos, tendo o respectivo Acórdão transitado oportunamente em julgado.

Irresignado, busca novamente, agora pela via revisional, a absolvição, argumentando, ainda aqui, com a insuficiência de provas. Alternativamente, bate-se pela redução das penas, devendo incidir o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Acesso ao Sumário

Apensados os autos da ação penal, a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento parcial, para aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, adotando-se a fração mínima de 1/6, e para a fixação do regime inicial semiaberto.

É o Relatório.

A presente revisão não comporta acolhimento.

Com o petitório de fls. 09/15, o requerente almeja novo exame do acervo probatório, que reputa insuficiente para embasar decreto condenatório.

A Revisão Criminal - cujas hipóteses de cabimento vêm expressas no art. 621 do CPP - não pode, com efeito, data vênia dos doutos entendimentos contrários, funcionar como uma segunda apelação ou, ainda, uma "Terceira Instância".[1]

É certo que se tem admitido, com maior amplitude, o conhecimento de revisionais nas situações em que a r. sentença monocrática não tenha sido analisada pela via recursal adequada.

Não é o que se verifica no caso vertente, uma vez que o r. *decisum* condenatório foi submetido ao crivo do Segundo Grau de Jurisdição.

Tanto é assim, que todo o conjunto probante foi efetivamente reexaminado pela Colenda Décima Quarta Câmara Criminal deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no V. Acórdão de fls. 201/215 (apenso), conduzido pelo voto do Eminente Relator Fernando Torres Garcia, que bem apreciou o acervo existente, e concluiu no sentido da manutenção parcial da sentença de primeiro grau, com a redução das penas.

Cabe, ainda, salientar que somente

> [...] é contrária à evidência dos autos a sentença que não se apoia em nenhuma prova existente no processo, que se divorcia de todos os elementos probatórios, ou seja, que tenha sido proferida em aberta afronta a tais elementos do processo. A eventual precariedade da prova, que possa gerar dúvida no espírito do julgador na fase da revisão, depois de longa aferição dos elementos probatórios de, muitas vezes, duas instâncias, não autoriza a revisão em face do nosso sistema processual.[2]

Analisando-se o V. Acórdão revidendo é possível constar, já *prima facie*, não padecer ele de aludido vício.

O quadro probatório produzido durante a instrução criminal é, pelo contrário, extremamente robusto. A materialidade delitiva restou, com efeito, plenamente demonstrada, consoante o auto de fls. 12 e os laudos de fls. 14 e

Acesso ao Sumário

1 BRASIL. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Revisão Criminal nº 279.296/5 (Ação Penal nº 684/87), Taboão da Serra. Peticionário: Gilmar Trindade de Sousa. Relator: Juiz Xavier de Aquino. 6º Grupo de Câmaras. São Paulo, 04 de março de 1996.

2 MIRABETE, Júlio Fabbrini, **Processo Penal**, São Paulo: Atlas, 2007, 18. Ed. p. 705.

66/67 (todos do apenso); a prova oral colhida na instrução criminal mostrou-se, outrossim, apta não apenas para comprovar a ocorrência do evento delituoso e sua dinâmica, tal qual reconhecidas no Acórdão atacado, como a vincular o peticionário à autoria delitiva. Resta, assim, impossível acolher-se a pretendida absolvição, tanto mais em âmbito revisional, no qual há inversão do ônus da prova.

Não se vislumbra, com efeito, a existência de amparo legal para, na via especialíssima da Revisão Criminal, proceder à substituição dos critérios adotados pelo MM. Juízo Monocrático, e posteriormente confirmados pela Colenda Turma Julgadora, por outros que sejam eventualmente do agrado dos Dignos componentes deste Colendo Quarto Grupo de Câmaras.

Por oportuno, confira-se:

> O conhecimento de revisões criminais fora das estritas hipóteses definidas na Lei Instrumentária Penal, além de afrontar a própria Lei em vigor, se constitui num injustificável estímulo à intenção de pedidos manifestamente descabidos, na maior parte das vezes, mera reiterações de teses já avaliadas, debatidas e esgotadas em dois graus de jurisdição.[3]

A dosimetria da pena deu, por sua vez, integral atendimento ao sistema trifásico, cumprindo observar que o escarmento acabou sendo inclusive reduzido pelo Ven. Acórdão; o cálculo, como um todo, não merece, assim, qualquer reparo.

Em sede de Revisão Criminal, ademais, somente se procede à alteração da pena, nas hipóteses em que se constatam flagrante erro de técnica ou clamorosa injustiça.

A propósito:

> A redução de pena em revisão criminal está condicionada ao comprovado erro técnico ou à injustiça explícita do julgado, caracterizadores sempre, ainda que indiretamente, de violação do texto e/ou vontade da lei. Inexistindo violação da lei e não demonstrada antecedente nulidade ou ilegalidade, não se pode, não tem cabimento, deferir revisão criminal para rever os critérios de individualização da reprimenda. Apenas decisão *contra legem*, autoriza redução da pena em sede revisional.[4]

Fica, por fim, mantido o regime inicial fechado, adequadamente fixado.

Ante o exposto, indefere-se o pedido revisional.

---

3 BRASIL. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Revisão nº 259.778/1. São Paulo. Peticionário: Ivan de Lima Oliveira. Relator: Juiz Silva Rico. 8º Grupo de Câmaras. São Paulo, 18 de agosto de 1994. **Revista de Jurisprudência e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**, v. 23, julho, agosto e setembro de1994 p. 492.

4 BRASIL. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Revisão nº 186.650/3, Cubatão. Relator: Juiz Marrey Neto. São Paulo, 07 de fevereiro de 1990. **Revista de Jurisprudência e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**, v. 06, p. 250.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin´s)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2068484-77.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE AMPARO e PREFEITO MUNICIPAL DE AMPARO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.577)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES e PÉRICLES PIZA.

São Paulo, 24 de agosto de 2016.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Câmara Municipal de Amparo. Cargo de Assessor Jurídico de provimento em comissão constante do Anexo II da Resolução nº 379/09 alterada pelas Resoluções nºs. 396/11 e 398/12.

(a) Inadmissível a contratação de servidores em comissão para ocupar cargo de assessoramento jurídico de preenchimento privativo a funcionários de carreira. Posterior alteração das atribuições do

cargo não altera a natureza jurídica dos serviços a serem prestados, subsistindo ainda, o vício apontado.

(b) Declaração de inconstitucionalidade por arrastamento dos arts. 5º e 6º da Resolução nº 426, de 19.04.16, bem como de parte do Anexo VI da Resolução nº 379/09 introduzido pela Resolução nº 413, de 11.06.14, apenas e tão somente quanto à definição das atribuições de Assessor Jurídico.

(c) Modulação dos efeitos: a presente declaração de inconstitucionalidade tem sua eficácia suspensa até 1º de janeiro de 2017, em face da proximidade das eleições municipais e da inconstitucionalidade reconhecida por arrastamento atingindo normas não abrangidas pela liminar.

Ação procedente, com modulação.

VOTO

1. Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** do Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo tendo por objeto a expressão *"... Assessor Jurídico..."* do anexo II da Resolução nº 379, de 23.09.09, alterada pelas Resoluções nº 396, de 21.12.11 e 398, de 21.03.12, ao incluí-lo dentre os cargos de provimento em comissão.

Sustenta, em resumo, serem suas atribuições incompatíveis com o provimento em comissão. Atividade de advocacia pública, inclusive assessoria e consultoria de corporações legislativas, é reservada a profissionais recrutados pelo sistema de mérito. Violados os arts. 30 e 98 da CE e 132 da CF. Natureza técnica do cargo inviabiliza o provimento em comissão. Daí a suspensão liminar e a declaração de inconstitucionalidade (fls. 01/12).

Concedida a liminar (fls. 77). Vieram informações da Câmara Municipal (fls. 94/99), acompanhadas de documentos (fls. 100/108). Declinou de sua intervenção o d. Procurador Geral do Estado (fls. 110/113). Rejeitados (fls. 179/181), após manifestação da D. Procuradoria (fls. 175/177) embargos de declaração (fls. 115/127). A Câmara Municipal trouxe cópia da Resolução nº 426/2016 (fls. 163/170) alterando a norma aqui impugnada, requerendo a extinção da ação por perda superveniente de objeto (fls. 165/167). A Douta Procuradoria opinou pela procedência da ação (fls. 187/190).

É o relatório

2. Procedente a ação.

Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** do Procurador Geral de Justiça, tendo por objeto a expressão *"... Assessor Jurídico..."* do anexo II da

Acesso ao Sumário

Resolução nº 379, de 23.09.09, alterada pelas Resoluções nº 396, de 21.12.11 e 398, de 21.03.12, ao incluí-lo dentre os cargos de provimento em comissão.

A Câmara Municipal de Amparo ao promover a sua reforma administrativa referente à estrutura organizacional e de pessoal por meio da **Resolução nº 379, de 23.09.09** (fls. 43/55), incluiu dentre os cargos de provimento em comissão constantes do Anexo II, o cargo de Assessor Jurídico (fls. 53). Referido Anexo sofreu alterações pelas **Resoluções nºs. 396, de 21.12.11** (fls. 56/57) e **398, de 21.03.12** (fls. 58/60), atualmente em vigor, com o seguinte teor:

ANEXO II – CARGOS EM COMISSÃO

Denominação/Quantidade:

Assessor Jurídico (2)

Assessor de Gabinete (1)

Assessor Parlamentar (2)

Assessor de Comunicação (1)

Com razão o autor.

As atividades de advocacia pública, inclusive as de **assessoria** e consultoria de corporações legislativas e suas respectivas chefias, são reservadas a profissionais recrutados pelo sistema de mérito e aprovação em **certame público**.

Desrespeita mandamento constitucional o dispositivo impugnado ao permitir a contratação de servidores em comissão para ocupar cargo de assessoramento jurídico, de preenchimento privativo a funcionários de carreira conforme previsto no **art. 115, I, II e V, da Carta Bandeirante**.

Confira-se, a propósito, a jurisprudência deste **Órgão Especial**:

*"... tendo em vista que **o cargo de 'assessor jurídico'** nelas previsto tem as mesmas funções atribuídas à Advocacia Pública, cujos cargos **devem ser providos por meio de concurso público**, como dispõem tanto a Constituição Federal (artigos 131, § 2º e 132) quanto a Constituição Estadual (artigos 98, § 2º e 100)." "Cabia ao Município, na conformidade dos artigos 144 e 297 da Constituição do Estado de São Paulo, respeitar a normatividade presente nas Cartas Federal e Estadual, o que definitivamente não ocorreu."* (grifei – ADIn nº 0203518-68.2010.8.26.0000 – j. de 21.03.12 – Rel. Des. **SOUZA NERY**).

E ainda,

"A propósito dos cargos de Procurador Chefe (antigo Procurador Geral do Município), Assessor Jurídico de Gabinete, Assessor Técnico Jurídico e Assessor Jurídico da Educação, que talvez merecessem maior atenção, bem ponderou o autor da ação: 'Com efeito, a chefia da advocacia pública do Município, embora a título comissionado, deve recair sobre os integrantes da carreira respectiva, como ordena o parágrafo único

do art. 100 da Constituição Estadual, aplicável aos Municípios por obra de seu art. 144. A chefia da advocacia pública, inclusive a municipal, não está amplamente sujeita à livre escolha de seu titular, devendo ser restrita aos servidores de carreira. A tarefa de assessoria consultoria e representação jurídica nos Municípios é reservada aos profissionais de carreira na advocacia pública, investidos mediante aprovação em concurso público (§ 2º do art. 98 da Constituição Estadual), como vem se decidindo.'" (ADIn nº 0.107.150-26.2012.8.26.0000 – v.u. j. de 05.06.13 – Rel. Des. **ELLIOT AKEL**).

E,

"Ao ***advogado público****, detentor de independência técnica profissional para o desempenho de suas funções, cada vez mais complexas dadas as transformações no exercício da atividade junto a Administração Pública,* ***compete uma defesa institucional comprometida que evite a malversação de recursos públicos, por vezes controlando a gestão pública através de imposição de limites aos governantes e orientando no sentido da melhor utilização dos recursos disponíveis****."*

"Daí porque, para assegurar a efetividade do controle interno é ***indispensável que os agentes públicos incumbidos de tal atribuição detenham garantias funcionais, assumindo características especiais*** *(p.e., discricionariedade, despolitização, privatividade, independência funcional etc.)."*

"Em outras palavras, a Advocacia Pública nos municípios ***deve ser exercida por agentes públicos devidamente qualificados, ocupantes de cargos efetivos, investidos mediante prévia aprovação em concurso público de provas e títulos e organizados em carreira devidamente estruturada****, por este motivo o ato normativo impugnado incide em inconstitucionalidade, como bem asseverou em seu parecer a douta Procuradoria-Geral de Justiça..."* (grifei – ADIn nº 2.220.782-88.2015.8.26.0000 – v.u. j. de 27.07.16 – Rel. Des. **PÉRICLES PIZA**).

No mesmo sentido, os seguintes julgados: ADIn nº 0229475-08.2009.8.26.0000 – j. de 14.12.11 – Rel. Des. **JOSÉ REYNALDO**; ADIn nº 0459946-86.2010.8.26.0000 – j. de 12.09.12 – Rel. Des. **CAUDURO PADIN**; ADIn nº 0249936-93.2012.8.26.0000 – j. de 08.05.13 – Rel. Des. **ROBERTO MAC CRACKEN**; ADIn nº 0155172-81.2013.8.26.0000 j. de 13.11.13 Rel. Des. LUIS GANZERLA; ADIn nº 2.184.928-33.2015.8.26.0000 – v.u. j. de 17.02.16 – Rel. Des. **ANTONIO CARLOS VILLEN** – ADIn nº 2.038.657-21.2016.8.26.0000 – v.u. j. de 29.06.16 – Rel. Des. **PAULO DIMAS MASCARETTI**; ADIn nº 2.019.753-50.2016.8.26.0000 – v.u. j. de 03.08.16 – Rel. Des. **SÉRGIO RUI**; ADIn nº 0.177.331-18.2013.8.26.0000 – v.u. j. de

Acesso ao Sumário

03.02.14 e ADIN nº 2.043.689-41.2015.8.26.0000 – v.u. j. de 12.08.15 – de que fui Relator, dentre outros inúmeros arestos com igual solução.

Presente o vício de **inconstitucionalidade** no dispositivo em questão, de rigor retirá-lo do mundo jurídico.

De outra parte, as alterações trazidas pela **Resolução nº 426, de 19.02.16** (fls. 169/170), ao contrário do alegado pelo Presidente da Câmara Municipal ao requerer a extinção da presente ação por superveniente perda de objeto (fls. 165/167), **não** se prestam a **sanar** o vício aqui apontado.

A nova norma – Resolução nº 426/16 – criou a Unidade 'Procuradoria Legislativa' e seu respectivo 'Departamento Jurídico Legislativo' (art. 1º); com a consequente criação do emprego público de 'Procurador Legislativo' (art. 2º); definiu as competências da Unidade criada (art. 3º) e os requisitos e as atribuições do novo cargo criado (art. 4º); restringiu as atribuições do cargo de Assessor Jurídico à assessoria da Presidência (art. 5º) e determinou que eles continuem a desempenhar as funções até então desenvolvidas até a posse dos Procuradores Legislativos (art. 6º).

Assim, as alterações feitas quanto ao cargo de Assessor Jurídico aqui em exame, referem-se às suas **atribuições**, restringindo-as à **assessoria da Presidência**, subsistindo, portanto, o vício apontado – provimento em **comissão**.

Confira-se:

"Art. 5º – O Anexo VI da Resolução nº 379, de 23 de maio de 2009, tem a redação modificada na parte correspondente às atribuições do cargo de provimento em comissão de Assessor Jurídico, passando a constar na seguinte conformidade:"

"Assessor Jurídico"

"Requisito Básico: ensino superior completo, em Direito, bem como inscrição definitiva na OAB/SP – Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo. Controle de frequência e desempenho das atribuições: Presidência."

"ATRIBUIÇÕES"

"I – prestar orientação jurídica ao Presidente na organização dos trabalhos do Gabinete da Presidência;"

"II – assessorar o Presidente durante as sessões da Câmara Municipal ou reuniões em que esteja presente, sempre que convocado;"

"III – orientar o Presidente sobre assuntos relacionados às responsabilidades do dirigente, das quais decorram direitos e obrigações;"

"IV – prestar orientação jurídica aos serviços do Gabinete da Presidência;"

Acesso ao Sumário

"V – assessorar o Presidente em toda questão pertinente à sua qualificação profissional, com relação ao exercício do mandato frente às responsabilidades na direção da Câmara Municipal;"

"VI – orientar o Presidente em relação a editais, contratos, convênios, petições, requerimentos e demais documentos de natureza jurídica, sempre que provocado;"

"VII – representar o Presidente junto a repartições e autoridades públicas;"

"VIII – orientar os trabalhos de elaboração de proposituras, documentos e ofícios da Presidência;"

"IX – analisar e orientar os documentos relativos a pronunciamentos e publicações informativas da Presidência;"

"X – proceder à interlocução entre os trabalhos da Presidência e os setores administrativos da Câmara Municipal;"

"XI – outras atividades correlatas, de interesse e responsabilidade da Presidência da Câmara Municipal;" (fls. 170).

As restrições às atribuições do cargo não alteram a natureza jurídica dos serviços de **advocacia pública** a serem prestados. Presente ainda, o vício de inconstitucionalidade.

Como bem posto pela Douta Procuradoria:

"Conforme já exposto por esta Procuradoria-Geral de Justiça na contraminuta ofertada no bojo dos embargos de declaração opostos em face da decisão que concedeu a medida liminar a fim 'inviabilizar novas nomeações' (fl. 181), a Resolução nº 426/2016 (fls. 105 e 169) não revogou o ato normativo sub judice. *Ao contrário, esforçou sua validade disciplinando novas atribuições aos cargos de Assessor Jurídico."*

"As atribuições constantes na Resolução nº 426/2016 em essência repetem aquelas anteriormente fixadas na Resolução nº 413, de 11 de junho de 2014. Ainda que a nova redação não reproduza exata e fielmente os termos utilizados na regulamentação anterior, salta aos olhos a similaridade substancial."

"Ademais, a criação do emprego público de Procurador Legislativo pela Resolução nº 426/2016 em nada altera o objeto desta ação direta."

"Assim, em atenção ao princípio da economia processual, reiteram-se os argumentos na petição de fls. 1/12, que ainda reputamos inteiramente pertinentes, visto que não foram apresentados (sic) *informações e argumentos aptos à improcedência do pedido."*

"A atividade de advocacia pública, inclusive a assessoria e a consultoria de corporações legislativas, e suas respectivas chefias, são

Acesso ao Sumário

reservadas a profissionais recrutados pelo sistema de mérito."

"É o que se infere dos arts. 30 e 98 a 100 da Constituição Federal ao tratar da advocacia pública estadual."

"Os preceitos constitucionais (central e radial) cunham a exclusividade e a profissionalidade da função aos agentes respectivos investidos mediante concurso público (inclusive a chefia do órgão, cujo agente deve ser nomeado e exonerado ad nutum *dentre os seus integrantes), o que é reverberado pela jurisprudência."*

"Assim, a natureza técnica profissional do cargo de ***Assessor Jurídico****, por força dos arts. 30 e 98 a 100 da Constituição Estadual, não possibilita que o cargo seja de provimento em comissão."* (fls. 189/190).

Assim, de rigor o reconhecimento da inconstitucionalidade do **cargo de Assessor Jurídico** constante do **Anexo II da Resolução nº 379, de 23.09.09, alterada pelas Resoluções nºs. 396, de 21.12.11 e 398, de 21.03.12.**

Impõe-se, **por arrastamento**, reconhecer também a inconstitucionalidade dos **arts. 5º e 6º da Resolução nº 426, de 19.04.16, bem como de parte do Anexo VI da Resolução nº 379/09 introduzido pela Resolução nº 413, de 11.06.14, apenas e tão somente quanto à definição das atribuições de 'Assessor Jurídico' (fls. 67)**.

Dispositivos serão diretamente afetados pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do **cargo de Assessor Jurídico** constante do **Anexo II da Resolução nº 379, de 23.09.09, alterada pelas Resoluções nºs. 396, de 21.12.11 e 398, de 21.03.12**.

Segura a orientação do **Pretório Excelso** quanto ao ponto:

"II – Segundo a jurisprudência dessa Corte, ***na hipótese de determinada norma constituir fundamento de validade para outro preceito normativo, a inconstitucionalidade daquela implica a invalidade, por arrastamento, desse****. Precedentes."* (grifei – RE 631698/AgR/PR – j. de 22.05.12 – Rel. Min. **RICARDO LEWANDOWSKI**).

Daí também o reconhecimento de inconstitucionalidade, por arrastamento, dos **arts. 5º e 6º da Resolução nº 426, de 19.04.16, bem como de parte do Anexo VI da Resolução nº 379/09 introduzido pela Resolução nº 413, de 11.06.14, no tocante a definição das atribuições de Assessor Jurídico (fls. 67)**.

Mais não é preciso acrescentar.

Evidenciada a incompatibilidade de cada uma das normas locais impugnadas com os **arts. 30; 98 a 100; 115, incisos I, II e V e 144, da Constituição Estadual**.

Daí a procedência da ação para declarar a **inconstitucionalidade** do cargo

Acesso ao Sumário

de **Assessor Jurídico** constante do **Anexo II da Resolução nº 379, de 23.09.09, alterada pelas Resoluções nºs. 396, de 21.12.11 e 398, de 21.03.12** e por **arrastamento** dos **arts. 5º e 6º da Resolução nº 426, de 19.04.16, bem como de parte do Anexo VI da Resolução nº 379/09 introduzido pela Resolução nº 413, de 11.06.14, apenas e tão somente quanto à definição das atribuições de Assessor Jurídico**.

Faz-se oportuna a **modulação** dos efeitos desta declaração – **art. 27 da Lei Federal nº 9.868/99**.

Segundo precedente deste **Órgão Especial**:

"Tem lugar, no entanto, a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do ato normativo questionado, na forma do art. 27 da Lei Federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999."

"A propósito, anotam Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins, precisamente, que: '... a técnica da modulação dos efeitos temporais da decisão, prevista no artigo 27 da Lei Federal nº 9.868/99, qualifica-se como exceção ao princípio da nulidade da lei inconstitucional – segundo o qual a exclusão do ato normativo contrário à Constituição do cenário jurídico deve retroagir até a data de sua entrada em vigor –, e, em razão disso, demanda, para sua correta aplicação, além da observância dos pressupostos legalmente exigidos (razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social), um juízo de ponderação, à luz do postulado da proporcionalidade, 'entre os interesses afetados pela lei inconstitucional e aqueles que seriam eventualmente sacrificados em consequência da declaração de inconstitucionalidade'' (v. "Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999", 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 27)." (ADIn nº 0022160-68.2013.8.26.0000 – j. de 24.07.13 – Rel. Des. **PAULO DIMAS MASCARETTI**).

A **retroação** dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, a partir do início da vigência das respectivas legislações, acabaria por atingir a esfera jurídica dos servidores que obtiveram vantagens patrimoniais com fundamento nesses dispositivos, obrigando-os ao ressarcimento do erário municipal. No entanto, descabida a repetição de aludidas parcelas quando recebidas de boa-fé, além de ensejar enriquecimento sem causa da Administração que teve prestados os serviços e por ele não arcaria com o pagamento.

Diante da presença de interesse social na espécie – tempo para a municipalidade efetuar a necessária substituição dos comissionados por concursados sem comprometimento da Administração –, suspende-se a **eficácia** a presente declaração de inconstitucionalidade até 1º de janeiro de 2017, em que

Acesso ao Sumário

pese a liminar aqui concedida (fls. 77), em face da proximidade das eleições municipais e da inconstitucionalidade reconhecida por arrastamento atingindo normas não abrangidas pela liminar.

Procedente a ação, para o fim de declarar a **inconstitucionalidade** quanto ao cargo de **Assessor Jurídico** constante do **Anexo II da Resolução nº 379, de 23.09.09, alterada pelas Resoluções nºs. 396, de 21.12.11 e 398, de 21.03.12** e por **arrastamento** dos **arts. 5º e 6º da Resolução nº 426, de 19.04.16, bem como de parte do Anexo VI da Resolução nº 379/09 introduzido pela Resolução nº 413, de 11.06.14, apenas e tão somente quanto à definição das atribuições de Assessor Jurídico**.

3. Julgo procedente a ação, com modulação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2057022-26.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MONTE APRAZÍVEL e PREFEITO MUNICIPAL DE MONTE APRAZÍVEL.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.515)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI e CARLOS BUENO.

São Paulo, 24 de agosto de 2016.

FERRAZ DE ARRUDA, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CARGO EM COMISSÃO – "ASSESSOR JURÍDICO",

Acesso ao Sumário

CRIADO PELA LC 01/2010, COM ALTERAÇÕES DA LC 02/2014 – PATENTE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 98 A 100, 115, I, II E V E 144, TODOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – CARGO DE NATUREZA TÉCNICA CUJO PROVIMENTO DEVE SE DAR POR MEIO DE CONCURSO PÚBLICO – AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO DE EFEITOS.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo em face do cargo comissionado de "Assessor Jurídico" previsto nos Anexos II e VIII, da Lei Complementar nº 01, de 27 de setembro de 2010, com as alterações promovidas pela Lei Complementar nº 02/14, ambas do Município de Monte Aprazível, por ofensa aos artigos 30, 98 a 100, 111, 115, incisos I, II e V, e 144, da Constituição Estadual Paulista.

Alega o autor, em síntese, que as atribuições do cargo possuem natureza técnica, burocrática, operacional e profissional que são incompatíveis com a forma de provimento em comissão. Sustenta que referido cargo revela funções ordinárias, que exigem tão somente de seu servidor o dever comum de lealdade às instituições públicas, necessárias a todo agente público, estando fora dos níveis de direção, chefia e assessoramento superior exigidos pelo Constituinte Originário quando da edição de regra destinada aos cargos comissionados.

Acrescenta que a regra para o Poder Público é o preenchimento dos cargos por concurso público de provas ou de provas e títulos, garantindo-se a acessibilidade geral preconizada no artigo 37, I e II, da Constituição Federal, reproduzido integralmente no artigo 115, I e II, da Constituição Estadual.

Aduz, ainda, que a atividade de advocacia pública é reservada a profissionais recrutados pelo sistema de mérito, a rigor do disposto nos artigos 30, 98 a 100, da Constituição Bandeirante e que devem ser observados pelos Municípios, por força de seu artigo 144.

Sem pedido liminar, o feito foi processado.

Vieram aos autos informações da Municipalidade, na pessoa do Prefeito Municipal, defendendo a norma impugnada sob o argumento de que as funções de advogados municipais e assessor jurídico são distintas, sendo esta última de confiança do Prefeito e que além do assessor jurídico comissionado há dois advogados concursados nos quadros da Prefeitura. Subsidiariamente, formulou-se pedido de modulação dos efeitos de eventual decisão de inconstitucionalidade para que sejam preservados os atos já praticados pelo ocupante do cargo em comissão impugnado e a remuneração por ele percebida, dado seu caráter

Acesso ao Sumário

alimentar (págs. 371/381).

A Câmara Municipal informou que a norma teve regular tramitação naquela casa e que, por tratar de organização de quadro de pessoal do Executivo, matéria de exclusiva competência do Prefeito, e por não conter flagrante ilegalidade, não sofreu qualquer emenda modificativa ou supressiva por parte dos Vereadores (págs. 389/391).

A Procuradoria Geral do Estado, considerando que os dispositivos legais atacados tratam de matéria exclusivamente local, manifestou não possuir interesse na sua defesa (págs. 384/387).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação e pelo não cabimento de qualquer modulação dos efeitos (págs. 394/396).

É o relatório.

A Lei Complementar nº 01/2010, que dispôs sobre a reestruturação administrativa dos empregados públicos do Poder Executivo Municipal de Monte Aprazível, criou, em seus Anexos II e VIII, 01 emprego público de provimento em comissão de Assessor Jurídico – Ref. 20 (pág. 99), cujas funções são:

• Coordenar os trabalhos de defesa e representação dos direitos e interesses do Município, em juízo ou fora dele;

• Prestar assessoramento jurídico ao Prefeito e aos órgãos municipais da Prefeitura, sempre que necessário, através da elaboração de estudos e pareceres;

• Determinar, fiscalizar e orientar a cobrança judicial da dívida ativa do Município ou de quaisquer outras dívidas que não forem liquidadas nos prazos legais;

• Supervisionar e coordenar os trabalhos de elaboração de projetos de leis, justificativas de vetos, decretos, regulamentos, contratos e outros documentos de natureza jurídica, de acordo com o interesse da Administração;

• Assessorar o Prefeito nos atos executivos relativos à desapropriação, alienação e aquisição de imóveis pela Prefeitura e nos contratos em geral e promover as ações judiciais respectivas;

• Assessorar o Município em todo e qualquer litígio sobre questões fundiárias; analisar e aprovar procedimentos licitatórios, contratos, convênios e outros ajustes a serem firmados pelo Município;

• Assistir a órgãos e entidades da Administração Municipal no controle interno da legalidade dos atos administrativos a serem por ela praticados ou já efetivados;

• Prestar orientação jurídica nas sindicâncias e processos administrativos;

Acesso ao Sumário

• Defender, perante o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em plenário ou fora dele, os interesses do Município, inclusive quando da apreciação das contas municipais, promovendo e requerendo o que for de direito;

• Promover o exame de processos e documentos, intervindo nos expedientes administrativos de tomadas de contas e de imposição de multas, quando da alçada do Tribunal;

• Levar ao conhecimento do Prefeito, para fins de direito, qualquer dolo, fraude, concussão, simulação, peculato ou outras irregularidades de que venha a ter ciência;

• Manter atualizada a coletânea de leis municipais, bem como a legislação federal e do Estado de interesse do Município;

• Promover e supervisionar a execução de atividades de proteção ao consumidor;

• Desenvolver outras atividades conforme for determinado e acordado. (pág. 117)

A criação de cargos em comissão e funções de confiança possui regramento na Constituição do Estado (que por sua vez repete disposição da Constituição Federal – artigo 37 e incisos).

Dispõe o artigo 115, da CE:

Art. 115 – Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:

I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preenchem os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; (redação dada pela EC 21/2006)

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissões, declarado em lei, de livre nomeação e exoneração;

(...)

V – as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; (redação dada pela EC 21/2006)

Com efeito, não é a denominação conferida ao cargo ou emprego que define se suas atribuições são de direção, chefia ou assessoramento, mas a natureza das funções efetivamente outorgadas ao ocupante do posto.

Acesso ao Sumário

Destarte, as funções atribuídas ao emprego de Assessor Jurídico, criado pela norma ora impugnada, se mostram genéricas, revelando sua natureza técnica e profissional que descaracteriza a excepcionalidade exigível aos cargos de direção, chefia e assessoramento, caracterizada pelo estabelecimento de vínculo de confiança ou fidelidade com a autoridade nomeante.

Não bastasse, releva consignar que o cargo em debate possui atribuições assemelhadas àquelas atribuídas ao cargo de advogado (pág. 160) que, pela ausência da excepcionalidade, deve ser reservado a profissional recrutado por meio de certame público.

Como se infere da leitura dos artigos 98 a 100, da Constituição Estadual, a atividade de advocacia pública, inclusive a assessoria e a consultoria de corporações legislativas e suas respectivas chefias, são reservadas a profissionais recrutados pelo sistema de mérito e que se reportam ao modelo traçado no artigo 132, da Constituição Federal quando regula a advocacia pública estadual, modelo que deve igualmente ser observado pelos Municípios, por força do insculpido no artigo 144, da Constituição Estadual.

Cuidando-se, pois, de cargo de natureza técnico-profissional, de rigor o seu provimento por meio de concurso público, em conformidade com as citadas normas constitucionais.

Em tais condições, julgo procedente a presente ação para declarar a inconstitucionalidade do cargo em comissão de "Assessor Jurídico", previsto nos Anexos II e VIII, da Lei Complementar nº 01/2010, com as alterações promovidas pela LC nº 02/2014, ambas do Município de Monte Aprazível, modulando seus efeitos para que tenham início em 02 de janeiro de 2017.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2249065-24.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE RIO CLARO e PREFEITO MUNICIPAL DE RIO CLARO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM EFEITOS 'EX TUNC' E COM OBSERVAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.186)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI,

RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO e BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 14 de setembro de 2016.

JOÃO NEGRINI FILHO, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ART. 80 DA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL Nº 96, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2014, DO MUNICÍPIO DE RIO CLARO – PREVISÃO DE ADICIONAL DE RESPONSABILIDADE TÉCNICA (ART) DE 60% DOS VENCIMENTOS PARA PROCURADORES DA CÂMARA E SEU DIRETOR JURÍDICO – AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO, NA NORMA, DAS SITUAÇÕES QUE DARIAM ENSEJO AO RECEBIMENTO DA VANTAGEM – CASO CONCRETO EM QUE O ACRÉSCIMO SALARIAL CONFIGURA AUMENTO INDIRETO E DISSIMULADO DE REMUNERAÇÃO – VIOLAÇÃO AOS ARTS. 111 E 128 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – AÇÃO JULGADA PROCEDENTE PELO MÉRITO, COM EFEITOS "EX TUNC", PORÉM OBSERVADA A IRREPETIBILIDADE DAS VERBAS DE NATUREZA ALIMENTAR JÁ PAGAS.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido liminar, proposta pela PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA, que pretende a declaração de inconstitucionalidade do art. 80 da Lei Complementar nº 96, de 22 de dezembro de 2014, do Município de Rio Claro, o qual prevê o "Adicional de Responsabilidade Técnica – ART" aos ocupantes dos cargos de Procurador Jurídico e Diretor Jurídico, no percentual de 60%, desde que não percebam o adicional referente ao Regime de Dedicação Exclusiva.

Expõe a autora, em resumo, que a norma em questão viola os arts. 111 e 128 da Constituição Estadual, os quais prescrevem os princípios da moralidade,

da impessoalidade e da razoabilidade e autorizam a instituição de vantagens por meio de lei e apenas quando atenderem efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço. Argumenta que a instituição de vantagem pecuniária individual pelo simples fato de serem servidores públicos não se conforma à moral administrativa e ao interesse público, ressaltando que o dispositivo em tela não traz qualquer requisito ao recebimento do ART, tampouco este decorre de anormalidade nas funções ou em seu desempenho. Além disso, alega que o elevado percentual do adicional (60%) permite reconhecer ser ele mecanismo de aumento disfarçado da remuneração dos ocupantes daqueles cargos. Pede *in limine* a imediata suspensão da eficácia do art. 80 da Lei Complementar Municipal nº 96/2014 e, ao final, o reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

O pedido de tutela antecipada foi deferido (fls. 124/125), a fim de suspender a eficácia do art. 80 da LCM 96/2014 até o julgamento desta demanda.

A Procuradoria Geral do Estado deixou de ser manifestar, por estar em discussão matéria de interesse exclusivamente local (fl. 140/142).

O Presidente da Câmara manifestou-se às fls. 144/156, atestando não haver inconstitucionalidade na lei em questão. Afirma que o ART – Adicional de Responsabilidade Técnica foi instituído no âmbito da Câmara Municipal em substituição ao ANU – Adicional de Nível Universitário, o qual fora criado pela Resolução 226/2003 para retribuir os exercentes de funções técnicas, científicas ou didáticas. Em outras palavras, houve apenas a mudança de nomenclatura do ANU por ART, sem qualquer aumento na remuneração dos servidores. Esclarece que o ANU tem previsão expressa na doutrina, classificado como adicional de função (*ex facto officii*), decorrente do caráter técnico de certas atividades da Administração, que exigem conhecimentos especializados para serem bem realizadas, isto é, uma particular dedicação ou habilitação que refujam à rotina burocrática. Acrescenta que os Advogados Públicos, especialmente os Procuradores Jurídicos, corriqueiramente se manifestam em pareceres jurídico-técnicos acerca de determinadas matérias para as quais necessitam de habilitação especial ou conhecimento especializado (inclusive a aprovação no Exame de Ordem), o que demonstra o desempenho de funções especiais, máxime porque tais pareceres diversas vezes constituem a motivação de atos administrativos. Ainda, refere que, em decorrência de maior responsabilidade, não raramente os Procuradores da Câmara ficam à disposição de Vereadores e da Mesa Diretora, inclusive em finais de semana, bem como laboram além do horário normal de expediente, participando de audiências públicas, acompanhando o trabalho de Comissões Parlamentares, discutindo a elaboração de Projetos de Lei e fiscalizando atos do Poder Executivo. Outrossim, explana que a alteração de nome do adicional porque outros servidores estavam pleiteando tal vantagem apenas porque possuíam diploma universitário, sendo certo que o pagamento deste adicional apenas a quem teria efetivo direito de recebê-lo é medida

Acesso ao Sumário

que prestigia a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência da Administração, ao contrário do que sustenta do Procurador-Geral de Justiça. Por fim, aduz que os vencimentos do cargo de Procurador da Câmara devem ser compatíveis com a complexidade das atribuições e qualificação do servidor, sendo certo que o estipêndio do Município de Rio Claro, sem a referida gratificação, ficaria abaixo das médias das cidades da região. Pede, diante disso, o julgamento de improcedência da ação.

O Prefeito Municipal, mesmo intimado, não se manifestou (fl. 224).

A douta Procuradoria Geral de Justiça se manifestou sobre as informações prestadas. Aos argumentos trazidos na peça vestibular, acrescentou que a Lei em questão não traz qualquer requisito para o recebimento da gratificação, sendo ela paga pelo simples fato de os servidores ocuparem o cargo de Procurador Jurídico ou Diretor Jurídico, o que, como já argumentado, contraria os princípios constitucionais da Administração Pública. Salienta, também, que o percentual da gratificação (60%) para a realização das atividades intrínsecas do cargo de Procurador Jurídico denota aumento salarial dissimulado. Reitera, destarte, o pedido de procedência da ação.

É o relatório.

A ação é procedente.

Prescreve o art. 80 da LCM 96/14:

"Art. 80 – Os ocupantes dos cargos de Procurador Jurídico e de Diretor Jurídico terão direito a perceber Adicional de Responsabilidade Técnica (ART), no percentual de 60% (sessenta por cento).

§1º – O referido adicional só poderá ser pago, desde que os ocupantes dos referidos cargos não percebam o adicional referente ao Regime de Dedicação Exclusiva (RDE).

§2º – Ficam extintas as Resoluções 226/2003 e 293/2013.

§3º – A gratificação prevista no caput deste artigo incorporar-se-á aos vencimentos dos servidores na proporção de 1/5 (um cinco avos) por ano de valores percebidos."

A vantagem em tela, à toda evidência, não atende o interesse público e as exigências do serviço público e contraria os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, violando os artigos 111 e 128 da CE.

Segundo as informações prestadas pela Câmara Municipal, os Procuradores Jurídicos se manifestam em pareceres jurídico-técnicos, que diversas vezes constituem a motivação de atos administrativos, e ficam à disposição de Vereadores e da Mesa Diretora, além do expediente normal de trabalho, inclusive em finais de semana, participando de audiências públicas, acompanhando o trabalho de Comissões Parlamentares, discutindo a elaboração

Acesso ao Sumário

de Projetos de Lei e fiscalizando atos do Poder Executivo.

Ora, com o devido respeito, todas essas atividades são pressupostas do cargo de Procurador Jurídico e, se elas fossem consideradas gratificadas, não sobrariam funções singelas para tal carreira.

Note-se que, caso os Procuradores da Câmara de Rio Claro não tenham cargo comissionado (não há indicação clara nos autos sobre a forma de contratação, sendo certo que o art. 80 da LCM 96/14 também faz menção ao Diretor Jurídico, o qual é de livre nomeação, conforme constou de outra ADI movida pelo Ministério Público em face de norma municipal de Rio Claro), o trabalho realizado fora do expediente normal deve ser remunerado com horas extraordinárias, não por meio de adicional.

De outro lado, se exercerem função comissionada, é certo que já auferem remuneração diferente, normalmente superior à dos demais cargos, e não percebem hora extra, tampouco gratificação, bonificação ou qualquer outra vantagem por dedicação exclusiva.

Em resumo, percebe-se que o adicional em debate tem a finalidade concreta de conceder aumento de remuneração para este grupo de servidores municipais, principalmente porque não é razoável a previsão de vantagem pecuniária apenas por ter o Procurador concluído o ensino superior – para exercer o cargo de Procurador ou Diretor Jurídico é exigência mínima a conclusão do curso de Direito, não havendo lógica em pagar-se gratificação por algo que é intrínseco ao cargo.

Destarte, cumpre reconhecer que a concessão de vantagem pecuniária nessas circunstâncias não atende ao interesse público, tampouco às exigências do serviço, com evidente violação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, visto que, ao privilegiar o interesse pecuniário de uma parcela dos funcionários públicos municipais não traz qualquer benefício para o serviço a ser prestado à população.

Assim já decidiu este C. Órgão Especial na ADI nº 0065458-47.2012.8.26.0000.

Em resumo, a ação deve ser julgada procedente, declarando inconstitucional o art. 80 da Lei Complementar Municipal 80/2014 de Rio Claro, com efeitos "ex tunc", devendo ser observada, porém, a irrepetibilidade das verbas de caráter alimentar já pagas.

Ante o exposto, julgo PROCEDENTE a ação direta de inconstitucionalidade.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2085338-49.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.858)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO e SÉRGIO RUI.

São Paulo, 14 de setembro de 2016.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Municipal nº 9.803, de 21 de março de 2016, que dispõe sobre a introdução de texto informativo em sinalizações verticais e horizontais, instaladas em locais públicos do Município, advertindo sobre as penalidades de uso indevido de vagas de estacionamento destinadas a idosos e portadores de deficiência física – Matéria relativa à Administração Municipal, de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo – Vício de iniciativa – Ofensa ao princípio da harmonia e independência dos Poderes – Descabida a alegação de contrariedade ao artigo 25, da Constituição do Estado – Dispositivo que previu, genericamente, a fonte de custeio – Precedentes deste Colendo Órgão Especial – Violação aos artigos 5º, 47, incisos II, XIV, XIX, "a" e 144, da Constituição Estadual.

Pedido procedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Santo André visando ao reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 9.803, de 21 de março de 2016, que "dispõe sobre a introdução de texto informativo em sinalizações verticais e horizontais, instalados em locais públicos deste Município, advertindo sobre as penalidades do uso indevido de vagas de estacionamento destinadas a idosos e portadores de deficiência física", porque, segundo ele, viola o disposto nos artigos 5º e 25, da Constituição do Estado de São Paulo. Sustenta que a norma combatida, padece de vícios insanáveis, *v.g.* o vício de iniciativa, ao tratar de matéria relativa à gestão administrativa, cuja iniciativa é exclusiva do Chefe do Poder Executivo; fere, ainda, o disposto no artigo 22, da Constituição Federal, vez que compete à União legislar sobre trânsito e transporte. Acrescenta, também, que a norma guerreada afronta o princípio da separação dos Poderes, na medida em que ao Executivo cabe a função de administrar. Diz que estão presentes os requisitos para a concessão da liminar e, ao final, requer seja declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 9.803, de 21 de março de 2016, do Município de Santo André.

A liminar foi deferida (fl. 46/50).

A Procuradoria Geral do Estado, citada, mostrou desinteresse em realizar a defesa da norma impugnada (fl. 61/62).

Notificado, o Presidente da Câmara Municipal de Santo André (fl. 56), não apresentou informações (fl. 65).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 67/77, opinou pela procedência do pedido.

2. É o relatório.

Ex ante, cumpre asseverar a inadmissibilidade do controle abstrato de constitucionalidade, pela via da ação direta de inconstitucionalidade, a cargo do Tribunal de Justiça do Estado, de lei municipal perante a Constituição Federal ou a Lei Orgânica do Município, operando-se tão somente em relação à Constituição do Estado, ao teor dos artigos 125, § 2º, da Constituição Federal, e 74, inciso VI, da Constituição do Estado de São Paulo.

Assim, o pedido inicial deve ficar restrito à hipótese de eventual ofensa as normas da Constituição Estadual, consoante aplicação do disposto no artigo 90, *caput*, da Carta Bandeirante.

A Lei nº 9.803, de 21 de março de 2016, do Município de Santo André, tem a seguinte redação:

> **"Art. 1º O poder público municipal promoverá a inserção de texto informativo nas sinalizações verticais e horizontais, instalados em locais públicos sujeitos à fiscalização, neste município,**

Acesso ao Sumário

comunicando o valor da multa e o grau da infração, relativo ao uso indevido de vagas de estacionamento destinadas a idosos e portadores de deficiência física.

Art. 2º As despesas com a execução desta lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias suplementadas se necessário.

Art. 3º O Poder Executivo regulamentará esta lei no prazo de 90 (noventa) dias, contados a partir da data de sua publicação.

Art. 4º Revogam-se as disposições em contrário."

Com efeito, a lei impugnada transborda o poder do Legislativo, pois revela verdadeira ingerência no Executivo Municipal, com interferência em área exclusiva da Administração, privativa do Executivo inclusive quanto à iniciativa do projeto de lei.

Sobre o processo legislativo, destaca-se trecho da obra de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *in verbis*: **"... as regras de fixação de competência para a iniciativa do processo legislativo têm como corolário o princípio da separação dos poderes, que nada mais é do que o mecanismo jurídico que serve à organização do Estado, definindo órgãos, estabelecendo competências e marcando relações recíprocas entre esses mesmos órgãos"** (Cf. "Do Processo Legislativo", Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Ed. Saraiva, p. 111/112).

O princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania tem uma função de garantia da Constituição, pois os esquemas de responsabilidade e controle entre os vários órgãos transformam-se em relevantes fatores de observância da Constituição (J.J. Gomes Canotilho, *in* Direito Constitucional, ed. 1991, p. 321 e 695).

Sobre o tema, esclarece Dalmo Dallari que **"o sistema de separação dos poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como *sistema de freios e contrapesos*"** (*in* Elementos de Teoria Geral do Estado, p. 193).

E, segundo o princípio tradicional de balança de *poderes e contrapesos constitucionais*, cada um dos Poderes serve de limitação do arbítrio dos outros simplesmente por exercer sua ação constitucional dentro dos limites intransponíveis de sua *própria competência* (Eusébio de Queiroz Lima, *in* Teoria do Estado, p. 307). E, na prática de atos, **"se houver exorbitância de qualquer dos Poderes surge a ação fiscalizadora do Poder Judiciário, obrigando a cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência"** (Dalmo Dallari, *in* ob. cit., p. 193).

Acesso ao Sumário

Nessa esteira, a norma de iniciativa parlamentar, ao dispor sobre a introdução de texto informativo em sinalizações verticais e horizontais,

advertindo sobre as penalidades de uso indevido de vagas de estacionamento destinadas a idosos e portadores de deficiência física, no âmbito do Município de Santo André, avançou sobre campo de gestão administrativa, ou seja, tratou de matéria cuja iniciativa legislativa é reservada ao Chefe do Poder Executivo.

Assim, "Ives Gandra Martins, referindo-se aos atos típicos de administração, ensina que **'sobre tais matérias tem o Poder Executivo melhor visão do que o Legislativo, por as estar gerindo. A administração da coisa pública, não poucas vezes, exige conhecimento que o Legislativo não tem, e outorgar a este Poder o direito de apresentar os projetos que desejasse seria oferecer-lhe o poder de ter iniciativa sobre assuntos que refogem a sua maior especialidade'** ('Comentários à Constituição do Brasil', 4º vol. Tomo I, 3ª ed., atualizada, São Paulo, Saraiva, 2002)."[1]

Com efeito, compete ao Chefe do Poder Executivo o exercício da direção superior da Administração, a prática de atos de administração típica e ordinária, e a disciplina de sua organização e de seu funcionamento (artigo 47, incisos II, XIV e XIX, *a*, da Constituição Bandeirante), consagrando atribuições de chefia de governo.

O Poder Legislativo Municipal, a seu turno, é o que elabora, modifica, altera e emenda as leis, em caráter geral, abstrato e impessoal, que regula o comportamento dos munícipes. A Câmara do Município não administra, mas apenas fixa regras de administração, reguladoras da atuação administrativa do Prefeito. Por isso, por deliberação do plenário, pode indicar medidas administrativas ao Chefe do Poder Executivo Municipal, a título de colaboração e sem qualquer obrigatoriedade. Todavia, não pode prover situações concretas por seus próprios atos e impor ao Executivo a tomada de medidas específicas de exclusiva atribuição e competência.

Na hipótese, o Legislativo Municipal, ao editar a Lei nº 9.803, de 21 de março de 2016, interferiu, de maneira nítida, na esfera de atribuições próprias do Executivo local, pois "trata-se de atividade nitidamente administrativa, representativa de atos de gestão, de escolha política para a satisfação das necessidades essenciais coletivas, vinculadas aos direitos fundamentais" (Cf. parecer de fl. 67/77, da D. Procuradoria Geral de Justiça).

A propósito, seguem os julgados:

"Ação direta de inconstitucionalidade – Lei municipal, de iniciativa parlamentar, que dispõe sobre reserva de vagas para idosos em estacionamentos públicos e privados do município – Lei que, não obstante se ater a mandamento de lei nacional e resolução do CONTRAN, por cuidar de matéria atinente a gestão administrativa do município, deveria provir da iniciativa do Chefe do Poder

Acesso ao Sumário

1 ADIn nº 2047125-42.2014.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 22/10/2014.

Executivo, e não de Vereador – Violação do princípio de separação de poderes e normas constitucionais correlatas da Constituição do Estado de São Paulo – Lei declarada inconstitucional." (ADIn nº 180.370-0/2, Relator Desembargador Walter de Almeida Guilherme, j. em 24/02/2010).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL 7.458, DE 15 DE FEVEREIRO DE 2016, DE GUARULHOS – DISPÕE SOBRE A IMPLANTAÇÃO, PELO EXECUTIVO MUNICIPAL, DE BANCO DE DADOS SOBRE VEÍCULOS ENVOLVIDOS EM ACIDENTES DE TRÂNSITO – PROCESSO LEGISLATIVO – INICIATIVA PARLAMENTAR – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – MATÉRIA DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO – AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, 47, II, XI E XIV, E 144, TODOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – INGERÊNCIA NAS ATIVIDADES PRÓPRIAS DE DIREÇÃO DA CIDADE – INADMISSIBILIDADE. Não cabe ao Poder Legislativo, sob pena de grave desrespeito ao postulado da separação de poderes, ainda que por lei, praticar atos de caráter administrativo próprios do Poder Executivo, cuja atuação privativa na deflagração do processo legislativo está definida no texto constitucional. Essa prática legislativa de invadir a esfera de competência exclusiva do Executivo, quando efetivada, subverte a função primária da lei, transgride o princípio da divisão funcional do poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parlamentar e importa em atuação ultra vires do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais. PROCEDÊNCIA, PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA IMPUGNADA." (ADIn nº 2087860-49.2016.8.26.0000, Rel. Des. Amorim Cantuária, j. 17/08/2016).

Nesse diapasão, evidente a invasão pela Câmara Municipal de Santo André na esfera de competência privativa do Executivo Municipal, com afronta ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes, previsto no artigo 5º da Constituição do Estado de São Paulo, cuja observância é obrigatória, *ex vi* do artigo 144 da mesma Carta.

De outro lado, descabe a alegação do requerente de contrariedade ao artigo 25, da Constituição Bandeirante, pois, embora o artigo 2º, da Lei Municipal nº 9.803/2016, não indique, de forma específica, de onde viriam as despesas decorrentes da sua execução, prevê genericamente a fonte de custeio, de sorte que referida previsão não se constitui em mácula de constitucionalidade,

Acesso ao Sumário

podendo levar apenas à impossibilidade de sua execução no próprio exercício financeiro (Cf. ADI 1585-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 3.4.98; ADI 2339-SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 1.6.2001; ADI 2343-SC, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 13.6.2003). No mesmo sentido é o posicionamento deste Colendo Órgão Especial: ADIn nº 2035546-29.2016.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 27/07/2016; ADIn nº 2110879-55.2014.8.26.0000, Rel. Des. Márcio Bartoli, j. 12/11/2014.

Por epítome, flagrante a inconstitucionalidade da legislação impugnada, por afronta aos artigos 5º, 47, incisos II, XIV, XIX, "a", e 144, da Constituição do Estado de São Paulo.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, julgo procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 9.803, de 21 de março de 2016, do Município de Santo André.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2082659-76.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é requerente ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INDÚSTRIAS DE CALÇADOS, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ADMITIRAM A INTERVENÇÃO DO SINDICATO DO COMÉRCIO ATACADISTA DE COUROS E PELES DE SÃO PAULO NA CONDIÇÃO DE 'AMICUS CURIAE', AFASTARAM AS PRELIMINARES E JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.735)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 5 de outubro de 2016.

SÉRGIO RUI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 16.222, de 25 de junho de 2015. Proibição de produção e comercialização de *foie gras* no âmbito do Município de São Paulo. Sindicato do Comércio Atacadista de Couros e Peles de São Paulo. Pedido de habilitação como *amicus curiae*. Possibilidade. Inteligência do artigo 7º, parágrafo 2º, da Lei nº 9.868/99. Deferimento.

Ação direta de inconstitucionalidade. Preliminares. (i) Ilegitimidade ativa. Inocorrência. Representatividade de caráter nacional com derivação em todas as esferas. Ato normativo impugnado vinculado aos objetivos da autora. Aplicação do artigo 103, inciso IX, da Constituição Federal, e artigo 2º da Lei nº 9.868/1999. (ii) Impossibilidade jurídica do pedido. Descabimento. Competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar ação direta de inconstitucionalidade proposta em face de Lei Municipal, ainda que a ofensa a dispositivos da Constituição Estadual revele estreita correlação com preceitos da Constituição Federal. Inteligência do artigo 125, parágrafo 2º, da CF. Possibilidade de exame da ação com arrimo em aplicação ampla do artigo 144 da Carta Bandeirante. Preliminares rejeitadas.

Ação direta de inconstitucionalidade. Comercialização de artigos de couro. Legitimidade ativa e interesse processual da Associação Brasileira das Indústrias de Calçados – ABICALÇADOS. Demanda fundada na usurpação de competência, falta de razoabilidade e ausência da fonte de custeio da despesa haurida da lei. Atribuição legislativa do Município que se circunscreve aos assuntos de interesse local ou caráter supletivo da legislação federal e estadual, não podendo proibir, de forma ampla e geral, a comercialização de determinado produto, interferindo diretamente em sua produção e em seu consumo. Matéria abordada que extrapola o mero interesse local. Afronta aos artigos 111 e 144 da Constituição Estadual. Ação julgada procedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade levada a juízo pela Associação Brasileira das Indústrias de Calçados – ABICALÇADOS, em razão da edição da Lei nº 16.222, de 25 de junho de 2015, que *"proíbe a produção e a comercialização de foie gras e artigos de vestuários feitos com pele animal no âmbito da Cidade de São Paulo, e dá outras providências"*.

Alega a requerente que o ato normativo padece de inconstitucionalidade por afrontar os artigos 25, 111 e 144 da Constituição Estadual. Por conseguinte, enseja usurpação de competência legislativa da União e do Estado de São Paulo para legislar sobre produção e consumo, por extrapolar o interesse local, dispondo sobre matéria de âmbito nacional. Outrossim, fere os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, uma vez que o artigo 3º da Lei Municipal nº 16.222/2015 é manifestamente inadequado para alcançar a finalidade legal, revelando-se excessivamente restritivo e não se justificando enquanto medida para evitar alegados maus-tratos aos animais. Por fim, sustenta inexistir previsão da fonte de custeio da despesa de fiscalização decorrente da lei. Brada pela declaração da inconstitucionalidade do ato normativo. Pugna, ainda, pela concessão de liminar **inaudita altera parte** para suspender os efeitos do artigo de lei sob comento.

O pedido liminar foi deferido (fls. 120-121).

O Prefeito do Município de São Paulo prestou informações alegando – preliminarmente – (i) que a distribuição deveria ser livre, uma vez que já julgada a ADIn referente ao artigo 2º da mesma lei, (ii) ausência de representatividade adequada, vez que restringe sua atuação ao interesse de seus associados. No mérito, entende que (iii) o diploma cuida de matéria ambiental, tutelando os animais contra a crueldade, (iv) a lei densifica o mandamento constitucional de que se promova a educação ambiental, (v) inexiste conflito federativo entre o artigo 3º da Lei nº 16.222/2015 e as leis da União ou do Estado-membro que, ou versam sobre matéria diversa ou são adequadamente suplementadas pela norma local, (vi) compete ao Município legislar em matéria ambiental, segundo recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, (vii) há interesse local e responsabilidade do Município por se tratar do maior centro consumidor de artigos de vestuário confeccionados com couro de animais exclusivamente criados para esse fim, (viii) a lei não implica aumento de despesa para o Município nem cria obrigações para o Poder Público, (ix) há proporcionalidade da medida adotada. Pugna, finalmente, pela redistribuição livre dos autos, não seja conhecida a ação por ausência de representatividade adequada da autora e, no mérito, postula a improcedência da demanda, declarando-se constitucional o artigo 3º da Lei Municipal nº 16.222/2015.

Acesso ao Sumário

Citado, o Procurador Geral do Estado declinou do interesse na promoção da defesa do ato impugnado (fls. 182).

As informações prestadas pelo Presidente da Câmara Municipal foram, essencialmente, no mesmo sentido da manifestação do Prefeito e, relativamente aos pedidos formulados, pugna pela redistribuição livre dos autos ou pela extinção da ação sem julgamento do mérito – em decorrência da ilegitimidade da parte autora e da impossibilidade jurídica do pedido – e, no mérito, pela improcedência da demanda (fls. 184-227).

O Sindicato do Comércio Atacadista de Couros e Peles de São Paulo postulou sua aceitação como **amicus curiae** e apresentou documentos (fls. 314-355).

A Procuradoria Geral de Justiça, em preliminar, bateu-se pelo deferimento do ingresso do Sindicato do Comércio Atacadista de Couros e Peles de São Paulo como **amicus curiae**, no mérito, opinou pela improcedência da demanda (fls. 359-382).

Agravo regimental interposto pelo Prefeito foi improvido à unanimidade (fls. 384-416 e 435-443, respectivamente).

É o relatório.

Inicialmente, cumpre analisar o pedido de intervenção formulado pelo Sindicato do Comércio Atacadista de Couros e Peles de São Paulo.

No caso em testilha, o pleito do Sindicato merece acolhimento.

Em que pese a vedação à intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade, contida no **caput** do artigo 7º da Lei nº 9.868/99, reputa-se admissível, consoante o disposto no parágrafo 2º do mesmo artigo, a manifestação de entidades.

"Art. 7º –

§ 2º – O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos e entidades".

Assim, admite-se o Sindicato do Comércio Atacadista de Couros e Peles de São Paulo, mercê de seu inequívoco interesse no deslinde da lide e representatividade na discussão, na condição de **amicus curiae** em prol do aprofundamento do debate jurídico.

Relativamente à **questão** suscitada nas informações prestadas pelos requeridos – no sentido de que a distribuição deveria ser livre, uma vez que já julgada a ADIn nº 2137241-60.2015.8.26.0000, referente ao artigo 2º da lei municipal ora discutida – não prospera o inconformismo.

Em que pese a preocupação externada, a presente ADIn trata única e exclusivamente da análise do artigo 3º da Lei Municipal nº 16.222/2015, artigo este que foi objeto daquela primeira ação direta de inconstitucionalidade e que,

Acesso ao Sumário

naquela oportunidade, deixou de ser apreciado em decorrência da ilegitimidade ativa da então autora, a Associação Nacional de Restaurantes – ANR.

Assim, tendo este Relator tangenciado a questão anteriormente, encontra-se efetivamente prevento para a apreciação e julgamento desta demanda.

De outra sorte, a preliminar de ausência de representatividade adequada da autora não vinga.

Na dicção do artigo 103, inciso IX, da Constituição Federal, repetido no artigo 2º da Lei nº 9.868/1999:

"Art. 2º Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade:

(...)

IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional".

A Associação Brasileira das Indústrias de Calçados – ABICALÇADOS goza de atuação em âmbito nacional, bem como está legitimada à propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Colendo Supremo Tribunal Federal. Assim, não seria plausível negar-lhe legitimidade em périplo estadual.

Sob idêntica ideação, já decidiu o Colendo Órgão Especial:

"A princípio, com a devida *venia*, afasta-se a preliminar de ilegitimidade ativa da FEBRABAN para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal ou estadual por ofensa à Constituição do Estado não deve ser reconhecida. Tendo em vista que dispõe de competência para propositura de ações direta de inconstitucionalidade perante o Colendo Supremo Tribunal Federal, não seria razoável negar-lhe legitimidade no âmbito estadual. Assim sendo, afasta-se a preliminar arguida" (ADI 0318796-20.2010.8.26.0000 – Relator designado – Desembargador Roberto Mac Cracken, j. 29.02.2012).

Outrossim, não se cogita de inépcia da inicial, pois a representação proposta guarda clara indicação do ato normativo impugnado e os motivos pelos quais a autora clama pelo reconhecimento da inconstitucionalidade, proporcionando adequada manifestação dos requeridos em defesa da lei verberada.

Inexequível, ainda, o acolhimento da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido.

Acesso ao Sumário

A alegação de que a requerente não teria indicado expressamente quais os dispositivos que denotam ofensa à Constituição Estadual pela lei impugnada, apontando dispositivos da Constituição Federal, de modo que a Colenda Corte não poderia exercer o controle de constitucionalidade, é despicienda.

A propósito, nesse sentido já se pronunciou o E. Supremo Tribunal Federal:

"O Tribunal não está adstrito aos fundamentos invocados pelo autor, podendo declarar a inconstitucionalidade por fundamentos diversos dos expedidos na inicial" (Adin nº 2.396-MS, Relatora Min. Ellen Gracie, j. 08/05/2003).

Destarte, nada obstante tenha a autora mencionado ofensa a preceitos da Carta Magna, restou consignado, de forma clara, que a Lei nº 16.222/2015 afrontou dispositivos da Constituição Estadual.

No mais, na ação direta vigora o **princípio da *causa petendi* aberta**. Malgrado a obrigatoriedade legal dos fundamentos jurídicos na inicial, o Tribunal "não está a eles vinculado na apreciação que faz da constitucionalidade dos dispositivos questionados" (Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes – Controle Concentrado de Constitucionalidade – Comentários à Lei nº 9.868, de 10.11.1999 – Saraiva, São Paulo, 2ª ed., 2ª tiragem, p. 241).

Nesse diapasão:

"...a causa de pedir nas ações diretas de inconstitucionalidade é aberta, vale dizer que, verificada a incompatibilidade vertical entre o diploma legal questionado e o dispositivo na Constituição do Estado, ainda que não alegada na petição inicial, cabe ao Tribunal declarar a inconstitucionalidade da lei, por outro fundamento, que se ajusta ao caso..." (Adin nº 145.461-0/1-00, julgada em 16.04.2008 – Rel. Des. Luiz Tâmbara).

Assim, a peculiaridade de a autora ter assinalado dispositivos da Constituição Estadual de São Paulo que reproduzem texto da Carta Federal, não desqualifica a propositura, eis que isso não retira da Colenda Corte a incumbência de proceder ao controle de constitucionalidade da lei local.

Nessa ideação:

"Controle concentrado de constitucionalidade de lei estadual ou municipal que reproduz norma da Constituição Federal de observância obrigatória pelos entes da Federação. Competência do Tribunal de Justiça, com possibilidade de interposição de recurso extraordinário se a interpretação conferida à legislação contrariar o sentido e o alcance de dispositivo da Carta Federal. Precedentes" (AgRg-Suspensão de Liminar nº 10-SP, rel. Min. Maurício Corrêa).

Rejeitam-se, portanto, as preliminares arguidas.

No **mérito**, o inconformismo prospera.

A norma impugnada oferece a seguinte redação:

LEI Nº 16.222, DE 25 DE JUNHO DE 2015 (PROJETO DE LEI Nº 537/13, DO VEREADOR LAÉRCIO BENKO – PHS)

"Proíbe a produção e a comercialização de *foie gras* e artigos de vestuário feitos com pele animal no âmbito da Cidade de São Paulo, e dá outras providências.

Art. 1º – Esta lei dispõe sobre a proteção dos animais no âmbito do Município de São Paulo.

Art. 2º – Fica proibida a produção e comercialização de *foie gras*, **in natura** ou enlatado, nos estabelecimentos comerciais situados no âmbito do Município de São Paulo.

Art. 3º – Fica proibida a comercialização de artigos de vestuário, ainda

Acesso ao Sumário

que importados, confeccionados com couro animal criados exclusivamente para a extração e utilização de pele, no âmbito do Município de São Paulo.

Parágrafo único. Não serão alcançados pelo disposto nesta lei os produtos confeccionados com peles oriundos da produção pecuária em geral.

Art. 4º – A infração ao disposto nesta lei acarretará multa no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) e será aplicada em dobro em caso de reincidência, sem prejuízo da apreensão do produto.

Parágrafo único. O valor da multa de que trata o **caput** deste artigo será atualizado anualmente pela variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, apurado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, acumulada no exercício anterior, sendo que no caso de extinção desse índice será adotado outro, criado por lei federal, que reflita e recomponha o poder aquisitivo da moeda.

Art. 5º – O Poder Executivo regulamentará a presente lei, no que couber, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, contados da data de sua publicação.

Art. 6º – As despesas decorrentes da execução desta lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas, se necessário.

Art. 7º (VETADO)".

A ação é procedente, porquanto se verifica a ocorrência de extrapolação da limitação fixada pelo artigo 30, inciso I, da Constituição Federal, que confere competência legislativa ao Município para assuntos de interesse local ou de caráter supletivo da legislação federal e estadual. Assim, não pode proibir, de forma ampla e geral, a comercialização de determinado produto e interferir em sua produção e consumo.

Nesse sentido impende consignar:

"(...) 2. A competência constitucional dos Municípios de legislar sobre interesse local não tem o alcance de estabelecer normas que a própria Constituição, na repartição das competências, atribui à União ou aos Estados (...)" (RT 851/128).

Em nosso ordenamento jurídico, o controle de constitucionalidade por intermédio do Poder Judiciário irradia-se pela via de incidente, nas letras de Gomes Canotilho (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª edição, Almedina, p. 899), quando "...a inconstitucionalidade do ato normativo só pode ser invocada no decurso de uma ação submetida à apreciação dos tribunais. A questão da inconstitucionalidade é levantada, **por via de incidente**, por ocasião e no decurso de um processo comum (civil, penal, administrativo ou outro), e é discutida na medida em que seja **relevante** para a solução do caso concreto. Este controle chama-se também controle por **via de exceção**, porque a inconstitucionalidade não se deduz como alvo da ação, mas apenas como subsídio da justificação do direito, cuja reinvindicação se discute"..., quer pelo concentrado quer no dizer do mestre coimbrão..." não é propriamente **uma fiscalização judicial, mas uma função constitucional autônoma**

Acesso ao Sumário

que tendencialmente se pode caracterizar como função de legislação negativa" (ob. cit. pp. 898-899), exercendo-se a competência sob reserva de singular órgão.

Kléber Moreira da Silva, a propósito, pondera em "Particularidades sobre o Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais", Revista da OAB Goiás, Ano XVIII, nº 53: "Na hipótese da lei municipal afrontar a Constituição Estadual, compete ao Tribunal de Justiça local julgar a representação de inconstitucionalidade prevista no artigo 125, § 2º, da Constituição Federal, proferindo decisão em sede de controle concentrado. Nesse caso, a Constituição Estadual constitui parâmetro único ao controle concentrado de verificação da validade das leis ou atos normativos locais, razão pela qual essa ação direta não se presta à defesa de preceito da Constituição Federal. Quando a contrariedade da norma municipal verificar-se em relação a dispositivo da Constituição Estadual, tido como mera reprodução de direito constitucional federal, pacificou-se o entendimento segundo o qual o sistema de controle poderá efetuar-se regularmente perante o Tribunal do respectivo Estado, ficando a decisão a desafiar o recurso extraordinário".

O artigo 30, inciso I, daquele diploma retrata a definição da competência exclusiva do Município para as matérias que tenham vinculação com o interesse local, que, no pensar de Hely Lopes Meireles "...se caracteriza pela predominância e não pela exclusividade do interesse para o município, em relação ao do Estado e da União. Isso porque não há assunto municipal que não seja reflexamente de interesse estadual e nacional. A diferença é apenas de grau, e não de substância..." (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, Malheiros, 1996).

Tamanho destaque colheu expressiva consideração de Sandra Krieger Gonçalves Silva (O Município na Constituição Federal de 88, 1ª edição, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2003): "Não se pode olvidar que na pirâmide do Estado Federal, a base, o bloco modular é o Município, pois é nesse que reside a convivência obrigatória dos indivíduos. É nesta pequena célula, que as pessoas exercem os seus direitos e cumprem suas obrigações; é onde se resolvem os problemas individuais e coletivos. Está no Município a escola da democracia. É no Município que se cuida do meio ambiente; é nele que se removem os detritos industriais e hospitalares e se recolhe o lixo doméstico; é nele que as pessoas transitam de casa para o trabalho nas ruas e avenidas, nos carros, coletivos e variados meios de transporte. É no Município que os serviços públicos são prestados diretamente ao cidadão; é nele que os indivíduos nascem e morrem.

Para regular tão extenso âmbito de fatores e relações, outorgou a Constituição de 1988, ao legislador local, a competência legislativa sobre a vida da comunidade, voltada às suas peculiaridades, através da edição de normas dotadas de validez para esse ordenamento local.

A expressão haurida do texto constitucional tem, como sobejamente dito e repetido, a limitar seu âmbito de aplicação, a regra constitucional da

Acesso ao Sumário

competência, sem cuja interpretação sistemática destinaria toda análise do tema ao fracasso. Isto porque, no âmbito geral, enquanto a competência federal punitiva é numerada pela Constituição de 1988, a estadual é residual e a municipal é expressa, gravitando em torno do conceito operacional de interesse local".

No entendimento de Roque Carrazza (Curso de Direito Constitucional Tributário, 3ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 109): "interesse dos municípios são os que atendem, de modo imediato, às necessidades locais, ainda que com alguma repercussão sobre as necessidades gerais do Estado ou do País".

Celso Ribeiro Bastos (Curso de Direito Constitucional, 19ª edição, São Paulo, Saraiva, 1998) leciona que: "Os interesses locais dos Municípios são os que entendem imediatamente com as suas necessidades imediatas e, indiretamente, em maior ou menor repercussão, com as necessidades gerais".

Alexandre de Moraes (Direito Constitucional, 9ª edição, São Paulo, Atlas, 2001) opina no sentido de que: "Apesar de difícil conceituação, interesse local refere-se àqueles interesses que disserem respeito mais diretamente às necessidades imediatas dos municípios, mesmo que acabem gerando reflexos no interesse regional (Estados) ou geral (União), pois, como afirmado por Fernanda Dias Menezes, 'é inegável que mesmo atividade e serviços tradicionalmente desempenhados pelos municípios, como transporte coletivo, polícia das edificações, fiscalização das condições de higiene de restaurante e similares, coleta de lixo, ordenação do uso do solo urbano, etc., dizem secundariamente com o interesse estadual e nacional".

Nesse aspecto, excetuadas as hipóteses ordinárias de interesse local, as demais merecem mensuração caso a caso, mormente ante a impossibilidade de uma definição intransponível, cabendo ao intérprete um exame destinado a detectar se se estava ou não às portas de caso de **peculiar interesse**.

Sobre o tema, Cláudio Pacheco (Novo Tratado das Constituições Brasileiras, 1ª edição, Brasília, Offset, 1992, v. 6/98), escreve: "A verdade é que é mesmo muito difícil, senão impossível, estabelecer um conceito direto e suficiente de tal interesse, ou, como já tivemos oportunidade de dizer a respeito de outra locução de idêntica natureza, um conceito apriorístico, que sirva de chave ou equação para selecionar, entre os numerosos interesses que podem ocorrer em torno dos serviços públicos, quais os que podem ser considerados como peculiares ao Município ou locais.

É assim forçoso recorrer, como mais úteis e até de maior conveniência prática, aos meios indiretos de conceituação, ou aos métodos analíticos, **diante de cada caso concreto**. Destarte, diante de **cada interesse concreto** que vá surgindo, far-se-á a análise proposta a apurar se ele é peculiar ao Município ou local, seja em termos de **exclusivamente**, seja em grau de **preponderância**" (destaques acrescentados).

Acesso ao Sumário

Sob a égide da Constituição Federal de 1988, mantida a relutância, no desate da dificuldade em classificar **interesse local** reflete-se sobre a nota de **preponderância** perante cada tema em espécie.

Walber de Moura Agra (Curso de Direito Constitucional, 6ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 368/369) assim aborda o tópico: "De forma geral, a competência municipal se refere a assuntos de interesse local (art. 30, I e II, da CF). A expressão **interesse local** tem um sentido polissêmico, e significa o interesse que atinge de modo premente o Município, devendo por ele ser atendido. Definir a expressão no seu sentido literal não seria possível, pois, qualquer que seja a competência (federal, estadual ou municipal), haverá sempre um interesse local. No entanto, para a fixação da competência municipal, o interesse tem de ser **predominantemente local**" (ênfase acrescida).

Nesse sentido, já decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal ser "inconstitucional lei municipal que, na competência legislativa concorrente, utilize-se do argumento do interesse local para restringir ou ampliar as determinações contidas em texto normativo de âmbito nacional" (RT 892/119).

No caso da legislação em comento, dá-se desenlace que corrói a presunção relativa de constitucionalidade, tão extensa a desarmonia constitucional da Lei Municipal nº 16.222, de 25 de junho de 2015, de São Paulo, com o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais.

O cenário ostenta desatenção aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sabidamente não inscritos, cujo cumprimento independe de pergaminho, pois são intrínsecos ao âmago do Estado de Direito.

A propósito, a Constituição do Estado de São Paulo preceitua:

Artigo 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público.

Sobreditas proposições não são falaciosas, mas cânones que tolhem toda ação ilimitada do Poder Público e conferem condição de legitimidade à sua iniciativa.

Outra não é a intelecção de Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, 9ª edição, São Paulo, Malheiros, 1997): "A Administração, ao atuar no exercício de discrição, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente inválidas – as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas em desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discrição manejada".

Acesso ao Sumário

Ferir princípios é a mais preocupante das inconstitucionalidades.

Sem princípios não há ordem constitucional.

À falta de ordem constitucional inexistem democracia e Estado de Direito (Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Malheiros, 1997).

No sentir de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito Administrativo, Editora Atlas, 28ª edição, 2015, p. 114), corolário cedido da práxis administrativista, "se a decisão é **manifestamente inadequada** para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade".

Via de consequência, a proibição de comercialização de artigos de vestuário, ainda que importados, confeccionados com couro de animal criado exclusivamente para a extração e utilização de pele, não encerra matéria de predominante interesse local.

Por fim, não merece acolhida a arguição de violação ao artigo 25 da Constituição Bandeirante.

As leis que criam despesas e perpetram a indicação, embora genérica – como se dá no caso **sub judice** –, da fonte de custeio, máxime quando não dizem respeito à previdência social, não devem ser declaradas inconstitucionais, podendo resultar apenas em sua inexequibilidade para o mesmo exercício.

Nesse sentido:

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Complementar nº 233, de 17 de fevereiro de 2016, do Município de Santa Bárbara D'Oeste, de iniciativa parlamentar, que dispôs sobre alteração do artigo 36 da Lei Complementar Municipal nº 66/2009, a fim de instituir benefício funcional ("triênio"), com reflexos pecuniários, aos servidores da Edilidade. Processo legislativo. Vício de iniciativa. Matéria de competência do Chefe do Poder Executivo Municipal. Alegada falta de previsão orçamentária. Inconstitucionalidade, neste aspecto, inexistente. Possível, em tese, a inclusão de pagamento de benefício no orçamento municipal anual, admitida a indicação de fonte de custeio genérica. Precedentes deste Colendo Órgão Especial. AÇÃO PROCEDENTE (Órgão Especial; Direta de Inconstitucionalidade 2058335-22.2016.8.26.0000/São Paulo; Relator: Beretta da Silveira; julg. em 17/8/2016; V.U. – **in** "site" do Tribunal de Justiça de São Paulo).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 11.869, de 16.02.16. A norma "dispõe sobre a entrega domiciliar gratuita de medicamentos de uso contínuo à pessoa portadora de necessidade especial e/ou idosa, no âmbito do município de São José do Rio Preto – SP e dá outras providências". Inadmissibilidade. Vício de iniciativa. Cabe, privativamente, ao Executivo a iniciativa legislativa de projetos que interfiram na gestão administrativa. Precedentes. Desrespeito ao princípio constitucional da 'reserva de administração'. Precedentes do STF. Afronta a preceitos constitucionais (arts.

Acesso ao Sumário

5º; 25; 47, incisos II, XI, XIV e XIX e 144 da Constituição Estadual). Fonte de custeio. Possível a indicação de fonte de custeio genérica (art. 5º). Precedentes dos Tribunais Superiores. Ação procedente (Órgão Especial; Direta de Inconstitucionalidade 2035546-29.2016.8.26.0000/São Paulo; Relator: Evaristo dos Santos; julg. em 27/7/2016; V.U. – **in** "site" do Tribunal de Justiça de São Paulo).

Por tais razões, pelo meu voto, afastadas as preliminares suscitadas, julga-se procedente a ação para julgar inconstitucional o artigo 3º da Lei Municipal nº 16.222, de 25/6/2015, por afronta aos arts. 111 e 144 da Constituição Estadual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2100423-75.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO MUNICIPAL DE UBATUBA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE UBATUBA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.929)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO e ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

São Paulo, 5 de outubro de 2016.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 3.606/12 do Município de Ubatuba – Legislação que dispõe sobre o regime jurídico e remuneração dos motoristas da Secretaria Municipal de Saúde – Desrespeito aos artigos 5º, 24, § 2º, 1 e 4, 47, incisos II e XIV da Constituição Estadual – Vício formal de iniciativa – Lei

Acesso ao Sumário

de iniciativa parlamentar que invadiu as atribuições do Chefe do Poder Executivo, ofendendo o princípio da separação dos poderes – Inconstitucionalidade configurada – Ação julgada procedente, com modulação dos efeitos.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Prefeito de Ubatuba, em face da Lei Municipal nº 3.606, de 28 de novembro de 2012, que "cria o regime especial de trabalho dos motoristas da Secretaria Municipal de Saúde de Ubatuba e dá outras providências" (fls. 18).

Diz que a lei impugnada viola os artigos 5º, 24, § 2º, itens 1 e 4, 47, incisos II e XIV, e 144, da Constituição Estadual. Discorre sobre os princípios constitucionais estabelecidos. Cita jurisprudência e doutrina. Alega que a lei padece de inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa e de inconstitucionalidade material por ofender dispositivos da Constituição do Estado. Transcreve julgados (fls. 1/16).

A liminar foi deferida (fls. 21/22).

O Presidente da Câmara Municipal de Ubatuba prestou informações (fls. 38/39).

Intimado, nos termos do artigo 90, § 2º da Constituição Estadual, o Procurador Geral do Estado manifestou desinteresse na defesa do ato impugnado (fls. 33/34).

A douta Procuradoria Geral de Justiça requereu a procedência da ação (fls. 41/46).

É o relatório.

Objetiva o Prefeito Municipal de Ubatuba seja declarada "a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 3.606, de 28 de novembro de 2012, do Município da Estância Balneária de Ubatuba, comunicando-se a Câmara Municipal, na pessoa de seu Presidente, para suspensão da execução total da mencionada Lei" (fls. 16).

A ação é procedente.

A Lei nº 3.606, de 28 de novembro de 2012, que "cria o Regime Especial de Trabalho dos Motoristas da Secretaria Municipal de Saúde de Ubatuba e dá outras providências", assim dispõe:

> ***Art. 1º.*** *Fica instituído o REGIME ESPECIAL DE TRABALHO DOS MOTORISTAS DA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE DE UBATUBA, R.E.T., que se caracteriza pelo cumprimento de horário irregular de trabalho a executar diuturnamente de acordo com as*

Acesso ao Sumário

necessidades do serviço.

***§ 1º.** Pelo R.E.T. que se refere este artigo, os integrantes do quadro de motoristas da Secretaria Municipal de Saúde de Ubatuba, que se deslocam em viagem para fora do município, receberão gratificação de 100% (cem por cento), calculado sobre o padrão de vencimento que estiverem enquadrados.*

***§ 2º.** A gratificação que trata este Artigo incorporar-se-á aos vencimentos para todo efeito legais e não é acumulável com qualquer outra vantagem.*

***§ 3º.** O R.E.T. desvincula os integrantes do quadro de motoristas da Secretaria Municipal de Saúde de Ubatuba, que se deslocam em viagem para fora do município, da percepção sob qualquer título os benefícios pela prestação de HORAS EXTRAS.*

***Art. 2º.** O disposto nesta Lei será objeto de regulamentação pelo Executivo, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias após sua publicação.*

***Art. 3º.** As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessárias.*

***Art. 4º.** Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogando as disposições em contrário.*

Os dispositivos guerreados devem ser declarados inconstitucionais, por afronta aos artigos 5º, 24, § 2º, 1 e 4, e 47, incisos II e XIV da Constituição Estadual, que, por simetria, aplicam-se aos Municípios (artigo 144):

***Artigo 5º** – São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*

***Artigo 24** – A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.*

[...]

***§ 2º** – Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre:*

***1** – criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração;*

[...]

***4** – servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;*

[...]

***Art. 47** Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:*

[...]

***II** – exercer, com auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual;*

[...]

***XIV** – praticar os demais atos de administração, nos limites da competência do Executivo;*

Observa-se que a lei vergastada, em evidente erro de iniciativa, interferiu na gestão administrativa ao disciplinar o regime jurídico e a remuneração de servidores lotados na Secretaria Municipal de Saúde, invadindo as atribuições do Chefe do Poder Executivo e, assim, ofendendo o princípio da separação dos poderes.

Neste sentido, em casos semelhantes, já decidiu este Colendo Órgão Especial:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Ordinária nº 616, de 28 de setembro de 2015, do município de Pratânia – Regulamentação acerca dos limites de gastos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), no âmbito municipal – Matéria relacionada a remuneração dos servidores municipais – Iniciativa legislativa de competência privativa do Chefe do Poder Executivo – Violação ao princípio da separação de poderes – Afronta aos arts. 5º, 24, § 2º, 1 e 4, da Constituição Estadual – Ação procedente." (Ação direta de inconstitucionalidade n. 2227962-58.2015.8.26.0000 – Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy – j. em 16.3.16 – v.u.).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 6.841/08, DO MUNICÍPIO DE MARÍLIA, QUE EQUIPARA A HORA-AULA DOS PROFESSORES DE ESCOLAS MUNICIPAIS DE EDUCAÇÃO FUNDAMENTAL (EMEF) COM A HORA-AULA DOS PROFESSORES DE ESCOLAS MUNICIPAIS DE EDUCAÇÃO INFANTIL (EMEI), DISPONDO AINDA SOBRE INATIVOS E DANDO OUTRAS PROVIDÊNCIAS – INICIATIVA PRIVATIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DE INICIATIVA E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – ARTS. 5º, 24, § 2º, I E IV, 47, II E XIV E 144 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO – AÇÃO PROCEDENTE. 'É formalmente inconstitucional a lei oriunda de projeto do Legislativo que disponha sobre remuneração de servidores públicos municipais, pois a iniciativa para a matéria é privativa do Chefe do Executivo, conforme o art. 24, § 2º, I e IV, da Constituição Estadual.' (Ação direta de inconstitucionalidade n. 170.928-0/1-00 – Rel. Des. Artur Marques – j. em 5.8.09 – v.u.).

Como bem ressaltado pela D. Procuradoria Geral de Justiça, "[d]

ecorrente do princípio da divisão funcional do poder, é explícito que as regras acerca do regime jurídico dos servidores públicos são da iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo (arts. 5º e 24, § 2º, 1 e 4, da Constituição Estadual), sendo interditado seu tratamento por lei de iniciativa parlamentar ou pela lei orgânica municipal (RTJ 167/355). Isso porque em se tratando de processo legislativo, é princípio que as normas do modelo federal são aplicáveis e extensíveis por simetria às demais órbitas federativas" (fls. 44/45).

Assim, é manifesta a incompatibilidade dos dispositivos da legislação municipal impugnada, com os artigos 5º, 24, § 2º, 1 e 4, e 47, incisos II e XIV da Constituição Estadual.

Por fim, nos termos do artigo 27 da Lei Federal nº 9.868/99 e aplicando-se o princípio da razoabilidade, faz-se necessária a modulação dos efeitos desta decisão, para que tenha eficácia apenas a partir do dia 2 de janeiro de 2017.

Conforme bem explicitado em precedente deste Órgão Especial, "a retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, a partir do início da vigência das respectivas legislações, acabaria por atingir a esfera jurídica dos servidores que obtiveram vantagens patrimoniais com fundamento nesses dispositivos, obrigando-os ao ressarcimento do erário municipal. No entanto, descabida a repetição de aludidas parcelas quando recebidas de boa-fé, além de ensejar enriquecimento sem causa da Administração que teve prestados os serviços e por ele não arcaria com o pagamento" (Direta de Inconstitucionalidade n. 0177331-18.2013.8.26.0000 – Rel. Des. Evaristo dos Santos – j. em 5.2.14).

Ante o exposto, julga-se procedente a ação, com modulação de efeitos, para declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 3.606, de 28 de novembro de 2012, do Município de Ubatuba.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2127187-98.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO BARREIRO e PREFEITO MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO BARREIRO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM DETERMINAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto-O.E. nº 24.381)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO e TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 5 de outubro de 2016.

BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade, por omissão. Município de São José do Barreiro. Inexistência de lei específica a estabelecer percentual mínimo dos cargos de provimento em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira. Omissão quanto à regulamentação do quanto disposto no artigo 115, inciso V da Constituição Estadual, não autoaplicável. Prazo de 120 (cento e vinte) dias, contados deste julgamento, para edição de lei específica para atender ao comando constitucional, sob pena de se fixar percentual mínimo de 50% (cinquenta por cento) dos cargos de provimento em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira no Município de São José do Barreiro. Ação procedente.

VOTO

Ação Direta de Inconstitucionalidade, por omissão, proposta pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, com fundamento no art. 90 da Constituição do Estado, para declaração de existência de mora legislativa, quanto à edição de lei específica para fixação de percentual mínimo dos cargos em comissão no Município de São José do Barreiro, a serem preenchidos por servidores públicos de carreira, fixado percentual mínimo para preenchimento daqueles cargos, na hipótese de persistir omissão normativa além de prazo a ser estabelecido.

Não houve manifestação de *interesse na defesa do ato impugnado* pela D. Procuradoria Geral do Estado (págs. 47/48), e, a págs. 52/59 e 62/63, vieram informações e documentos pelo Prefeito e pelo Presidente da Câmara Municipal de São José do Barreiro.

Acesso ao Sumário

A D. Procuradoria Geral de Justiça reiterou manifestação pela procedência da ação (págs. 89/99).

É o relatório.

Antes do mais, observo não haver dúvida sobre reger-se o Município com autonomia, por Lei Orgânica, mas sempre atendidos os princípios estabelecidos nas Constituições Federal e Estadual, por assim ser determinado por normas de conteúdo cogente (art. 29, CRFB; art. 144, CE[1]).

Como leciona JOSÉ AFONSO DA SILVA, *o princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim a determina, também constitui conduta inconstitucional*[2] (sem grifos no original).

Isso realçado, trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, por omissão, proposta pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo com arrimo no art. 90 da Constituição do Estado, para declaração de existência de mora legislativa quanto à edição de lei específica para fixação de percentual mínimo dos cargos de provimento em comissão no Município e na Câmara Municipal de São José do Barreiro, a serem preenchidos por servidores públicos de carreira, fixado percentual mínimo para preenchimento daqueles cargos na hipótese de persistir omissão normativa além de prazo a ser fixado.

A procedência da ação é medida impositiva, pois, consoante se extrai dos ofícios vistos a págs. 23 e 27/32, subscritos pelo Presidente da Câmara Municipal e pelo Prefeito do Município de São José do Barreiro, inexiste naquela Municipalidade lei a estabelecer o percentual mínimo dos cargos de provimento em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira.

A situação persiste naquela Municipalidade e, como bem pontuou o D. Procurador de Justiça, *a omissão inconstitucional deve ser suprida, sendo insuficiente para tal desiderato a existência de projeto de lei a esse respeito* (pág. 94).

Então, por se tratar de comando do artigo 115, inc. V da Constituição do

1 CRFB, Art. 29 – *O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:*
CE, Art. 144 – *Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.*

2 Curso de Direito Constitucional Positivo, 24ª Edição MALHEIROS, pág. 46.

Estado de São Paulo[3], de redação idêntica à do art. 37, inc. V da Constituição Federal, com a redação dada pela EC 19/1998, não autoaplicável[4], resta patente a mora legislativa, ora declarada, na esteira de entendimento sedimentado neste C. Órgão Especial:

> *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Omissão – Fixação de percentual mínimo dos cargos de provimento em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira – Violação do art. 115, V, da Constituição do Estado de São Paulo e art. 37, V, da Constituição Federal – Aplicação do art. 90 da Constituição do Estado – Ação acolhida. Fixação do prazo de cento e vinte (120) dias, a contar da data deste acórdão, para a edição dos atos normativos sob pena de passar a vigorar o percentual de 50% (cinquenta por cento)*[5].
>
> *Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão – Constituição Estadual que estabelece a necessidade de fixação de percentual mínimo dos cargos em comissão, na estrutura administrativa, a serem preenchidos por servidores públicos efetivos (art. 115, V, da CE) – Ausência de ato normativo municipal, para materializar o mandamento constitucional – Ação procedente*[6].

A evidenciar ser mesmo caso de injustificada mora na atuação legislativa, relevante salientar decurso de mais de dez anos desde a nova redação atribuída ao já mencionado inciso V do artigo 115 da Constituição do Estado de São Paulo pela Emenda Constitucional 21, de 14 de fevereiro de 2006.

Concluo, pois, por haver a denunciada omissão quanto à edição de lei específica para fixação de percentual mínimo dos cargos em comissão no Município e na Câmara Municipal de São José do Barreiro, a serem preenchidos por servidores públicos de carreira, declarada, pois, a mora legislativa, em violação ao disposto no artigo 115, inciso V da Constituição Estadual, de que resulta fixado prazo de 120 (cento e vinte) dias, contados deste julgamento, para edição de lei específica para atender o comando constitucional, e, agora, também judicial, sob pena de se estabelecer percentual mínimo de 50% (cinquenta por cento) dos cargos de provimento em comissão a serem preenchidos por

Acesso ao Sumário

3 CE, *Art. 115 – Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas: [...] V – as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento* (redação dada pela Emenda Constitucional 21, de 14 de fevereiro de 2006).

4 *Cargos em comissão a serem preenchidos por servidores efetivos. A norma inscrita no artigo 37, V, da Carta da República é de eficácia contida, pendente de regulamentação por lei ordinária* (RMS 24.287, rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, j. 26.11.2002).

5 ADI 2113749-73.2014.8.26.0000, rel. Des. SILVEIRA PAULILO, j. 22.10.2014.

6 ADI 0198519-67.2013.8.26.0000, rel. Des. GRAVA BRAZIL, j. 26.03.2014.

servidores de carreira no Município e na Câmara Municipal de São José do Barreiro.

Pelo meu voto, **JULGO PROCEDENTE** esta ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2121797-50.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE LAGOINHA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.925)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO e SÉRGIO RUI.

São Paulo, 5 de outubro de 2016.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Criação de cargos ou empregos de provimento em comissão de 'Assessor Parlamentar', 'Diretor Geral', 'Assessor Jurídico', 'Assessor Contábil' – Artigo 2º e Anexo III da Resolução nº 01, de 28 de fevereiro de 2011, da Câmara Municipal de Lagoinha – A Resolução não especifica nem descreve as atribuições de assessoramento, chefia ou direção desempenhadas pelos ocupantes dos referidos cargos – É necessário que a legislação demonstre, de forma efetiva, que as atribuições dos cargos a serem criados se harmonizam

Acesso ao Sumário

com o princípio da livre nomeação e exoneração – Impossibilidade de aplicação de regime celetista aos cargos comissionados – Incompatibilidade com a natureza dos cargos comissionados – Ofensa ao disposto nos artigos 111, 115, incisos II e V e, 144, da Constituição do Estado de São Paulo – Modulação dos efeitos.

Pedido procedente, com modulação.

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo visando ao reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 2º e do Anexo III da Resolução nº 01, de 28 de fevereiro de 2011, da Câmara Municipal de Lagoinha, que "dispõe sobre a organização do quadro de pessoal e da evolução funcional dos servidores", bem como "aprova os valores da tabela de vencimentos e salários da Câmara Municipal de Lagoinha e dá outras providências correlatas", especificamente na parte em que cria empregos em comissão de **Assessor Parlamentar**; **Diretor Geral**; **Assessor Jurídico** e **Assessor Contábil** (Anexo III). O autor alega que as atribuições desses cargos não revelam plexos de assessoramento, chefia e direção para os quais se empenhe relação de confiança, tratando-se, na verdade, de cargos com funções técnicas, burocráticas, profissionais e ordinárias, razão pela qual devem ser preenchidos por servidores públicos investidos em cargos de provimento efetivo, mediante prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos. Assevera mais, que a Resolução impugnada não cuidou de especificar nem descrever as atribuições de assessoramento, chefia ou direção dos empregos comissionados criados, o que também implica violação aos artigos 111 e 115, incisos II e V, da Constituição Estadual. Aduz, ainda, que o provimento em comissão é incompatível com o regime celetista na Administração Pública porque a dispensa imotivada onerosa configura limite à liberdade de provimento e exoneração do cargo. Pede pela concessão de liminar para suspender os efeitos dos dispositivos impugnados e, ao final, pela procedência do pedido.

A liminar foi deferida em parte (fl. 189/191).

Notificada, a Câmara Municipal de Lagoinha, representada por seu Presidente, prestou informações (fl. 201/210).

A Procuradoria Geral do Estado, citada, mostrou desinteresse em realizar a defesa da norma impugnada (fl. 226/227).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 231/244, opinou pela procedência do pedido, para declarar a inconstitucionalidade do

Acesso ao Sumário

artigo 2º e do Anexo III, da Resolução nº 01, de 28 de fevereiro de 2011, da Câmara Municipal de Lagoinha.

2. É o relatório.

A Resolução nº 01, de 28 de fevereiro de 2011, da Câmara Municipal de Lagoinha, cujos dispositivos são impugnados, tem a seguinte redação:

"(...)

Art. 2º – O regime jurídico único adotado é o CELETISTA, conforme determina a Lei Orgânica Municipal.

(...)

ANEXO III – Empregos Públicos de Provimento em Comissão

(...)

Assessor Parlamentar...

Diretor Geral...

Assessor Jurídico...

Assessor Contábil..."

Em primeiro plano, cumpre asseverar que o acesso aos cargos públicos ocorre, em regra, mediante aprovação em concurso público, admitindo, como exceção, a livre nomeação e exoneração no caso dos cargos em comissão, cuja investidura, deve ocorrer com observância aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A Constituição Federal dispõe que "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração" (inciso II, do artigo 37). A Constituição da República faz expressa distinção entre cargo (regido pelo estatuto próprio de natureza administrativa) e emprego público (regido pela Consolidação das Leis do Trabalho), mas exige a prévia aprovação em concurso para investidura em ambos e, ao fazer a ressalva, não menciona emprego em comissão, cogitando apenas de cargo público. Nada obstante, como já dito, faz-se necessário a observância de determinados requisitos, estes extraídos da própria Carta Magna, entre os quais o de que os empregos em comissão sejam criados por lei.

Por sua vez, dispõe o artigo 115, inciso II, da Constituição Estadual, que "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissões, declarado em lei, de livre nomeação e exoneração" e, o inciso V prevê que "as funções de confiança, exercidas exclusivamente

Acesso ao Sumário

por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento."

Os cargos em comissão, como sabido é, são aqueles de livre nomeação e exoneração. Todo cargo em comissão guarda norte constitucional específico, revelador, na forma do inciso V, do artigo 37 da Sexta Carta Republicana, de exercício de direção, chefia ou assessoramento.

O Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI nº 3.706, pontuou que as atribuições meramente técnicas não guardam caráter de assessoramento, chefia ou direção, na forma do preceito constitucional, como sói poderia ser.

No mesmo sentido, este Eg. Tribunal de Justiça já decidiu que **"é inconstitucional a lei que criar cargo em comissão, de cujos titulares nada mais se pode exigir além do escorreito exercício de suas atribuições, em caráter estritamente profissional técnico"** (JTJ 176/64).

De outro lado, a necessidade de concurso não pode ser contornada pela criação de cargos comuns sob a roupagem de cargos em comissão que, por certo, apoiam-se na necessária e natural confiança dos superiores e, em regra, estão no nível de direção, chefia e assessoramento superior.

Lembrando Cammarosano, o arrimo expoente das funções de confiança se encontra na demonstração de que o máxime de importância do cargo guarda liame a eficiência desejada do superior hierárquico, que não teria condições de bem atuar se não fosse o auxílio daquele posto no cargo ou na função de confiança[1], por necessária correspondência a direção, chefia ou assessoramento, pena de afronta "sistemática ao artigo 37, inciso II, da Constituição, pela deliberada omissão na lei criadora quanto às atribuições viabilizadoras da criação dos cargos ..." (Cf. Supremo Tribunal Federal AgReg RE 752.769, j. 08.10.13, Relatora Ministra Cármen Lúcia).

A despeito da livre contratação é a lição de Alexandre de Moraes:

> **"Essa exceção constitucional exige que a lei determine expressamente quais as funções de confiança e os cargos de confiança que poderão ser providos por pessoas estranhas ao funcionalismo público e sem a necessidade do concurso público, pois a exigência constitucional de prévio concurso público não pode ser ludibriada pela criação arbitrária de funções de confiança e cargos em comissão para o exercício de funções que não pressuponham o vínculo de confiança que explica o regime de livre nomeação e exoneração que os caracteriza."**

Acesso ao Sumário

1 Cammarosano, Marcio. Cargos em comissão: breves considerações quanto aos limites à sua criação. Revista Interesse Público, Porto Alegre, n. 38, jul/ago. 2006, p. 25-31.

(MORAES, Alexandre de. "Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional" 2.ed. São Paulo: Atlas, 2003)

Com efeito, a criação de cargos de provimento em comissão não pode, repita-se, ser desarrazoada, artificial, abusiva ou desproporcional, devendo, pois, nos termos do artigo 37, incisos II e V, da Constituição Federal, e do artigo 115, incisos II e V, da Constituição Estadual, ater-se às atribuições de assessoramento, chefia e direção para as quais se empenhe relação de confiança, vedado o desempenho de atividades meramente burocráticas. Assim, pouco importa a denominação; necessária é a análise de sua natureza excepcional, bem como do plexo de atribuições das funções estabelecidas. Nesse sentido: AgReg no RE nº 693.714, Rel. Min. Luiz Fux, j. 11.09.12 e ADI nº 3.602, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 14.04.11.

E, ainda, sobre o tema, julgado do Colendo Órgão Especial:

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 3º, I, II e III, e Anexo II, da Lei Complementar nº 269, de 17 de maio de 2011, com as alterações dadas pela Lei Complementar nº 293, de 03 de janeiro de 2013, e art. 31 da Lei Complementar nº 293, de 03 de janeiro de 2013, do Município de Barueri. Criação de cargos de provimento em comissão.

A criação de cargos de provimento em comissão, destinados, muitos deles, a funções burocráticas ou técnicas de caráter permanente são incompatíveis com os princípios retores previstos no art. 37 da Constituição Federal e no art. 111 da Constituição Paulista e a possibilidade de contratação fere de morte o regime constitucional brasileiro. Não sendo caso de contratação em regime de urgência, imprescindível a realização de concurso público, conforme preceitua o inciso II do art. 37 da Constituição Federal. A criação desses cargos em comissão em moldes artificiais e não condizentes com as praxes de nosso ordenamento jurídico e administrativo só pode ser encarada como inaceitável esvaziamento da exigência constitucional de concurso. Afronta aos arts. 5º, 111, 115, incisos I, II e V; 144, todos da Constituição Estadual.

Inconstitucionalidade configurada. Ação procedente com modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade." (ADIn nº 2133101-80.2015.8.26.0000, Relator Desembargador Carlos Bueno, j. 27.01.2016).

Fixadas essas premissas, passa-se à análise dos cargos questionados.

No caso dos autos, verifica-se que o diploma normativo impugnado não descreve as atribuições dos empregos de provimento em comissão criados na Câmara Municipal de Lagoinha, estabelecendo como regime jurídico o celetista,

Acesso ao Sumário

de modo que o Decreto Legislativo nº 01, de 19 de novembro de 1997, que "dispõe sobre a organização administrativa da Câmara Municipal de Lagoinha e dá outras providências" (Cf. fl. 123/125), traz em seu texto a descrição das atividades desempenhadas pelos órgãos, não se confundindo, destarte, com a necessária descrição das atribuições dos cargos públicos criados pela Resolução nº 01, de 28 de fevereiro de 2011.

Ora, a descrição das atribuições dos cargos de provimento em comissão deve ser prevista em lei em sentido estrito, consoante entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (ADI nº 4.125, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Plenário, DJe 14/02/2011).

A falta de descrição das atribuições dos cargos ofende o princípio da legalidade, já que não especifica as funções atinentes a cada cargo, tornando-os, dessa forma, compatíveis com exercício de atividades meramente burocráticas, sem natureza de direção, chefia ou assessoramento, nos termos exigidos pelo artigo 115, V, da Constituição do Estado, e pelo artigo 37, V, da Constituição Federal.

Há de se ter em mente que as regras permissivas de ocupação de cargo público sem prévio concurso são excepcionais, e, portanto, devem ser interpretadas restritivamente. Para tanto, não basta que o cargo criado se denomine "diretor", "chefe" ou "assessor", mas sim que haja descrição das tarefas inerentes a cada cargo e que elas se mostrem compatíveis com as funções de direção, chefia e assessoramento para as quais se empenhe relação de confiança. Nesse sentido: RE 806436-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 17/09/2014.

Quanto ao cargo de "Assessor Jurídico", releva notar que a tarefa de assessoria, consultoria e representação jurídica nos Municípios, é reservada aos profissionais de carreira na advocacia pública, investidos mediante aprovação em concurso público (§ 2º do artigo 98, da Constituição Estadual), todavia, como a legislação instituidora não cuidou de estabelecer as respectivas atribuições, torna-se inviável qualquer juízo de valor acerca da natureza dessas funções, não havendo, nem por arremedo, a possibilidade de que seja preenchido sob a modalidade precária de investidura.

Acesso ao Sumário

N'outro bordo, quanto à impossibilidade de se aplicar o regime celetista aos cargos comissionados, peço vênia para transcrever trecho do voto do eminente Desembargador Paulo Dimas Mascaretti, proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2206468-40.2015.8.26.0000, com destaque para o entendimento deste Colendo Órgão Especial sobre o tema:

> **"Com efeito, há que se observar, desde logo, que a ressalva contida na parte final do artigo 115, inciso II, da Constituição Estadual, refere-se exclusivamente a nomeações para 'cargos' em comissão,**

nomenclatura restritiva que afasta a possibilidade de que tais funções sejam exercidas por servidores regidos por leis trabalhistas.

Ademais, a pessoalidade e irrestrita confiança que existe entre o ocupante do cargo comissionado e a autoridade que o nomeia, aliadas às exigências de dedicação integral e disponibilidade de horários, tornam esse tipo de provimento incompatível com o regime jurídico estabelecido na CLT, que envolve jornada de trabalho previamente definida, rígido controle de horário e repressão à dispensa imotivada, dentre outras peculiaridades, regras que, por óbvias razões, não podem ser aplicadas à situação dos cargos ora analisados, que têm a precariedade do provimento e a disponibilidade de horários dentre suas características essenciais.

Não se pode olvidar que os cargos em comissão são de livre nomeação e exoneração, de ocupação transitória, regida por uma relação de estrita confiança entre o titular e seu superior hierárquico; nesse passo, não se coadunam com o regime celetista, no qual se atribui caráter de estabilidade à relação, de natureza contratual, conferindo direitos indenizatórios ao empregado atingido por dispensa imotivada." (ADI nº 2206468-40.2015.8.26.0000, Relator Designado Paulo Dimas Mascaretti, j. 22/06/2016).

No mesmo sentido: ADI nº 0087523-02.2013.8.26.0000, Rel. Des. Cauduro Padin, j. 15/01/2014; ADI nº 2220807-04.2015.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 04/05/2016; e ADI nº 2042751-80.2014.8.26.0000, Rel. Des. Moacir Peres, j. 15/01/2014.

Por epítome, conclui-se da inconstitucionalidade dos empregos de provimento em comissão de "Assessor Parlamentar", "Diretor Geral", "Assessor Jurídico" e "Assessor Contábil", previstos no Anexo III, da Resolução nº 01, de 28 de fevereiro de 2011, da Câmara Municipal de Lagoinha, bem como da submissão ao regime celetista, conforme o artigo 2º da referida Resolução, por ofensa aos artigos 111, 115, incisos II e V, e 144, da Constituição Bandeirante.

Tendo em vista o início da vigência da respectiva legislação, por razões de segurança jurídica, e a fim de permitir a reorganização da estrutura administrativa da Câmara Municipal, prudente a modulação dos efeitos do resultado ora imposto, nos termos do artigo 27, da Lei Federal nº 9.868/99, para que a declaração de inconstitucionalidade tenha eficácia em 120 (cento e vinte) dias do julgamento.

2. À vista do exposto, pelo meu voto, julgo procedente o pedido, com modulação de efeitos.

Acesso ao Sumário

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2076883-95.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante LUIZ GUSTAVO DE LIMA PASCOETTO, é agravado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.567)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI e JOÃO CARLOS SALETTI.

São Paulo, 10 de agosto de 2016.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – AGRAVO REGIMENTAL – PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO ENVOLVENDO DELEGADO – CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA – EXISTÊNCIA DE 'MANDAMUS' ANTERIOR, A EVIDENCIAR SITUAÇÃO DE CONTINÊNCIA, EM QUE DEFERIDA A LIMINAR AO ORA IMPETRANTE PARA RESTABELECER SEUS PROVENTOS DE APOSENTADORIA – TUTELA DE URGÊNCIA QUE PRETENDE 'EXTENSÃO' DOS EFEITOS DAQUELA LIMINAR – DECISÃO DO RELATOR INDEFERINDO O PLEITO – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS (ART. 7º, INCISO III, DA LEI Nº 12.016/2009) – RECLAMO QUE NÃO OSTENTA FUNDADAS RAZÕES PARA ABALAR A

Acesso ao Sumário

CONVICÇÃO PROVISÓRIA E SUMARIAMENTE FORMADA, ANTE AS CIRCUNSTÂNCIAS DOS AUTOS – RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Contra decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança a fls. 255/256, que indeferiu a liminar postulada ***initio litis*** que buscava, ***ultima ratio***, restabelecimento dos proventos de aposentadoria do impetrante, interpõe Luis Gustavo de Lima Pascoetto o presente agravo regimental.

Em breve síntese, reitera ser necessária a extensão da liminar deferida na ação de segurança nº 2034249-84.2016.8.26.0000, ao argumento de que os fundamentos da exordial do presente ***mandamus*** se alinham àqueles declinados na ação correlata, razão pela qual se fazem presentes os requisitos da tutela de urgência.

O recurso foi processado e contrariado.

É o breve relatório.

No interessante, a decisão agravada indeferiu a tutela de urgência com base nos seguintes fundamentos:

"Ação de segurança interposta contra o Senhor Governador do Estado de São Paulo, em vista de alegadas irregularidades em procedimento administrativo disciplinar que envolveu o Impetrante, impondo-lhe a pena de cassação de aposentadoria, com fundamento nos artigos 67, inciso VII, 70, inciso I, 74, inciso II, 75, inciso II, e 77, inciso I, todos da Lei Complementar Estadual nº 207/1979, com as alterações editadas pela Lei Complementar Estadual nº 922/2002.

Diante do que a impetração exibe e em que pese sua fundamentação, não se colhe, num exame sumário de convencimento, aparente deficiência formal do procedimento administrativo disciplinar que culminou na aplicação da sanção imposta, não se constatando, imediatamente, grave e substancial mácula em seu teor à vista dos elementos dos autos, tampouco se aferindo, ***in ictu oculi****, ocorrência de alegada prescrição, tudo a infirmar indispensável* ***fumus boni iuris****. Assim, ausente concomitância dos requisitos autorizadores à concessão da liminar pleiteada (art. 7º, inciso III, Lei 12.016/2009), fica* ***indeferida a tutela de urgência****.*

Vale registrar que na impetração anteriormente deduzida pelo ora Impetrante (Mandado de Segurança nº 2034249-84.2016.8.26.0000), de objeto mais restrito a ensejar hipótese de continência (artigo 56 do Código de Processo Civil), os fundamentos que lastrearam excepcional concessão ***initio litis*** *da liminar foram calcados unicamente na existência de divergência jurisprudencial, no C. Órgão Especial, relacionada à constitucionalidade da pena de cassação*

Acesso ao Sumário

de aposentadoria, tese não agasalhada no corrente ***mandamus****, razão porque injustificável reclamada 'extensão' de seus à presente causa".*

A concessão de liminar no **mandamus** impõe a preexistência dos requisitos legais previstos no art. 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/2009, consubstanciados na relevância da fundamentação (***fumus boni iuris***) e o perigo da demora pelo risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando do ato impugnado puder resultar ineficácia da medida (***periculum in mora***), imperativa a concomitância.

In casu, respeitados os argumentos declinados pelo agravante, não se alinham convincentes razões para imediata reforma do ***decisum***, inabalados os fundamentos que lhe servem de arrimo, ressalvado entendimento futuro a ser externado em cognição definitiva quanto ao ***meritum causae***.

Com efeito, inviável no presente estágio processual deliberar exaustivamente sobre a regularidade do procedimento administrativo que ensejou a penalidade suportada pelo agravante, não se aventando ***in ictu oculi*** grave mácula no aspecto de sua legalidade.

Não bastasse, embora reconhecida ***prima facie*** hipótese de continência entre anterior impetração e o corrente ***mandamus***, tal circunstância processual é incapaz de satisfazer os anseios recursais do agravante, mormente porque, como expressamente declinado, concessão da tutela de urgência na ação correlata deu-se em razão de peculiaridade própria do tema debatido naqueles autos (constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria), e que não embasa a pretensão originalmente deduzida nesta lide.

Ademais, questionável neste momento o interesse processual do agravante em obter reclamada "extensão" da liminar da ação correlata, sem notícia, por ora, de que tenha sido revogada ou cassada.

Em suma, ausente qualquer situação fática ou jurídica nova e apta a infirmar o convencimento do Relator, conclui-se que os declinados argumentos de arrimo da inconformidade, apesar de combativos, não bastam à pronta reforma da decisão agravada.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 0027307-70.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ESPORTE CLUBE XV DE NOVEMBRO DE PIRACICABA, são agravados GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO e SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24027)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS e AMORIM CANTUÁRIA.

São Paulo, 24 de agosto de 2016.

NEVES AMORIM, Relator

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO INTERPOSTO CONTRA LIMINAR INDEFERIDA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA – INDEFERIMENTO DA LIMINAR QUE SUBSISTE, DIANTE DA AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE DO DIREITO INVOCADO – DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo regimental interposto por Esporte Clube XV de Novembro contra decisão que indeferiu a liminar pleiteada nos autos do Mandado de Segurança por ele impetrado contra o Governador e o Secretário da Fazenda do Estado de São Paulo, no qual questiona a legitimidade da cobrança da "Taxa de Segurança", instituída pela Lei Estadual nº 15.266/2013.

Alega que a "Taxa de Segurança" prevista na referida lei estadual afronta princípios constitucionais e tributários, visto ser incabível a criação de taxas relacionadas à segurança pública, por ser esta incumbência do Estado, sustentada por meio do pagamento de impostos. Insiste na presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, pois não terá disponibilidade financeira para arcar com os compromissos caso tenha que arcar a taxa, inclusive com os parcelamentos de tributos e acordos firmados perante a Justiça do Trabalho. Pugna, ainda, pela concessão da justiça gratuita.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

As razões deste agravo regimental não são suficientes para afastar a conclusão da decisão agravada.

Sabido que o inciso III, do artigo 7º da Lei de Mandado de Segurança autoriza a concessão da liminar quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida. Na lição de Hely Lopes Meirelles, para "a concessão da liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante se vier a ser reconhecido na decisão de mérito – *fumus boni iuris* e *periculum in mora*" (Mandado de Segurança, 31ª ed., Malheiros, 2008, pg. 83).

No caso em testilha, conforme aventado na decisão inicial, tais requisitos não se encontram presentes, não se vislumbrando, portanto, supostas situações violadoras de direito líquido e certo do agravante ou mesmo de elementos de natureza jurídica que permitam entrever motivação suficiente para a concessão da liminar.

Todas as questões ventiladas pelo agravante referem-se ao mérito e devem ser analisadas no julgamento do *mandamus*.

Com relação à concessão da justiça gratuita, mantenho o diferimento das custas processuais, nos termos da decisão de fls. 335/336.

Incontroversa, portanto, a exatidão do decidido, haja vista que os argumentos aventados neste recurso não autorizam a modificação do que restou decidido quando da análise do pleito liminar, dada a inexistência de demonstração dos requisitos autorizadores da medida.

Assim, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2154469-14.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes WILSON ROBERTO THOMAZINI e JOSÉ CRISTINO DE SOUZA SANTOS, é agravado PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "AFASTARAM A PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL, PARA CONCEDER A LIMINAR EM PARTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.306)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO

DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, RICARDO ANAFE, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO e TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 14 de setembro de 2016.

BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Processual civil. Ato da Mesa da Câmara Municipal. Mandado de segurança em face do seu Presidente. Incompetência do Órgão Especial inocorrente. Análise do art. 16 do Regimento Interno. Preliminar rejeitada.

Agravo regimental. Mandado de segurança impetrado contra o Ato nº 1.339/16, da Mesa da Câmara Municipal de São Paulo. Indeferimento de liminar. Presença de *fumus boni juris et periculum in mora*. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Agravo regimental para impugnar decisão vista a págs. 64/67, que indeferiu liminar em mandado de segurança impetrado por WILSON ROBERTO THOMAZINI e JOSÉ CRISTINO DE SOUZA SANTOS contra ato dito ilegal imputado à MESA DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, representada por seu Presidente.

Recurso interposto por entenderem os agravantes ser flagrante a violação de direito líquido e certo perpetrada pela autoridade impetrada.

Agravo bem processado. Apresentada contraminuta a fls. 32/43, suscitando preliminar de incompetência, por ser o ato da Mesa, não do Presidente da Câmara.

É o relatório.

Os agravantes impetraram mandado de segurança contra ato dito coator da MESA DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, representada por seu Presidente, consubstanciado na edição do Ato nº 1.339/16 (págs. 40/41).

Afirmaram que, por intermédio daquele ato, o qual modificou a sistemática de aplicação do *limite remuneratório constitucional aos servidores da Administração Pública*, iniciou-se retenção imediata de parcelas de suas

Acesso ao Sumário

remunerações, *sem que lhes fosse facultado direito prévio de ampla defesa e contraditório*.

Requereram, liminarmente, suspensão dos efeitos do ato hostilizado, com restabelecimento do *direito à remuneração dos impetrantes, de acordo com os valores devidos na data de publicação do ato coator consubstanciado no Ato nº 1.339/2016* (**sic** – pág. 14).

Por decisão vista nas págs. 64/67, entendi ser caso de indeferir a liminar pleiteada, contra o que veio este agravo interno.

Analiso, antes, denúncia de incompetência deduzida na contraminuta, pois o ato é da Mesa da Câmara, não do Presidente da edilidade.

Afasto essa denúncia porquanto, na forma do art. 16 do Regimento Interno da Câmara Municipal de São Paulo, o *Presidente é o representante da Câmara, em juízo ou fora dele*.

Isso superado, revejo meu entendimento anterior para deferir, em parte, a medida liminar.

Há demonstração, pelos impetrantes, de decréscimo na remuneração, ocorrido após a edição do Ato nº 1.339/16 pela Mesa da Câmara Municipal, mas sem prévia abertura de prazo para defesa dos servidores, situação desarmônica com os primados da ampla defesa e do contraditório.

Demais disso, como ensina HELY LOPES MEIRELLES, *a medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final, é procedimento acautelador de possível direito do impetrante, justificado pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa. Por isso mesmo, não importa pre-julgamento; não afirma direitos; nem nega poderes à Administração. Preserva, apenas, o impetrante de lesão irreparável, sustando provisoriamente os efeitos do ato impugnado*[1].

Contudo, defere-se apenas parcialmente a liminar para determinar sejam sustados os descontos efetuados antes do esgotamento do contraditório administrativo, sem ordem, por ora, de devolução de valores já descontados.

Mesmo porque, como se extrai do decidido no E. Supremo Tribunal Federal (RE 606358, rel. Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, j. em 18/11/2015, Processo Eletrônico Repercussão Geral – mérito, DJe-063, Divulg. 06-04-2016, Public. 07-04-2016), fixou-se entendimento sobre ser *dispensada a restituição dos valores recebidos em excesso de boa-fé até o dia 18 de novembro de 2015*, data do julgamento daquele recurso.

Com esses fundamentos, defiro em parte a liminar.

Dou provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

1 Mandado de Segurança [...], 30ª ed., 2007, Malheiros, p. 81.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2148120-92.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, são agravados ADELCHI FERDINANDO DE JESUS MAZZONI, BEATRIZ SILVA FERREIRA, DAVID DE MELO, INAYÔ CÉLIO SAMPAIO, LINDA HAYDÉE LIEBERT, LORIZ YAMIN, LUIZ AFFONSO DE OLIVEIRA MEIRA, LUIZA OPHELIA CAGGIANO, MANOEL NOGUEIRA SAMPAIO, MARGARETE NUNES DA SILVA, NILTON LUIZ FERREIRA, RONALDO SALIES, WILSON FABBRI e ZOÉ MENDONÇA CAMPANHÃ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39043)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS e AMORIM CANTUÁRIA.

São Paulo, 5 de outubro de 2016.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Agravo Regimental a maltratar a r. decisão do eminente Desembargador que primeiro examinou a espécie, conferidora da liminar perseguida. Pretensão de reforma. Não cabimento. Plausibilidade da r. deliberação impugnada no tocante aos pressupostos da tutela outorgada. Tema de mérito que, aliás, há de aguardar a derradeira análise da ação. Substituição da medida, em olhar rotativo, pelo depósito, em juízo, de parte dos rendimentos. Impossibilidade. Índole da ação mandamental que impede abonar tal desejo. RECURSO IMPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo regimental a roer a r. decisão assinada pelo e. **Des. Paulo Alcides** (fls. 118/119), que houve por bem conceder a liminar desejada pelos Agravados.

Em boa suma, cumpre destacar que o atual *writ* foi ajuizado para atacar o ato da Mesa Diretora – nº 1.339/2016 – da Agravante, que determinou o corte de vencimentos dos Agravados (servidores públicos municipais aposentados) com fundação no dever de aplicar o teto máximo remuneratório, cujos descontos tiveram início no último dia 30/06/2016.

A queixa dos Agravados é contra a forma abrupta pela qual foram atingidos em suas receitas, tendo sobrelevado que (**A**) a mudança da remuneração dependeria de lei própria, jamais podendo ser executado por ato direto da Agravada, (**B**) houve violação do devido processo legal, eis que não convocados a se posicionar acerca do assunto, (**C**) a decisão exarada no Recurso Extraordinário nº 606.358 não é vinculante e (**D**) os Agravados têm direito adquirido à percepção dos vencimentos sem qualquer redutor, uma vez que ancorados em cláusulas constitucionais pétreas a eles favoráveis, fatores bastante ao acolhimento da ordem pleiteada.

Ao estudar o requerimento de liminar Sua Excelência entendeu possível o prestígio do que fora solicitado, assim deliberando:

"[...] Vislumbro relevância na fundamentação do mandamus. *O ato impugnado aparentemente afronta direito adquirido anterior à Emenda Constitucional n° 41/2003 e o princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos/proventos dos servidores públicos (artigo 37, XV, da Carta Magna). Há, ademais, risco de dano irreparável aos impetrantes, que já tiveram descontados os valores que superam ao teto remuneratório previsto na EC 41/2003 em junho e julho deste ano, conforme prova documental apresentada. Por tais razões, defiro a liminar postulada para determinar que o impetrado, até ulterior deliberação do e. Relator Sorteado, abstenha-se de efetuar descontos nos proventos dos impetrantes em razão da aplicação da EC n° 41/2003*. [...]" (o tracejado é da redação nativa).

Acesso ao Sumário

Inconformada, a Agravada entende que sua conduta foi adequada, quer porque lastreada em importante decisão da lavra do Supremo Tribunal Federal, quer porque o Decreto Municipal nº 51.192/2011 não se aplica à hipótese versada, quer porque os Agravados foram cientificados de sorte a lhes garantir o direito ao contraditório e à ampla defesa, quer porque, finalmente, inexiste direito adquirido à remuneração, tudo a demonstrar a ausência dos predicados necessários à concessão da liminar, que, nesse passo, deve ser cassada. Ao término, pleiteou, em viés alternativo, a possibilidade de substituir a medida por depósito nos autos.

É O RELATÓRIO.

Ao revés do que crê a Agravante, o r. *decisum* atacado há de ser mantido.

Na realidade, a leitura dos elementos trazidos ao caderno processual admite ver que o discurso da petição primeira tem fundamento aceitável, qual seja, a existência de direito adquirido à percepção de subsídios sem qualquer abatimento, cuja alteração somente poderia ser feita mercê de lei específica, o que põe sob suspeita a atitude inicial da Agravante na direção de fazer o desconto sem a prévia e indispensável audição dos Agravados.

Nessa liça, a proteção liminar não pode ser censurada, notadamente se se levar em consideração, repita-se, os desígnios da verba aventada.

Demais disso, conquanto óbvio, é certo declarar que as questões levantadas carecem passar por um enfrentamento mais apurado, inclusive com a essencial audição do Ministério Público, quando enfim se terá um panorama mais abrangente dos motivos desta causa mandamental, a recomendar a prudência de se suspender o ato praticado pela Agravante.

Atente-se, em reprise, ao temperamento dos subsídios dos Agravados, a conferir a natural ideia dos entraves financeiros que advirão da diminuição levada a termo.

Ao cabo, respeitada a inteligência da Agravada, inexiste espaço a aceitar a proposta de substituição da liminar por depósito dos valores nos autos.

É que a natureza desta modalidade de contenda não se apresenta compatível com esse intuito, até porque sua inspiração cautelar está fora da alça de mira do debate acerca da liquidez e certeza do direito invocado.

De mais a mais, as verbas em questão têm caráter alimentar, o que lhes garante escudo contra a redução buscada, mesmo que por depósito judicial, haja vista o impacto econômico que poderia causar aos Agravados sem um assento mais definitivo sobre o assunto controvertido.

A reforma das conclusões tiradas pelo e. **Des. Paulo Alcides** (fls. 118/119) não pode ser aprovada, máxime em face da falta de significativa base persuasiva.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO**.

Arguições de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0056828-94.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A ARGUIÇÃO IMPROCEDENTE. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ E RICARDO ANAFE.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.082 (O.E.))**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO e ARANTES THEODORO.

São Paulo, 17 de agosto de 2016.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Ementa: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Estadual (SP) nº 10.948/2001. Norma que tutela geral, ampla e irrestritamente a liberdade de orientação sexual. Respeito à dignidade da pessoa humana, com promoção da plena cidadania, supremacia dos direitos humanos, princípio da igualdade, proibição de tratamento degradante, garantia ao direito de propriedade, defesa do consumidor, punição a preconceito de qualquer natureza, entre outras garantias constitucionais. Artigos 1º, II e III, 4º, II, e 5º, I, III, XXII, XXXII e XLI, todos da Constituição Federal. Legislação que reforça a prevalência dos direitos fundamentais nas relações entre Estado (agentes públicos) e indivíduo, bem como entre particulares. Irradiação dos efeitos das normas de direitos fundamentais. Inexistência de inovação legislativa quanto aos institutos jurídicos de Direito Civil. Competência da União para legislar sobre direitos civis não invadida. Artigo 22, I, da Constituição Federal. Estados que não estão proibidos de legislar sobre direitos fundamentais. Art. 25, § 1º, da Carta Magna. Norma estadual constitucional. Arguição improcedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de **ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE** suscitada pela 13ª Câmara de Direito Público, nos autos da Apelação nº 0155983-37.2010.8.26.0100, interposta pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo de decisão que julgou procedentes embargos à execução opostos pela ASSOCIAÇÃO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS DO ESTADO DE SÃO PAULO, em face da Lei Estadual (SP) nº 10.948/2001.

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela constitucionalidade da norma em testilha, por tratar de matéria atinente a ***"polícia administrativa, prerrogativa que assiste ao poder público em razão de sua soberania, e que não constitui invasão da esfera da competência da União para legislar sobre direito civil, pois, não ventila a matéria constante da atribuição federal"***. Assevera que a lei não tem por objeto disciplinar as relações civis homoafetivas, a tutelar, na verdade, ***"de maneira ampla, geral e incondicionada inclusive em favor das pessoas que não convivam com outras de idêntico sexo"***, a liberdade de orientação sexual. Destaca, ainda, não haver similitude do caso concreto com o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da ADI 3.166, cujo ***"defeito de inconstitucionalidade residiu, como evidencia a leitura do respectivo aresto, na competência normativa federal para direito do trabalho e na iniciativa legislativa reservada do Chefe do Poder Executivo no tocante a cargos, funções e empregos públicos (STF, ADI 3.166)"***. E, conclui seu parecer, a consignar que ***"a lei em foco é plenamente compatível com a liberdade de orientação sexual, a dignidade da pessoa humana e a proibição de preconceito e da discriminação, tal como delineado nos arts. 1º, 3º e 5º da Constituição de 1988 (...). Em suma, não se patenteia inconstitucionalidade in casu, atendendo aos limites da suscitada inconstitucionalidade por invasão da competência normativa federal sobre direito civil (fls. 443). Face ao exposto, opino pela improcedência da arguição incidental de inconstitucionalidade"*** (fls. 450/457).

É o relatório.

A arguição não procede.

Como se observa da leitura dos autos processuais, este Colendo Órgão Especial, em uma primeira ocasião, não conheceu da arguição, diante da ausência de pronunciamento expresso, pela 13ª Câmara de Direito Público desta Corte de Justiça, acerca da inconstitucionalidade da Lei Estadual (SP) nº 10.948/2001. Ou seja, o digno órgão julgador fracionário não enfrentara, previamente, a questão constitucional (fls. 415/423).

Retornados os autos à 13ª Câmara de Direito Público, houve renovação da arguição, sob o entendimento de ser inconstitucional a norma paulista, diante de usurpação, pelo Legislativo Estadual, da competência normativa da União.

Acesso ao Sumário

Isso porque, a Lei Estadual (SP) nº 10.948/2001 trataria de matéria de Direito Civil – e não "***apenas sobre polícia administrativa, prerrogativa que assiste ao Estado membro, em razão de sua soberania***" –, a extrapolar, portanto, os limites do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal (fls. 433/444).

A análise da constitucionalidade, ou não, da lei em comento passa por averiguar se seu objeto está em conformidade com os ditames da Constituição do Estado de São Paulo e, derradeiramente, da Constituição Federal. E, respeitado o entendimento esposado pelo órgão fracionário, verifica-se acertado o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, na linha de que a norma atacada tem por escopo a tutela geral, ampla e irrestrita da liberdade de orientação sexual, que é, indiscutivelmente, uma das expressões da dignidade da pessoa humana.

Em tal contexto, a Lei Estadual (SP) nº 10.948/2001, em seu artigo 2º, elenca rol – exemplificativo, diga-se – de práticas e manifestações que, por atentarem contra a liberdade de orientação sexual, representam atos de discriminação e, assim, ***"são passíveis de punição"*** (art. 3º), a saber:

"Artigo 2.º – Consideram-se atos atentatórios e discriminatórios dos direitos individuais e coletivos dos cidadãos homossexuais, bissexuais ou transgêneros, para os efeitos desta lei:

I – praticar qualquer tipo de ação violenta, constrangedora, intimidatória ou vexatória, de ordem moral, ética, filosófica ou psicológica;

II – proibir o ingresso ou permanência em qualquer ambiente ou estabelecimento público ou privado, aberto ao público;

III – praticar atendimento selecionado que não esteja devidamente determinado em lei;

IV – preterir, sobretaxar ou impedir a hospedagem em hotéis, motéis, pensões ou similares;

V – preterir, sobretaxar ou impedir a locação, compra, aquisição, arrendamento ou empréstimo de bens móveis ou imóveis de qualquer finalidade;

VI – praticar o empregador, ou seu preposto, atos de demissão direta ou indireta, em função da orientação sexual do empregado;

VII – inibir ou proibir a admissão ou o acesso profissional em qualquer estabelecimento público ou privado em função da orientação sexual do profissional;

VIII – proibir a livre expressão e manifestação de afetividade, sendo estas expressões e manifestações permitidas aos demais cidadãos".

Na verdade, a lei estadual é um instrumento normativo que veio a lume para fortalecer os preceitos e garantias, individuais e coletivas, expressos em nossa Constituição Federal, entre os quais a cidadania, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III), a supremacia dos direitos humanos (art. 4º, II), princípio da igualdade, proibição de tratamento degradante, garantia ao direito

Acesso ao Sumário

de propriedade, defesa do consumidor, punição a preconceito de qualquer natureza (art. 5º, I, III, XXII, XXXII, XLI), entre outros direitos fundamentais.

Referidas garantias constitucionais devem imperar entre Estado e indivíduo, bem como nas relações entre particulares. A norma em questão foi bastante clara nesse sentido, em seu artigo 3º, no que inexiste impropriedade alguma, ao estabelecer: ***"Artigo 3.º – São passíveis de punição o cidadão, inclusive os detentores de função pública, civil ou militar, e toda organização social ou empresa, com ou sem fins lucrativos, de caráter privado ou público, instaladas neste Estado, que intentarem contra o que dispõe a lei"***.

Trata-se do fenômeno da irradiação dos efeitos das normas de direitos fundamentais, que, nas palavras de Robert Alexy, se expressa da seguinte maneira: ***"Se sua influência se limitasse à relação Estado/cidadão, haveria uma resposta simples à questão acerca de como as normas de direitos fundamentais influenciam o sistema jurídico. Essa resposta poderia, em grande parte, resumir-se à constatação de que as normas de direitos fundamentais influenciam o sistema jurídico na medida em que afetam a relação jurídica entre o Estado e os cidadãos, sob a forma de direitos subjetivos em face do legislador, do Poder Executivo e do Judiciário. Mas é fácil perceber que essa resposta é incompleta. Como já foi demonstrado anteriormente, fazem parte dos direitos dos indivíduos em face do legislador, dentre outros, os direitos a proteção contra outros cidadãos e a determinados conteúdos da ordem jurídico-civil. Isso demonstra que as normas de direitos fundamentais também têm influência na relação cidadão/cidadão. Essa influência é essencialmente clara no caso dos direitos em face da Justiça Civil. Dentre esses direitos estão os direitos a que o conteúdo de uma decisão judicial não viole direitos fundamentais. Isso implica algum tipo de efeito das normas de direitos fundamentais nas normas do direito civil e, com isso, na relação cidadão/cidadão"***[1].

E, ao aprofundar a análise da questão, o jurista alemão aborda ***"um modelo de três níveis para os efeitos perante terceiros"***, a saber:

"O modelo é composto por três níveis: o do dever estatal, o dos direitos em face do Estado e o das relações jurídicas entre os sujeitos privados. Entre esses níveis não há uma relação de grau, mas de mútua implicação.

A teoria dos efeitos indiretos situa-se no nível do dever estatal. O fato de as normas de direitos fundamentais valerem como princípios objetivos (ordem objetiva de valores) para todos os ramos do direito implica que o Estado tem o dever de levá-las em consideração tanto na legislação civil quanto na jurisprudência civil. (...).

O segundo nível é o dos direitos em face do Estado que sejam relevantes do ponto de vista dos efeitos perante terceiros. (...).

1 *Teoria dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 523-524.

Acesso ao Sumário

O terceiro nível do modelo diz respeito aos efeitos dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre sujeitos privados"[2].

A esse respeito, é o seguinte o posicionamento do Supremo Tribunal Federal: ***"As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados***" (RE 201819/RJ, STF, Segunda Turma, Relatora Ministra Ellen Gracie, j. 11/10/2005).

Ao contrário do respeitável entendimento da 13ª Câmara de Direito Público, a lei estadual não fere o artigo 22, inciso I, da Constituição Federal. Isso porque, como dito, a norma prevê, reforçando, a prevalência dos direitos fundamentais – acima elencados – nas relações entre Estado (agentes públicos) e indivíduo, e nas relações entre particulares, no âmbito civil, do direito do consumidor, entre outros.

A lei, em seus artigos e disposições, não criou institutos jurídicos, mormente de Direito Civil. O legislador estadual, na verdade, criou marco normativo importante para promoção da cidadania plena, no âmbito da liberdade de orientação sexual. Nas palavras da professora Flávia Piovesan, ***"hoje pode-se afirmar que a realização plena, e não apenas parcial dos direitos da cidadania, envolve o exercício efetivo e amplo dos direitos humanos, nacional e internacionalmente assegurados"***[3].

Não há, portanto, afronta à competência da União para legislar sobre Direito Civil. Mesmo porque, em se tratando de legislação de direitos fundamentais, aplicável é o § 1º, do artigo 25, da Constituição Federal, segundo o qual ***"são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição"***.

Por fim, e como destacado pela douta Procuradora Geral de Justiça, o julgamento da ADI nº 3.166 – São Paulo, que reconheceu a inconstitucionalidade da Lei Estadual (SP) nº 10.872/2001, não guarda similitude com o caso presente. Naquele julgado, o vício aventado pelo Supremo Tribunal Federal residiu na incompetência normativa do Estado-Membro sobre Direito do Trabalho, bem como da iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo acerca de cargos, funções e empregos públicos, matérias essas que não tratadas pela Lei nº 10.948/2001.

Desse modo, a Lei Estadual (SP) nº 10.948/2001 se afigura constitucional.

Diante do exposto, julga-se improcedente a presente arguição, para

Acesso ao Sumário

2 *Teoria dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 533/538.

3 *Temas de Direitos Humanos*, 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. P. 77.

se reconhecer a constitucionalidade da Lei Estadual (SP) nº 10.948/2001, determinando-se, assim, a devolução dos autos processuais à Colenda 13ª Câmara de Direito Público para a sequência do julgamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0026056-17.2016.8.26.0000, da Comarca de Barueri, em que é suscitante 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM A ARGUIÇÃO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ E RICARDO ANAFE.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27612)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, JOÃO NEGRINI FILHO e SÉRGIO RUI.

São Paulo, 5 de outubro de 2016.

ÁLVARO PASSOS, Relator

Ementa: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – Disposição de regulamento de ICMS do Estado de São Paulo que prevê restrição, no regime de centralização, de transferência de crédito excedente ao débito do período – Violação ao art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal – Não ocorrência – Dispositivos estaduais que reforçam e não ofendem o princípio da não-cumulatividade – Utilização do crédito referente ao tributo que não está vedada pela legislação estadual, permanecendo o crédito para futura compensação nos próximos períodos – Reconhecimento da constitucionalidade

Acesso ao Sumário

dos arts. 97, § 3º, 2, e 99, parágrafo único, do RICMS/SP – Arguição rejeitada.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Arguição de Inconstitucionalidade suscitada pela C. 13ª Câmara de Direito Público no julgamento de apelação interposta contra sentença que julgou procedentes embargos à execução, opostos pelas Lojas Americanas S.A., extinguindo a execução.

A C. Câmara suscitante verificou a presença de questão prejudicial consistente na inconstitucionalidade dos arts. 97, § 3º, 2, e 99, parágrafo único, do RICMS/SP, com as alterações do Decreto Estadual nº 53.355/5008, em razão de ofender o princípio constitucional da não-cumulatividade previsto no art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal.

Ambas as interessadas se manifestaram e a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou, em seu parecer, pela constitucionalidade dos dispositivos, asseverando que o sistema de centralização dos créditos de ICMS, na verdade, figura como instrumento que reforça o aludido princípio constitucional, sendo certo que a não cumulatividade não é irrestrita e absoluta, não havendo óbice à criação de uma restrição.

É o relatório.

O presente incidente de inconstitucionalidade não procede.

Foram opostos embargos à execução, a qual fora ajuizada para a cobrança de quantia inserida em autuação do Fisco, cuja motivação é, em suma, a infringência aos arts. 97, § 3º, 2, e 99, parágrafo único, do Decreto Estadual nº 45.490/00, ao creditar indevidamente para si valores de ICMS que excedem o limite que pode ser absorvido na centralização.

É cediço que a Constituição Federal estabeleceu, em seu art. 155, § 2º, o princípio da não-cumulatividade, o qual deve ser obrigatoriamente seguido nas cobranças relativas ao ICMS, determinando que "será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal".

Este princípio figura como uma regra contábil que permite compensar o que fora pago nas contribuições anteriores com operações subsequentes. A ideia é evitar a incidência em cascata, ou seja, que as alíquotas incidam repetidamente na série de operações que compõem um único ciclo de produção do bem.

A competência para instituir estes tributos é dos Estados e do Distrito Federal (art. 155, CF), sendo certo que há, ainda, a Lei Complementar nº 87/96,

Acesso ao Sumário

que disciplina o tributo e, assim, também apresenta regras em obediência à não-cumulatividade. Dentro de sua atribuição constitucional, o Estado de São Paulo editou a Lei que institui o ICMS (Lei nº 6.374/1989) e o seu regulamento (RICMS/SP – Decreto nº 45.490/00), o qual teve parte de seu texto alterada posteriormente com o Decreto Estadual nº 53.355/08.

Da leitura da legislação estadual e da LC nº 87/96, infere-se que há a possibilidade do uso do regime de centralização por aqueles sujeitos passivos tributários que possuam, dentro do território paulista, diversos estabelecimentos, permitindo que, para a apuração e compensação dos créditos e dos saldos, seja feita transferência ao estabelecimento centralizador.

Como bem observado no parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça "em verdade, a centralização dos créditos de ICMS consiste em instrumento para a efetivação do direito ao próprio crédito, sendo, a bem por isso, um reforço ao princípio da não-cumulatividade".

Com efeito, o texto legal estadual, ao prever a limitação de transferência de créditos, no mesmo período, que excedam o débito se apresenta como regra estabelecida dentro da competência de instituir e regulamentar o imposto do Estado, não se vislumbrando ofensa ao mencionado princípio. Isso porque, analisando os arts. 97, § 3º, 2, e 99, parágrafo único, do RICMS/SP, constata-se que a restrição se refere à vedação de transferência, dos centralizados ao centralizador, de crédito superior ao débito no mesmo período, mas inexiste qualquer previsão de impedimento de manutenção do crédito com o estabelecimento para futura apuração e uso nos períodos subsequentes, cujos cálculos permanecerão escriturados e documentados com o contribuinte. Assim, a não-cumulatividade permanece assegurada, bastando outra transferência quando constatados débitos do centralizador, compensando-se o devido com o recolhido.

Por tais regras, o crédito que exceder o montante a ser absorvido pelo estabelecimento centralizador pode, de acordo com análise do caso concreto, ser contabilizado no período seguinte, porquanto não há restrição para tanto nos dispositivos legais discutidos. Neste ponto, pode ser observado, inclusive, o art. 24, III, da Lei Complementar nº 87/96, o qual, versando sobre a ocasião de apuração do imposto, estipula que "se o montante dos créditos superar os dos débitos, a diferença será transportada para o período seguinte".

Impor limites no procedimento de uso dos créditos e dos débitos não configura, por si só, ofensa ao princípio em questão, sendo certo que o que estará vedada é uma limitação que arrede a não-cumulatividade do tributo, o que não ocorre com este dispositivo regulamentador.

O que se verifica não é a inconstitucionalidade da norma em abstrato, mas sim previsão constitucional e legal que depende de correta interpretação

Acesso ao Sumário

e aplicação no caso concreto, devendo-se arredar que haja um indevido impedimento total do cômputo do crédito em vez de permitir que ele seja utilizado no próximo período.

Destarte, forçoso reconhecer que não há violação ao art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal, com a instituição dos arts. 97, § 3º, 2, e 99, parágrafo único, do RICMS/SP.

Ante o exposto, **rejeito** a arguição suscitada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0023566-22.2016.8.26.0000, da Comarca de Jaguariúna, em que é suscitante 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DA ARGUIÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.382)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO e TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 5 de outubro de 2016.

BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Incidente de inconstitucionalidade. Lei 2.917, de 16 de outubro de 2014, do Município de Santo Antônio de Posse. Necessidade de enfrentamento da questão constitucional pela C. Câmara suscitante. Precedentes. Descabimento do incidente, ainda, por ocorrer em agravo de instrumento. Incidente de inconstitucionalidade não conhecido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Incidente de Inconstitucionalidade suscitado pela C. 2ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça em agravo de instrumento tirado em ação ordinária de indenização, contra decisão que *indeferiu o levantamento dos honorários sucumbenciais por parte dos patronos da parte vencedora, facultando referido levantamento exclusivamente ao Município de Santo Antônio de Posse*.

Suscitou-se o incidente para análise acerca da inconstitucionalidade da Lei 2.917, de 16 de outubro de 2014, de Santo Antônio de Posse.

Por decisão monocrática vista a págs. 50/52, entendi não ser caso de conhecer do incidente, por haver sido expressamente revogada a Lei Municipal 2.917/2014 pela Lei Municipal 2.980/2016.

Ajuizada a ADI 2047097-06.2016 para impugnar a Lei 2.980/2016, por v. Acórdão visto a págs. 20/57 dos autos do agravo regimental apensado, julgou-se *procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei 2.980/16, do Município de Santo Antônio de Posse,* razão por que reconsiderei a decisão monocrática proferida em 10.05.2016 (págs. 50/52).

É o relatório.

Com a devida vênia, entendo não ser possível conhecer deste incidente, porquanto a C. Câmara suscitante afirmou ser *de rigor a análise da declaração incidental de inconstitucionalidade da Lei Municipal 2.917/14, por ofensa ao artigo 22, inciso I, da Constituição Federal proferida pela r. decisão agravada*, sem exame sobre acolhimento, ou rejeição, da questão sobre inconstitucionalidade dos dispositivos, para subsequente remessa dos autos a este C. Órgão Especial.

Assim é que, com a máxima vênia, fixou-se apenas sobre ser vedado ao órgão fracionário do Tribunal declarar a inconstitucionalidade de lei, sob pena de violação à cláusula de reserva de plenário (artigo 97 da Constituição Federal).

Com reiterada licença, não se foi além no v. Acórdão de fls. 43/47, razão por que não se tem como julgar sobre o tema.

No mesmo sentido dos dispositivos constantes dos artigos 480 e 481, **caput**, do CPC/73, revogado, é conferir a redação dos artigos 948 e 949 do Código de Processo Civil vigente:

> ***Art. 948****. Arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes, submeterá a questão à turma ou câmara à qual competir o conhecimento do processo.*
>
> ***Art. 949****. Se a arguição for:*
>
> ***I*** *– rejeitada, prosseguirá o julgamento;*
>
> ***II*** *– acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu*

Acesso ao Sumário

órgão especial, onde houver.

Dessarte, para admissão da arguição de inconstitucionalidade, é necessário o prévio enfrentamento da inconstitucionalidade pela turma julgadora competente para julgamento do processo, e, acolhida a alegação, haverá suspensão do julgamento para submissão da questão ao C. Órgão Especial, em respeito à cláusula de reserva de plenário (art. 97, CF).

Sobre assim ser, relevante colacionar precisa ensinança de GILMAR FERREIRA MENDES E LENIO LUIZ STRECK que, nada obstante faça referência ao CPC/1973, tem perfeita cabida aqui: *os arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil disciplinam a aplicação do art. 97 no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Em suma, dizem essas normas que, se o órgão fracionário (turma, câmara ou sessão) do tribunal se deparar com uma arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, seja em ações originárias de sua competência ou em recursos, deverá suspender o julgamento, colher a manifestação do Ministério Público a respeito, para então deliberar sobre a questão constitucional, o que poderá resultar na manifestação pela constitucionalidade da norma impugnada, legitimando a continuidade imediata do julgamento, ou em decisão pela submissão da questão ao tribunal pleno. Assim, nos Tribunais de Segunda Instância, o controle difuso estabelece-se com a instalação do incidente arguição de inconstitucionalidade, ocasião em que o processo fica suspenso, e a questão constitucional é remetida ao Órgão Especial do Tribunal, acompanhado do respectivo acórdão*[1].

Desse entendimento não discrepa LUÍS ROBERTO BARROSO, em citação extraída no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade 0196293-89.2013.8.26.0000, relator o Des. LUIS GANZERLA:

> *A declaração incidental de inconstitucionalidade perante tribunal é feita em duas etapas: a primeira perante o órgão fracionário e a segunda perante o pleno ou órgão especial. De fato, arguida a inconstitucionalidade – por qualquer das partes, pelo Ministério Público, pelo juiz de 1º grau, pelo relator ou por um de seus pares –, o relator submeterá a questão à turma, câmara, grupo de câmaras, seção ou qualquer outro órgão do tribunal ao qual incumba proceder ao julgamento do caso. Se a arguição for rejeitada, o processo prosseguirá regularmente, com a aplicação da norma questionada, cuja eficácia não terá sido afetada.*
>
> *Se, todavia, o órgão fracionário acolher a arguição de inconstitucionalidade – isto é, se considerar que a norma indigitada é inconstitucional –, lavrará acórdão nesse sentido e encaminhará a questão para ser submetida ao tribunal pleno ou ao órgão especial,*

Acesso ao Sumário

1 Comentários à Constituição do Brasil, coordenação científica de J.J. GOMES CANOTILHO, GILMAR FERREIRA MENDES, INGO WOLFGANG SARLET E LENIO LUIZ STRECK, Ed. Saraiva, 5ª tiragem, 2014, p. 1.334.

ficando o processo suspenso no órgão fracionário. O tribunal, então, deliberará a respeito, observando o quórum de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade (CF, art. 97). Declarada ou não a inconstitucionalidade, o julgamento será retomado no órgão fracionário, tendo como premissa lógica a decisão proferida pelo tribunal: se a norma tiver sido declarada inconstitucional, não será aplicada. Na hipótese contrária, incidirá regularmente sobre o caso concreto (Barroso, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, Saraiva, 2009, 4ª ed., p. 97/98).

Em remate, colho entendimentos neste C. Órgão Especial no mesmo sentido ora lançado:

Arguição de Inconstitucionalidade. Acórdão da 6ª Câmara de Direito Público que, em vista da alegação de inconstitucionalidade da Lei nº 14.977/2009, do Município de São Paulo, remeteu os autos ao Órgão Especial. Ausência de prévio enfrentamento da matéria pela Câmara suscitante. Arguição não conhecida[2].

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 4.213, de 10 de janeiro de 2008, do município de Suzano, que "concede redução tarifária integral (passe livre) no transporte público aos estudantes da rede de ensino pública ou privada no Município de Suzano, e dá outras providências". Questão sobre a constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) da norma não enfrentada de forma expressa pela C. Câmara suscitante. Necessidade dessa prévia manifestação como condição para o conhecimento do incidente. Inteligência dos artigos 480 e 481 do Código de Processo Civil. Precedentes deste C. Órgão Especial. Arguição não conhecida[3].

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – Leis nºs 804/91 e 1.039/96, do Município de Jandira – Ausência de pronunciamento da Câmara suscitante acerca da inconstitucionalidade aduzida em relação aos atos normativos impugnados – Descumprimento da regra prevista nos arts. 480 e 481 do CPC – Manifestação prévia do órgão fracionário que é pressuposto de admissibilidade do incidente, sem a qual não pode ser submetido à apreciação do Colegiado – Precedentes deste Órgão Especial – Arguição de inconstitucionalidade não conhecida, determinado retorno dos autos à Colenda Quinta Câmara de Direito Público para a pertinente apreciação[4].

Acesso ao Sumário

2 Arguição de Inconstitucionalidade nº 0012327-89.2014.8.26.0000, rel. Des. ROBERTO MORTARI, j. 26.03.2014.

3 Arguição de Inconstitucionalidade nº 0154240-93.2013.8.26.0000, rel. Des. ANTONIO LUIZ PIRES NETO, j. 11.12.2013.

4 Arguição de Inconstitucionalidade nº 0185001-10.2013.8.26.0000, rel. Des. PAULO DIMAS

Arguição de Inconstitucionalidade. Remessa dos autos ao Órgão Especial sem prévio enfrentamento da matéria. Inobservância dos artigos 480 e 481 do Código de Processo Civil. Não conhecimento. Precedentes. Arguição irregularmente instaurada e não conhecida[5].

Ademais, cuida-se de inconstitucionalidade arguida em agravo de instrumento, peculiaridade não aceita nos precedentes do E. Supremo Tribunal Federal e mesmo no C. Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, para o que peço vênia para transcrever o entendimento aqui vigente[6]:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Estadual nº 15.854, de 02 de julho de 2015, de iniciativa parlamentar, que "dispõe sobre a obrigatoriedade de os fornecedores de serviços prestados de forma contínua estenderem o benefício de novas promoções aos clientes preexistentes".

Incidente que foi suscitado em recurso de Agravo de Instrumento interposto contra decisão que deferiu tutela antecipada, liberando a concessionária de serviços públicos COMGÁS da obrigação prevista no art. 1º, parágrafo único, item "1", da norma impugnada (estender o benefício de suas promoções aos clientes anteriores).

Cláusula de reserva de plenário. Art. 97 da Constituição Federal. Inaplicabilidade. Julgamento do recurso, no caso, que prescinde de prévio pronunciamento do C. Órgão Especial sobre a questão constitucional (envolvendo a Lei Estadual nº 15.884/2015), ao menos nesta fase processual, em que a discussão (sobre concessão de liminar ou tutela antecipada) depende apenas do exame de requisitos (específicos) exigidos para concessão de provimentos dessa natureza (verossimilhança das alegações do autor ou relevância do fundamento invocado e perigo da demora). Tanto que na Ação Direta de Inconstitucionalidade, por exemplo, o Relator pode deferir liminar para suspender eficácia da lei impugnada (com base em juízo de cognição sumária e provisória), sem que essa providência cautelar (adotada por decisão monocrática) implique em violação da cláusula de reserva de plenário. Precedentes do STF (Rcl 11.768 Agr, Rel. Min. Rosa Weber, j. 02/02/2016; Rcl. 17.288 AgRg, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 26/08/2014).

Eventual conhecimento da arguição, ademais, que resultaria na concretização de um provimento de mérito (de natureza definitiva) sobre questão constitucional (ainda não decidida na sentença), o que, em tese,

Acesso ao Sumário

MASCARETTI, j. 13.11.2013.

5 Arguição de Inconstitucionalidade nº 0114550-57.2013.8.26.0000, rel. Des. CAUDURO PADIN, j. 24.07.2013.

6 Relator: Desembargador Ferreira Rodrigues; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 22/06/2016; Data de registro: 27/06/2016.

poderia implicar em nulidade processual, não só pela desproporção e incongruência da outorga (antecipada) de um provimento definitivo no exame de uma questão provisória, mas também e principalmente pela caracterização de uma situação de ilegalidade consistente na supressão de instância nessa parte referente ao exame (do mérito) da questão constitucional (STJ, AgRg no REsp 1281176/PI, Rel. Min. Assusete Magalhães, 2ª Turma, j. 03/03/2015). No mesmo sentido: REsp nº 772.297/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavaski, 1ª Turma, DJU de 30/06/2006.

A solução mais adequada, em casos dessa natureza, é aquela apoiada no entendimento de que – independentemente do pronunciamento do C. Órgão Especial – a Câmara suscitante pode decidir sobre o pedido de liminar ou tutela antecipada, mesmo quando aborde questões constitucionais (em juízo de verossimilhança), sem que o julgamento dessa questão (provisória) implique em violação da cláusula de reserva de plenário. É que a precariedade da decisão, nesses casos, "impede seja reconhecido o alegado desrespeito ao art. 97 da Constituição da República e à Súmula Vinculante n. 10 do Supremo Tribunal" (STF, Plenário, AgRg na Reclamação nº 10.864, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 24/03/2011).

Posicionamento alinhado à orientação dominante do Supremo Tribunal Federal no sentido de que "a regra inscrita no art. 97 da Constituição Federal possui um domínio temático de incidência normativa específica, restringindo-se, unicamente, em sua aplicabilidade, às hipóteses de declaração final de inconstitucionalidade, quer em sede de controle incidental (modelo difuso), quer no âmbito da fiscalização abstrata de constitucionalidade (modelo concentrado)". Isso porque o princípio da reserva de Plenário "não tem qualquer projeção sobre as decisões que os Tribunais de Justiça – e até mesmo o próprio Supremo Tribunal Federal – proferem em sede meramente cautelar" (Pet 1458/CE, Rel. Min. Celso de Mello, j. 26/02/1998).

Interpretação jurisprudencial que também decorre de outro entendimento do Supremo Tribunal Federal que – na questão de admissibilidade de Recurso Extraordinário – tem decidido (com base na Súmula 735/STF) que "a natureza precária e provisória do juízo desenvolvido em liminar ou tutela antecipada inviabiliza o recurso extraordinário, pois somente com a decisão de mérito haverá o pronunciamento definitivo, na instância específica, sobre as questões jurídicas apreciadas" (ARE 973.222/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 02/06/2016). Cuida-se de decisão recente – apoiada em orientações sólidas e atuais – que ao distinguir entre provimento provisório e definitivo (no exame de admissibilidade de Recurso Extraordinário) corrobora e reforça a ideia (também no exame

Acesso ao Sumário

do cumprimento da cláusula de reserva de plenário) de que a decisão liminar (mesmo que venha a afastar temporariamente a aplicação da lei) não está revestida da necessária carga constitucional (para que seja submetida à regra do art. 97 da Constituição Federal).

Arguição não conhecida, com determinação de devolução dos autos à C. Câmara suscitante.

Com essas observações, entendo ser caso de não conhecer deste incidente, determinando restituição dos autos à C. 2ª Câmara de Direito Público para análise sobre as inconstitucionalidades dos dispositivos de suporte para decisão (*Lei Municipal nº 2.917, de 16 de outubro de 2014, do Município de Santo Antônio de Posse*).

Incidente de inconstitucionalidade não conhecido.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0028771-32.2016.8.26.0000, da Comarca de Amparo, em que é suscitante 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 9ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.894)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS e ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

São Paulo, 10 de agosto de 2016.

MOACIR PERES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ERRO MÉDICO – A Resolução nº 623/2013 conferiu às Câmaras da Seção de Direito Público a competência para julgamento de ações de responsabilidade civil do Estado, compreendidas as decorrentes de ilícitos previstos no art. 951 do Código Civil, quando imputados ao Estado, aos Municípios e às respectivas autarquias e fundações (art. 3º, item I.7, a) – Hipótese em que é também demandado o Município – Conflito procedente, competente a 12ª Câmara de Direito Público para conhecer e julgar o recurso.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 12ª Câmara de Direito Público, figurando como suscitada a Colenda 9ª Câmara de Direito Privado (fls. 56/59).

Andrea Laureano dos Santos ajuizou ação de reparação de danos morais contra Álvaro Luiz Ferreira Nóbrega e o hospital Santa Casa Ana Cintra, alegando erro médico. Posteriormente, foi deferida a denunciação à lide do Município de Amparo, contra o que agravou a Municipalidade (fls. 1/7).

O recurso foi distribuído livremente à 12ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça, tendo a ilustre Relatora sorteada representado para que os autos fossem remetidos à Seção de Direito Privado (fls. 36/37).

Redistribuídos os autos, a Colenda 9ª Câmara de Direito Privado deste Egrégio Tribunal deixou de conhecer do recurso e determinou seu retorno à Câmara originária (fls. 45/52), por entender que o caso trata de falha na prestação de serviço público de saúde por hospital conveniado ao Sistema Único de Saúde do Estado de São Paulo.

A 12ª Câmara de Direito Público, por sua vez, suscitou o conflito de competência. Observa que "no presente caso deve ser aplicado o artigo 5º da Resolução nº 623/2013 do Órgão Especial, que determina em seu inciso I, que é competência da Primeira Subseção de Direito Privado (1ª a 10ª Câmaras) o julgamento das 'ações e execuções relativas a responsabilidade civil do artigo 951 do Código Civil' (I.24)." (fls. 58).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo reconhecimento da competência da 12ª Câmara da Seção de Direito Público para conhecer, processar e julgar o recurso (fls. 70/75).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Como é cediço, diz o art. 103 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça que a competência deve ser definida pelos termos do pedido e da causa de pedir: "A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la".

Pretende a autora, por meio da presente ação, obter a reparação de danos morais decorrentes de suposto erro médico cometido pelo profissional demandado, em atendimento no hospital corréu, prestado mediante convênio com o Sistema Único de Saúde, mantido pela Municipalidade de Amparo, que foi denunciada à lide.

A Resolução nº 623/2013 foi recentemente alterada, passando a dispor, no seu artigo 3º, item I, que compete às 1ª a 13ª Câmaras da Seção de Direito Público a competência para o exame das "ações de responsabilidade civil do Estado, compreendidas as decorrentes de ilícitos previstos no art. 951 do Código Civil, quando imputados ao Estado, aos Municípios e às respectivas autarquias e fundações" (item I.7, a).

Daí se conclui que, para a solução de conflitos de competência que envolvam a questão do erro médico, é necessário conhecer a natureza jurídica do demandado. A natureza privada dos réus determina a competência da Seção de Direito Privado deste E. Tribunal; a pública, a da Seção de Direito Público.

No caso dos autos, é também demandado o Município (fls. 8/9).

Por essa razão, aplica-se ao caso o disposto no artigo 3º, item I.7, a, da Resolução nº 623/13.

Ante o exposto, julga-se procedente o conflito, declarando competente a 12ª Câmara de Direito Público para conhecer e julgar o recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0033055-83.2016.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é suscitante 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 28ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 28ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. BORELLI THOMAZ. FARÁ

DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. SALLES ROSSI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.301)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), RICARDO ANAFE, SILVEIRA PAULILO, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO e JOÃO NEGRINI FILHO julgando o conflito procedente e competente a 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; e SALLES ROSSI (com declaração), ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA, RENATO SARTORELLI e SÉRGIO RUI julgando o conflito procedente e competente a 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

São Paulo, 17 de agosto de 2016.

BORELLI THOMAZ, Relator Designado

Ementa: Conflito de competência. Agravo de Instrumento. Ação de busca e apreensão cumulada com cautelar de arresto. Disputa entre particulares, por inadimplemento em contrato de prestação de serviço. Conflito acolhido, fixada a competência da C. Câmara suscitada (28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo).

VOTO

Relatório nos autos, que adoto.

BANCO DO BRASIL S.A. e TRANSNACIONAL TRANSPORTE DE VALORES SEGURANÇA E VIGILÂNCIA LTDA. *firmaram contrato de prestação de serviços de abastecimento e apoio logístico a terminais de autoatendimento – caixas eletrônicos –, no Estado de São Paulo, cumprindo à Requerida a manutenção e abastecimento dos caixas eletrônicos alcançados pela avença, sob supervisão e monitoramento do Requerente, proprietário dos valores entregues à Requerida para as finalidades do contrato*.

Os motivos para o ajuizamento da ação de busca e apreensão vieram bem postos na precisa síntese do parecer ministerial: *o autor-agravante BANCO DO BRASIL S.A. pretende na inicial a busca e apreensão de malotes com numerário em poder da requerida-agravada TRANSNACIONAL TRANSPORTE DE VALORES SEGURANÇA E VIGILÂNCIA LTDA., em virtude de falha na prestação de serviços de abastecimento e apoio logístico a terminais de*

Acesso ao Sumário

autoatendimento, que resultou em violação de malotes e extravio de numerário em dinheiro, e ainda o arresto dos ativos financeiros e dos veículos da agravada e subsidiariamente a indisponibilidade de seus bens (fls. 306).

Com a devida vênia, a ação envolve apenas particulares, nos polos ativo e passivo, sob regime jurídico de Direito Privado, tanto que ajuizada perante a C. 8ª Vara Cível da Comarca de Campinas, posta em liça a questão de competência quando de agravo de instrumento interposto pelo autor.

Cabe, então, decidir sobre competência pela matéria em disputa, identificada a partir da petição inicial, sabidamente *o projeto da sentença*, a trazer os elementos identificadores da pretensão, a caracterizar também a ação – **rectius** partes, causa de pedir e pedido.

Nesse viés o disposto no art. 103 do Regimento Interno deste Tribunal: *a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la*.

Malgrado haja contrato entabulado entre as partes, dito administrativo, busca-se reparação de lesão de direito da autora decorrente de inadimplemento da ré, embasada a pretensão em normas do Código Civil, tanto que, como está na petição inicial da ação, *visa a presente medida preparatória à busca e apreensão dos malotes em poder da Requerida identificados sob a titularidade do Banco do Brasil S.A., na modalidade de tutela satisfativa, e, cumulativamente, ao arresto de bens e direitos da Requerida em montante suficiente assegurar o êxito de futura ação executiva movida pelo Requerente, para a hipótese de restar frustrada, ainda que parcialmente, a diligência de busca e apreensão*.

Ademais, não se discute a licitação feita pelo Banco do Brasil para escolha da ré como prestadora de serviços, nem há disputa alguma sobre o contrato dela derivado; tampouco se perquire sobre eventual falha no objeto desse contrato.

Cuida-se, apenas e tão só, de reparação de prejuízo dito sofrido pelo autor.

Não se está, pois, a requerer aplicação de normas de Direito Administrativo. O autor quer ter numerário seu de volta, que afirma estar com a ré, pois houve vício na prestação do serviço, de que, segundo já denuncia a petição inicial, resultaram os referidos prejuízos.

Acesso ao Sumário

Tanto assim que o autor fez constar, expressamente, na petição inicial: *diante das circunstâncias de (i) estar a Requerida em poder de valores de propriedade do Requerente e de não restituí-los ao proprietário, (ii) das contradições da Requerida sobre o paradeiro do numerário sob sua guarda, (iii) do risco grave e iminente de novas perdas de valores no âmbito da Transportadora, inclusive em decorrência da prática de fraudes ou ilícitos, bem como (iii) da própria insolvência, atual ou iminente, da Requerida, a frustrar pretensão futura do Requerente de ressarcir-se em perdas e danos decorrentes*

do inadimplemento do contrato pela Requerida, vem propor a presente medida cautelar, com base nos fundamentos a seguir declinados.

Nessa esteira, e com a devida vênia, a fundamentação do v. acórdão suscitado deu o correto entendimento sobre a competência para julgamento desta ação, daí meu entendimento de se afirmar na C. 28ª Câmara de Direito Privado, a termo do art. 5º, § 1º da Resolução 623/2013:

> § 1º. Serão da competência preferencial e comum às Subseções Segunda e Terceira, composta pelas 11ª a 38ª Câmaras, as ações relativas à (...) prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado (...).

Pontofinalizando, malgrado se cuide de processo cautelar, a busca do autor é por reparação de danos causados por particular a pessoa jurídica de direito privado, por descumprimento em contrato de prestação e serviço, sem participação de Fazenda Pública, autarquia ou fundação de direito público, derivada a relação jurídica entre as partes, como já escrito, de contrato de prestação de serviços regido pelo Direito Privado.

Confira-se, **mutatis mutandis**, precedente deste E. Órgão Especial, sob relatoria do D. Desembargador ARTUR MARQUES:

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS AJUIZADA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – INOCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 2º, INC. II, AL. "A", DA RESOLUÇÃO 194/2004 – COMPETÊNCIA DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO. 1. No caso em análise, cuida-se de ação de ressarcimento de danos, não se discutindo questões atinentes à licitação ou a conteúdo de contrato administrativo, mas sim eventual direito da autora de reembolsar-se dos valores recolhidos ao INSS. A demanda não apresenta qualquer peculiaridade que pudesse justificar a competência da Seção de Direito Público. O fato de a autora ser sociedade de economia mista é apenas circunstancial, não demandando, em princípio, a aplicação de um viés publicista ao caso. 2. Conflito julgado procedente para fixar a competência junto à C. 35ª Câmara de Direito Privado deste e. Tribunal de Justiça[1].

Diante disso, procedente o conflito, fixa-se a competência na C. Câmara suscitada (28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo).

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 35.323)

Respeitado o entendimento da douta maioria, posiciono-me de forma

1 Conflito de Competência nº 0053846-15.2012.8.26.0000, Órgão Especial, j. 25/04/2012.

Acesso ao Sumário

diversa.

A competência, em regra, não é definida pela qualidade das partes, mas em razão da matéria, a partir dos fundamentos invocados e pedidos formulados na inicial, a teor do que dispõe o artigo 103, do Regimento Interno desta E. Corte de Justiça, *in verbis*: *"A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la"*.

No caso em debate, a relação material havida entre as partes está fundada em contrato administrativo, regido pela Lei de Licitações. Não há como analisar apenas a prestação de serviços bancários, ainda que se trate o agravante de sociedade de economia mista, isolando a natureza pública do contrato firmado entre as partes, pois se alega na inicial que houve falha nessa prestação; a análise é mais abrangente e aprofundada, e sob a égide do Direito Público. Não se cuida apenas de buscar e apreender valores supostamente pertencentes à agravante em posse da agravada, mas verificar se houve ou não o correto cumprimento do contrato administrativo firmado entre as partes, conforme cláusulas nele inseridas.

Como bem anotou a douta Procuradoria Geral de Justiça em seu parecer:

"(...) O objetivo da ação, portanto, a busca e apreensão de valores e o arresto de ativos financeiros, tem como causa mediata o contrato administrativo havido entre a agravante e a agravada para prestação de serviços de abastecimento e apoio logístico a terminais de autoatendimento, conforme Contrato n. 212/9600-0279 e Aditivo n. 01 (cf. fls. 03).

Destarte, a matéria posta em debate insere-se no âmbito da Lei de Licitações, como bem apontado pelo douto Desembargador CESAR LUIZ DE ALMEIDA (fls. 284). Assim, tratando-se de discussão relacionada à prestação de serviços originada em contrato fundamentado na Lei n. 8.666/93, a competência é de uma das Câmaras da Seção de Direito Público, concessa vênia".

A matéria, portanto, se insere no âmbito da competência da Seção de Direito Público, nos termos do item I.3, da Resolução nº 623/2013, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *in verbis*:

"I.3 – Ações relativas a licitações e contratos administrativos".

Assim já se pronunciou o Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça em caso análogo:

0102543-33.2013.8.26.0000 Conflito de competência / Contratos Administrativos

Relator: Alves Bevilacqua

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: Órgão Especial

Acesso ao Sumário

Data do julgamento: 31/07/2013

Data de registro: 09/08/2013

Ementa: Conflito negativo de competência – Ação ordinária de reparação de danos, fundada em descumprimento de contrato administrativo – A competência é fixada pela *causa petendi* – Art. 2º, II, a da Res. 194/2004 c/c o Prov. N. 63/2004 – Dúvida procedente – Competência da 5ª Câmara da Seção de Direito Público suscitante.

De referido precedente, podemos citar:

*"(...) Assim é que – conforme os termos da inicial (v. art. 100 do RITJ), como bem o lembrou o parquet (cf. parecer às fls. 2.106), não é a condição ou qualidade da parte que delimita a competência recursal, mas, sim, a matéria a respeito da qual conflitam os interesses. A pendenga sobre a qual recai a pretensão de pagamento de indenização por perdas e danos materiais (v. fls. 09, item 'c') – versa inadimplemento de 'Contrato de Prestação de Serviços de Vigilância e Segurança Patrimonial', **nascido** sob a égide da lei n. 8.666/93 e **precedido**, portanto, do certame licitatório (modalidade concorrência pública), que lhe colore a natureza com as regras do direito administrativo".*

À vista do exposto, pelo meu voto, conhecia do conflito e o julgava procedente, reconhecendo como competente a Colenda 5ª Câmara de Direito Público, para processar e julgar o recurso.

SALLES ROSSI, Desembargador, Relator sorteado vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0019655-02.2016.8.26.0000, da Comarca de Osasco, em que é suscitante 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 1ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. AMORIM CANTUÁRIA. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. EVARISTO DOS SANTOS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.513OE)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), FERRAZ DE ARRUDA,

ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA (com declaração), BERETTA DA SILVEIRA, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 10 de agosto de 2016.

CARLOS BUENO, Relator

Ementa: "CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Apelação cível – Empresa concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica – Responsabilidade civil – Ilícito extracontratual – Morte por eletrocussão – Rede de alta tensão instalada irregularmente – Pretensão fundada na responsabilidade subjetiva e objetiva – Competência da Seção de Direito Público – Inteligência do art. 3º, inciso I, I.7, 'b', da Resolução TJSP 623/2013, com a redação dada pela Resolução TJSP 736/2016. Conflito conhecido e provido para determinar o retorno dos autos à C. 6ª Câmara de Direito Público."

VOTO

A C. 6ª Câmara de Direito Público suscitou conflito de competência nos autos da Apelação Cível nº 0021476-34.2009.8.26.0405, da comarca de Osasco, sendo suscitada a C. 1ª Câmara de Direito Privado.

Distribuídos os autos, a 1ª Câmara de Direito Privado não conheceu do recurso e determinou sua remessa a uma das Câmaras de Direito Público, fls. 500/502. O processo foi redistribuído à 6ª Câmara de Direito Público que entendeu ser a competência para julgar o caso afeta à Seção de Direito Privado, suscitando o presente conflito, fls. 511/518.

A Procuradoria Geral de Justiça apresenta parecer no qual entende ser a 6ª Câmara de Direito Público competente para julgar o recurso de apelação, fls. 526/532.

É o relatório.

Conflito negativo de competência suscitado pela 6ª Câmara de Direito Público, tendo como suscitada a 1ª Câmara de Direito Privado. Argumenta a suscitante que o caso sub judice é relativo a matéria que tem por fundamento

Acesso ao Sumário

responsabilidade civil extracontratual, por ato ilícito supostamente praticado por concessionária de serviço público, cuja natureza é privada, e não se subsume à matéria de direito público, 511/518. De outro lado, a suscitada argui que se trata de matéria de responsabilidade civil, fundada no disposto no art. 37, § 6º, da CF/88, fls. 500/502.

O processo trata de ação privada movida por Cícera Alves Feitosa em face da AES Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A., mediante a qual pleiteia indenização por danos materiais e morais em razão do falecimento de seu esposo, que era pedreiro, e foi vitimado por uma descarga elétrica, ao encostar uma barra de ferro em fios de alta tensão da rede da concessionária, irregularmente instalados por ela. Julgada parcialmente procedente a ação, as partes e a companhia de seguro, Allianz Seguro S.A., denunciada à lide, interpuseram recurso de apelação, distribuído à 1ª Câmara de Direito Privado, o que gerou o presente conflito de competência.

De início, pertinente anotar que a competência do órgão jurisdicional em segundo grau é determinada pelos elementos que compõe o pedido inicial, nos termos do art. 103 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça: "a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstância que possam modificá-lo". E ainda, segundo o art. 104, do mesmo estatuto, "a competência em razão da matéria, do objeto ou do título jurídico é extensiva a qualquer espécie de processo ou tipo de procedimento".

No caso em análise, infere-se dos termos constantes da petição inicial que a autora postula a responsabilidade civil da concessionária por ilícito extracontratual, fundada a pretensão na responsabilidade subjetiva e objetiva da empresa concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica.

De acordo com o art. 3º, I, I.7, 'b', da Resolução TJSP 623/2013, com a redação dada pela Resolução TJSP 736/2016, compete a uma das Câmaras da Seção de Direito Público, dentre a 1ª e a 13ª, o julgamento das "ações de responsabilidade civil do Estado, compreendidas as decorrentes de ilícitos" "extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público, ressalvado o disposto no item III.15 do art. 5º desta Resolução".

A autora imputa à concessionária de serviço público uma conduta antijurídica que teria causado danos materiais e morais e postula a responsabilidade civil extracontratual, com fundamento no art. 37, § 6º, da CF/88, fato que implica no reconhecimento da competência da Seção de Direito Público para o julgamento da causa.

Ademais, como bem destacado pelo eminente Procurador de Justiça ao delimitar a questão no âmbito do direito público, "a empresa Eletropaulo

Acesso ao Sumário

Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A. é pessoa jurídica de direito privado, concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica. Fundou a autora a sua pretensão na responsabilidade subjetiva (negligência) e objetiva da referida empresa em razão do risco integral de sua atividade econômica (fls. 05).", fls. 529.

Nesse sentido:

"Conflito de competência. Responsabilidade civil. Empresa concessionária de serviço público (CPFL). Danos causados a transeuntes por queda de fio de alta tensão da rede elétrica em via pública. Ilícito extracontratual relacionado à prestação de serviço público. Competência recursal, nesse caso, definida nos termos do inciso I.7, do art. 3º, da Resolução nº 623/2013, com a alteração introduzida pela Resolução 648, de 11 de junho de 2014, que prevê a competência da Seção de Direito Público para 'Ações de responsabilidade civil do Estado, inclusive as decorrentes de ilícitos extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público, ressalvado o disposto no item III.15 do art. 5º desta Resolução'. Conflito procedente. Competência da 13ª Câmara de Direito Público." (Conflito de Competência nº 0004879-94.2016.8.26.0000, rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. em 22-6-2016).

Portanto, ação em que se postula a responsabilidade civil de concessionária de serviço público, decorrente de ilícito extracontratual que diga respeito à prestação de serviço público, por haver regra específica na Resolução TJSP 623/2013, implica no reconhecimento da competência da Seção de Direito Público para julgamento da causa presente.

Em sendo assim, **julga-se procedente o conflito, determinando-se a redistribuição do feito para a C. 6ª Câmara de Direito Público**.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

Acesso ao Sumário

(Voto nº 29.608)

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS MOVIDA POR ESPOSA DE VÍTIMA DE DESCARGA ELÉTRICA (ELETROPLESSÃO) DE REDE DE ALTA TENSÃO DA RÉ, CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. ILÍCITO DECORRENTE DE ACIDENTE (ELETROPLESSÃO) OCORRIDO EM VIRTUDE DE FALHA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE

FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA DE CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DE CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. COMPETÊNCIA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO (NOS TERMOS DO ART. 3º, ITEM I.7 "b" DA RESOLUÇÃO 623/2013, COM A REDAÇÃO DADA PELA RESOLUÇÃO 736/2016). CONFLITO CONHECIDO E PROVIDO PARA DECLARAR COMPETENTE A COLENDA 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.

Peço desculpas ao Colendo Órgão Especial, e, principalmente, ao E. Desembargador Relator CARLOS BUENO, pelo precioso tempo que lhes subtraí ao indicar vista destes autos, quando já poderia ter proferido meu voto oralmente, na sessão do último dia três de agosto.

De fato, a matéria aqui tratada ainda trazia controvérsias até a edição da Resolução nº 648/2014, que deu outra redação ao artigo 3º, da Resolução 623/2013, e novamente reescrita pela Resolução nº 736, de 30 de março de 2016, naquilo que mais de perto nos interessa.

A redação original da Resolução 623/2013, trazia no artigo 3º, item I.7, a seguinte redação, para afirmar a competência das Câmaras numeradas entre 1ª e 13ª da Seção de Direito Público: "[d]as ações de responsabilidade civil do Estado, de apossamento administrativo, de desistência de ato expropriatório, de uso e ocupação de bem público". Esse dispositivo desgarrou-se da previsão contida no Provimento 63/2004 – de duvidosa legalidade para vincular este C. Órgão Especial às suas disposições – que previa expressamente como matérias de competência da Seção de Direito Público aquelas reportadas aos "ilícitos extracontratuais de concessionários e permissionários de serviço público".

Foi dentro desta regulação que, no bojo do CC nº 0197783-49.2013.8.26.0000, Relator Des. Antônio Luiz Pires Neto, j. 12.2.2014, cujo excerto foi reproduzido no voto do E. Desembargador SIDNEY ROMANO DOS REIS (fl. 516), suscitante deste conflito, que Sua Excelência fundamentou seu voto condutor do v. acórdão, para definir a competência da Seção de Direito Privado, porquanto, à época, as causas reportadas aos "ilícitos extracontratuais de concessionários e permissionários de serviço público", efetivamente não estavam previstas na redação original da Resolução 623/2013 como matéria de competência da Seção de Direito Público. Incidiu àquele conflito, portanto, a regra geral prevista no artigo 5º, item I.29 da Resolução 623/2013, no que resultou o envio dos autos à Seção de Direito Privado I.

Acesso ao Sumário

Alertado pelo E. Des. FERREIRA RODRIGUES, anotei que alguns meses depois daquele Julgamento, este Colendo Órgão Especial modificou aquele dispositivo, editando a Resolução 648, de 11 de junho de 2014 ("Art. 1º. O inciso 1.7, do art. 3º da Resolução nº 623/2013 passa a ter a seguinte redação: I.7 – *Ações de responsabilidade civil do Estado, inclusive as decorrentes de ilícitos extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público, ressalvado o disposto no item III.15 do art. 5º desta Resolução.*".

Sucede que na vigência das Resoluções 648/2014 e 736/2016, o artigo 3º, item I.7, da Resolução 623/2013, sofreu alterações na sua redação original; primeiro, para cometer sem maiores detalhes, a competência da Seção de Direito Público para conhecer e julgar os recursos reportados às ações de responsabilidade civil do Estado, inclusive as decorrentes de ilícitos extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público, e, depois, mais modernamente, explicitando a questão reportada ao artigo 951 do Código Civil, *verbis*:

> **Art. 1º.** O item I.7 do art. 3º da Resolução nº 623/2013 passa a ter a seguinte redação:
>
> **"I.7 – Ações de responsabilidade civil do Estado, compreendidas as decorrentes de ilícitos:**
>
> **a. previstos no art. 951 do Código Civil, quando imputados ao Estado, aos Municípios e às respectivas autarquias e fundações;**
>
> **b. extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público, ressalvado o disposto no item III.15 do art. 5º desta Resolução;"**

Portanto, tem incidência à hipótese, ação de responsabilidade civil extracontratual, cuja causa de pedir está assentada na falha na prestação de serviço de empresa concessionária de energia elétrica, a regra do artigo 3º, item I.7 "b" da Resolução nº 736, de 30 de março de 2016.

Desse modo, com fundamento na redação do artigo 3º, item I.7 "b" da Resolução 736, de 30 de março de 2016, meu voto acompanha o voto do E. Relator para determinar o retorno dos autos à Colenda 6ª Câmara de Direito Público.

AMORIM CANTUÁRIA, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0039186-74.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 3ª

CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, RICARDO ANAFE E BERETTA DA SILVEIRA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.776)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, AMORIM CANTUÁRIA, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI e JOÃO CARLOS SALETTI.

São Paulo, 14 de setembro de 2016.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – COBRANÇA DECORRENTE DE CESSÃO ONEROSA DE USO – ESPAÇO PÚBLICO ADMINISTRADO POR PESSOA JURÍDICA INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA – DEBATE QUE ENVOLVE UTILIZAÇÃO DE ESPAÇO DE BEM PÚBLICO – MATÉRIA AFETA A UMA DAS CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO – RESOLUÇÃO Nº 623/2013 DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA – COMPETÊNCIA DA C. 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, SUSCITADA.

VOTO

Conflito de competência estabelecido entre a C. 13ª Câmara de Direito Público e a C. 3ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal, para enfrentamento do agravo de instrumento interposto por São Paulo Turismo S/A, nos autos da cobrança em fase de cumprimento de sentença movida contra Associação de Prefeitos e Vice-Prefeitos do Estado de São Paulo, a desafiar r. ***decisum*** reproduzido a fls. 363, que nomeou a agravante/exequente administradora, concedendo prazo para apresentação de plano de administração da penhora

sobre faturamento deferida.

Distribuído originalmente o apelo à C. 27ª Câmara de Direito Privado, o v. acórdão encartado a fls. 381/385, relatado pelo eminente Des. Mourão Neto, não conheceu do recurso, determinando livre redistribuição a uma das Câmaras da Seção de Direito Público desta Corte, ao argumento de que a ***causa petendi*** envolve inadimplemento de contrato de cessão de uso de bem público.

Redistribuídos os autos, a 13ª Câmara de Direito Público, nos termos do v. acórdão de fls. 399/406, de relatoria do eminente Des. Souza Meirelles, também não conheceu do reclamo, determinando remessa dos autos à Primeira Subseção de Direito Privado, assentando que *"a lide versa sobre* ***contrato de cessão de uso a título oneroso de prédio de sociedade anônima****"*, espelhando relação jurídica de direito privado.

Com nova redistribuição dos autos, ora à C. 3ª Câmara de Direito Privado, o v. acórdão lançado a fls. 411/417, relatado pelo eminente Des. Beretta da Silveira, declinou da competência suscitando o presente conflito, argumentando que a hipótese enseja análise de tema correlato a contrato administrativo, insistindo na competência da Câmara suscitada com base na Resolução nº 623/2013 desta Corte.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer encartado a fls. 424/430, opinou pela competência da C. Câmara Suscitada.

É o breve relatório.

Nos termos do art. 66, inciso II, do Código de Processo Civil, constatado conflito negativo de competência, ambas as Câmaras consideram-se incompetentes para solver recurso interposto na corrente lide.

In casu, ciente da premissa de que a competência recursal é delineada pelos termos do pedido inicial, à luz do art. 103 do RITJ/SP, questão de fundo envolve cobrança decorrente do inadimplemento da cessão onerosa de uso do Palácio das Convenções do Parque Anhembi, regulada pelos instrumentos copiados a fls. 38/44.

Sopesadas ponderações insertas no v. acórdão da C. Câmara suscitada, o espaço onerosamente cedido enquadra-se na categoria de bem público, que é administrado por pessoa jurídica da administração indireta, irrelevante sua natureza de direito privado (sociedade de economia mista).

Ao dispor sobre a competência das Câmaras de Direito Público desta Corte, a Resolução nº 623/2013 deste E. Tribunal, incluiu no art. 3º, incisos I.3 e I.11:

"I.3 – Ações relativas a licitações e ***contratos administrativos****;*

I.11 – Ações de apossamento administrativo, de desistência de desapropriação e ***de uso e ocupação de bem público****."* – negritou-se.

Assim, nítida a competência da D. Câmara suscitada para enfrentamento do agravo, valendo citar, a propósito, os seguintes precedentes deste C. Órgão Especial em casos similares:

"Conflito de competência. Ação de reintegração de posse c.c. ação de cobrança. Bem imóvel. Espaço comercial em estação ferroviária. Permissão de uso concedida a particular por empresa de economia mista. A competência para processar e julgar ação de reintegração de posse de bem imóvel de domínio público, cedido, a título precário, por meio de termo de permissão de uso, por empresa de economia mista a particular, é da Seção de Direito Público. Inteligência do artigo 3º, inciso I.7, da Resolução nº 623/2013. Reconhecida a competência da 4ª Câmara de Direito Público para processar e julgar o recurso. Conflito de competência procedente.". (Conflito de Competência nº 0202604-96.2013.8.26.0000, rel. Des. Itamar Gaino, j. em 05.02.2014)

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DEMANDA AJUIZADA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA QUE TEM POR OBJETO A COBRANÇA DE QUANTIA DEVIDA EM DECORRÊNCIA DE CONTRATO ADMINISTRATIVO DE PERMISSÃO DE USO. MATÉRIA QUE SE INSERE NA COMPETÊNCIA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO. CONFLITO PROCEDENTE. COMPETÊNCIA DA 3ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Órgão Especial, Conflito de Competência nº 0118004-79.2012.8.26.0000, r. Des. Campos Mello, j. 22.08.2012, v.u.)" (Conflito de Competência nº 0046434-62.2014.8.26.0000, rel. Des. Luis Soares de Mello, j. em 12.11.2014).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação de cobrança ajuizada pela CEAGESP (sociedade de economia mista) versando sobre cumprimento e exigibilidade de obrigação decorrente de termo administrativo de permissão de uso de bem público. Competência recursal que deve ser definida com apoio no artigo 3º, inciso I.7, da Resolução TJ nº 623/2013. Precedentes este C. Órgão Especial. Conflito julgado procedente. Competência da 9ª Câmara de Direito Público" (Conflito de Competência nº 0060088-19.2014.8.26.0000, rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. em 29.10.2014).

Julgo procedente o conflito para firmar a competência da C. 13ª Câmara de Direito Público, suscitada.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0036010-87.2016.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é suscitante 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE

JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 9ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 9ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.468)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO e ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

São Paulo, 14 de setembro de 2016.

FERREIRA RODRIGUES, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação principal que envolve disputa relacionada à legitimidade de representação sindical de determinada categoria profissional pela mesma base territorial. Desnecessidade de qualquer pronunciamento sobre existência, exigibilidade, cobrança, nulidade ou validade de contribuições sindicais. Inexistência, portanto, de questão tributária que possa justificar a incidência do art. 3º, I.8, da Resolução nº 623/2013.

Competência recursal, nesse caso, que deve ser definida com base na regra do art. 5º, § 3º, da mesma Resolução, que dispõe que *"serão da competência comum das Subseções da Seção de Direito Privado todos os demais feitos que, regidos pelo Direito Privado, não sejam da competência recursal de outras Seções do Tribunal de Justiça"*. Dispositivo que tem aplicação mesmo na fase de cumprimento da sentença, como ocorre no presente caso, pois *"a competência em razão da matéria, do objeto ou do título jurídico é extensiva a qualquer espécie de processo ou tipo de procedimento"* (art. 104 do RITJSP).

Acesso ao Sumário

Pouco importa, para efeito de fixação de competência, que o requerido, ao contestar o pedido tenha também apresentado reconvenção, intitulando-se o verdadeiro representante da categoria e buscando a condenação do autor no repasse das contribuições sindicais, assistenciais e confederativas recebidas após a sua criação; primeiro porque a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se exclusivamente pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la (art. 103 do RITJSP); e depois porque o pedido condenatório (contido na reconvenção) não envolve questão de natureza tributária, referindo-se, na verdade, a acertamento de valores entre pessoas jurídicas de direito privado como consequência da definição da legitimidade de representação sindical (por decisão anterior à EC 45/2004).

Conflito julgado procedente. Competência da 9ª Câmara de Direito Privado.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 5ª Câmara de Direito Público, em razão de a 9ª Câmara de Direito Privado ter-se dado por incompetente para conhecer do Agravo de Instrumento nº 2126835-77.2015.8.26.0000, interposto nos autos da ação ordinária nº 0002586-80.1994.8.26.0564, que versa sobre representação sindical.

A 9ª Câmara de Direito Privado (suscitada) sustenta que a matéria controvertida diz respeito à contribuição sindical, daí resultando a competência das Câmaras que compõem a Seção de Direito Público, nos termos do art. 3º, item I.8, da Resolução nº 623/2013 (fls. 396/400).

A 5ª Câmara de Direito Público (suscitante), por sua vez, argumenta que *"não há razão para se interpretar que a simples menção a 'contribuições sindicais', mera consequência da ação principal cuja finalidade era a discussão a respeito de representação sindical, torna a matéria relativa à Direito Público"* (fls. 442/453).

A Douta Procuradoria de Justiça, com as considerações de fls. 462/468, opinou pela procedência do conflito, reconhecendo-se a competência da 5ª Câmara de Direito Público.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Nos termos do art. 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, *"a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la"*.

No presente caso, o **pedido principal** consiste *"no reconhecimento judicial e a declaração de que é o Autor o único Sindicato representativo da categoria dos Empregados em Estabelecimentos de Serviços de Saúde, com base territorial abrangendo os municípios do Grande ABC e região, e consequente anulação das constituições dos Sindicatos requeridos"* (fl. 47).

Já a **causa de pedir** veio apoiada na disposição do artigo 8º, inciso II, da Constituição Federal, que dispõe que *"é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um município"*.

Assim, não se identificando – **nos termos do pedido inicial** – a necessidade de discussão ou de qualquer pronunciamento sobre existência, exigibilidade, cobrança, nulidade ou validade de **contribuições sindicais**, não se compreende porque haveria de ser atribuída à Seção de Direito Público a competência para conhecer do recurso, ainda que se invoque a regra do art. 3º, I.8, da Resolução nº 623/2013, pois esse dispositivo teria cabimento apenas se desfecho da ação dependesse do exame de questão tributária, o que não é o caso.

Na verdade, a competência recursal deve ser definida com base na regra do art. 5º, § 3º, da Resolução TJ nº 623/2013, que dispõe que *"serão da competência comum das Subseções da Seção de Direito Privado todos os demais feitos que, regidos pelo Direito Privado, não sejam da competência recursal de outras Seções do Tribunal de Justiça"*.

Nesse caso, pouco importa, **para efeito de fixação de competência**, que a ré, ao contestar o pedido (fls. 49/74), tenha também apresentado reconvenção (fls. 76/78), *"intitulando-se o verdadeiro representante da categoria e buscando a condenação do autor no repasse das contribuições sindicais, assistenciais e confederativas recebidas após a sua criação"* (fl. 84), já que a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos **termos do pedido inicial**, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la (art. 103 do RITJSP).

Acesso ao Sumário

De qualquer forma, mesmo que se examine a questão sob ponto de vista do pedido reconvencional, o que se admite apenas a título de argumentação (já que o acolhimento desse posicionamento poderia representar ofensa à regra do art. 103 do RITJSP), ainda assim, em que pese o entendimento contrário da douta Procuradoria de Justiça (fls. 462/468), a solução mais razoável, mesmo

nessa hipótese, seria o reconhecimento de competência da Câmara suscitada (Direito Privado).

É que o pedido condenatório (contido na reconvenção) não envolve questão de natureza tributária, referindo-se, na verdade, a acertamento de valores entre pessoas jurídicas de direito privado como consequência da definição da legitimidade de representação sindical (por decisão anterior à EC 45/2004).

Pelo exposto e em suma, julga-se procedente este conflito, declarando-se competente para conhecer e julgar o Agravo de Instrumento nº 2126835-77.2015.8.26.0000 a 9ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0041592-68.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 7ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 4ª CÂMARA DE DIREITO DE PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 4ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. FERREIRA RODRIGUES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27354)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, ANGÉLICA DE ALMEIDA, ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 21 de setembro de 2016.

ÁLVARO PASSOS, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Recurso de apelação interposto nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais, sob fundamento de erro

Acesso ao Sumário

médico ocorrido em hospital público, ajuizada contra a Fazenda Pública – Responsabilidade civil do Estado, fundada em ilícito previsto no art. 951 do Código Civil – Matéria inserida na competência preferencial da Seção de Direito Público, nos termos da Resolução nº 623/2013, art. 3º, I.7, *a*, com a redação dada pela Resolução nº 736/2016 – Precedentes deste C. Órgão Especial – Competência da C. 4ª Câmara de Direito Público (suscitada) – Conflito procedente.

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 7ª Câmara de Direito Privado em face do v. acórdão proferido pela 4ª Câmara de Direito Público (fls. 620/630) que não conheceu do recurso de apelação, sob o fundamento de incompetência absoluta para o julgamento da matéria (erro médico), e determinou sua redistribuição a uma das Câmaras da Seção de Direito Privado I desta Corte.

Opondo-se a tal entendimento, a 7ª Câmara de Direito Privado suscitou o presente conflito de competência, sustentando que o pedido indenizatório em questão decorre do serviço prestado pelo ente público, o que torna a 4ª Câmara de Direito Público competente para apreciá-lo, nos termos do art. 3º, I.7, da Resolução nº 623/2013.

É o relatório.

Assiste razão à C. Câmara suscitante.

Com efeito, o presente conflito de competência foi suscitado nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais, movida contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, sob a alegação de erro médico ocorrido em hospital público (Hospital e Maternidade Interlagos).

Acesso ao Sumário

Versa a demanda, portanto, sobre a responsabilidade civil do Estado, decorrente de ilícito previsto no art. 951 do Código Civil, matéria inserida na competência preferencial da 1ª a 13ª Câmaras da Seção de Direito Público, nos termos da Resolução nº 623/2013, art. 3º, "I.7, a", com a nova redação dada pela Resolução nº 736/2016.

Neste sentido, este C. Órgão Especial já firmou seu entendimento:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Declinada a competência pela Eg. 4ª Câmara de Direito Público. Redistribuiu-se. A C. 10ª Câmara Seção de Direito Privado suscitou dúvida perante o Órgão Especial, entendendo tratar-se de matéria de Direito Público. Erro médico. Ação indenizatória por alegados danos morais e materiais, com pedido de pensão, decorrentes

de óbito supostamente causado por mau atendimento no Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da USP. Demanda calcada na responsabilidade civil do Estado, ajuizada contra autarquia estadual e a FESP. Resolução nº 623/2013. Competência preferencial das 1ª a 13ª Câmaras de Direito Público. Precedentes. Competência da Eg. 4ª Câmara de Direito Público (Art. 201 do RITJ). Conflito procedente, competente a Câmara Suscitada. *(Conflito de Competência nº 0039276-82.2016.8.26.0000; Relator: Evaristo dos Santos; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 17/08/2016; Data de registro: 18/08/2016)*

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ERRO MÉDICO – A Resolução nº 623/2013 conferiu às Câmaras da Seção de Direito Público a competência para julgamento de ações de responsabilidade civil do Estado, compreendidas as decorrentes de ilícitos previstos no art. 951 do Código Civil, quando imputados ao Estado, aos Municípios e às respectivas autarquias e fundações (art. 3º, item I.7, *a*) – Hipótese em que é também demandado o Município – Conflito procedente, competente a 12ª Câmara de Direito Público para conhecer e julgar o recurso. *(Conflito de Competência nº 0028771-32.2016.8.26.0000; Relator: Moacir Peres; Comarca: Amparo; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 10/08/2016; Data de registro: 15/08/2016)*

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação de indenização por dano moral – Erro médico praticado por equipe do Hospital Municipal de Nova Odessa – Demanda fundada na responsabilidade civil do Estado – Matéria atribuída à Subseção de Direito Público – Art. 3º, I.7. da Resolução nº 623/2013, com redação dada pela Resolução nº 736/2016 deste E. Tribunal – Precedentes do Órgão Especial – Conflito conhecido e provido para determinar o retorno dos autos à 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. *(Conflito de Competência nº 0019701-88.2016.8.26.0000 – Relator: Neves Amorim; Comarca: Nova Odessa; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 29/06/2016; Data de registro: 30/06/2016)*

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação de indenização, por dano moral, em decorrência de erro médico, ajuizada contra a Fazenda Pública do Estado. Responsabilidade civil objetiva do Estado. Competência da Seção de Direito Público. Matéria tratada na Resolução nº 623/2013, artigo 3º, I.7, "a", do Órgão Especial (redação da Res. nº 736/2016). Conflito procedente. Competência da 4ª Câmara da Seção de Direito Público, ora suscitada. *(Conflito de Competência nº 0013759-75.2016.8.26.0000 – Relator: Tristão Ribeiro; Comarca: Poá; Órgão julgador: Órgão*

Acesso ao Sumário

Especial; Data do julgamento: 04/05/2016; Data de registro: 05/05/2016)

Ante o exposto, **julga-se procedente o conflito**, declarando-se competente a C. 4ª Câmara de Direito Público para o julgamento do recurso de apelação nº 0013498-05.2003.8.26.0053.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0037626-97.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 10ª CÂMARA DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 5ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 5ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.667)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, VICO MAÑAS, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES e PÉRICLES PIZA.

São Paulo, 28 de setembro de 2016.

MÁRCIO BARTOLI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA NEGATIVO. ARGUIÇÃO EM APELAÇÃO INTERPOSTA EM FACE DE SENTENÇA QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTE PLEITO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS ADVINDOS DE ATOS PROMOVIDOS POR AGENTES DE HOSPITAL MANTIDO POR ASSOCIAÇÃO CIVIL DE DIREITO PRIVADO SEM FINS LUCRATIVOS.

FAZENDA PÚBLICA EXCLUÍDA DO POLO PASSIVO QUANDO DO DESPACHO SANEADOR, SEM QUE TENHA HAVIDO INSURGÊNCIA DE QUALQUER DAS PARTES. COMPETÊNCIA RECURSAL QUE SE FIXA PELA NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA EM LITÍGIO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 3º, INCISO I, ITEM I.7, E ARTIGO 5º, INCISO I, ITEM I.24, AMBOS DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013, DESTE TRIBUNAL. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE RESTANDO FIXADA A COMPETÊNCIA DA 5ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO.

VOTO

1. Cuida-se de conflito de competência suscitado em julgamento de recurso de apelação interposto em face de sentença proferida pelo Juízo da 32ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital, que julgou parcialmente procedente pedido de indenização por danos morais e materiais decorrentes de atos praticados por agentes do Hospital Geral do Grajaú por ocasião do parto do autor G.Q.S.

A 5ª Câmara de Direito Privado, em acórdão relatado pelo Des. Fábio Podestá, declinou da competência, determinando a redistribuição do recurso a uma das Câmaras da Seção de Direito Público, sob o fundamento de que se tratava de postulação vinculada à má prestação de serviços de saúde, por suposto erro médico cometido por prepostos de hospital público, mediante atendimento pelo Sistema Único de Saúde, encontrando fundamento, portanto, na responsabilidade objetiva do Estado (fls. 905/912).

O feito foi distribuído à 10ª Câmara de Direito Público que, de seu turno, por voto da relatoria do Des. Torres de Carvalho, **suscitou conflito**, aduzindo que a ação versa sobre responsabilidade civil extracontratual, não figurando o Estado como parte no feito, de modo que tal julgamento compete a outra Seção que não a de Direito Público. Pontuou que *"[o] Hospital Geral do Grajaú, em que pese se tratar de nosocômio público, era mantido e gerido pela Organização Santamarense de Educação e Cultura à época do ajuizamento (fls. 243/257, vol. 2); passou a ser mantido pela Associação Congregação de Santa Catarina no curso da lide (fls. 376/377, vol. 2); e atualmente é gerido pela Organização Social Instituto de Responsabilidade Social Sírio Libanês, que a partir de 28-11-2012, através de termo de assunção de responsabilidade processual, passou a ser responsável pelas defesas dos processos em andamento ajuizados em face da antiga gestora; trata-se, com efeito, de associação civil de direito privado*

Acesso ao Sumário

sem fins econômicos ou lucrativos" (fls. 920/923).

Processado o incidente, a Procuradoria-Geral de Justiça, pelo parecer de fls. 931/936, opinou pela fixação da competência da 10ª Câmara da Seção de Direito Público.

2. **Com razão a Câmara Suscitante.** A definição de competência dos órgãos do Poder Judiciário, inclusive nas Instâncias Superiores, rege-se pela matéria, é dizer, pela natureza da relação jurídica em litígio[1].

Tal o teor do artigo 103 do Regimento Interno deste Tribunal: *"A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la".*

No vertente caso, E.I.S. e G.Q.S., representado por sua genitora, ajuizaram ação indenizatória por danos materiais e morais em face de Hospital Geral do Grajaú – OSEC e a Fazenda do Estado. O pleito indenizatório baseou-se, em síntese, na demora na realização de cirurgia cesariana em E., por conta da dificuldade de realização de parto normal, o que ocasionou sofrimento fetal, em razão da utilização de fórceps; nascimento com anoxia neonatal grave, resultando em sequelas de ordem psíquica e motora graves, incapacitando, assim, o autor para o exercício de qualquer tipo de atividade; bem como trouxe graves sequelas à autora, que ficou dois meses sem poder andar.

Com efeito, quando do despacho saneador, o Juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública acolheu preliminar de ilegitimidade passiva e excluiu a Fazenda Pública do Estado do polo passivo da ação (fls. 336). Verifica-se nos autos que não houve interposição de recurso contra tal decisão. Em seguida, o Juízo determinou a redistribuição do feito para umas das Varas Cíveis do Foro Central da Capital (fls. 371/371vº).

Desse modo, apenas o Hospital Geral do Grajaú foi mantido no polo passivo, tendo sobre ele recaído a condenação fixada pela sentença de parcial procedência (fls. 833/836).

E, consoante salientado pela Câmara suscitante, *"em que pese se tratar de nosocômio público, era mantido e gerido pela Organização Santamarense de Educação e Cultura à época do ajuizamento (fls. 243/257, vol. 2); passou a ser mantido pela Associação Congregação de Santa Catarina no curso da lide (fls. 376/377, vol. 2); e atualmente é gerido pela Organização Social Instituto de Responsabilidade Social Sírio Libanês, que a partir de 28-11-2012, através de termo de assunção de responsabilidade processual, passou a ser responsável pelas defesas dos processos em andamento ajuizados em face da antiga gestora".*

Acesso ao Sumário

1 STJ, CC 53174/MG, Corte Especial, Rel. Ministro Ari Pargendler, julgado em 15 de maio de 2013.

Assim, a apelação na qual veio a ser suscitado o presente conflito de competência originou-se de ação visando, em síntese, a reparação de danos morais e materiais fundada na responsabilidade civil prevista no artigo 951 do Código Civil, não imputada ao Estado, matéria que se insere no âmbito da competência das Câmaras da Seção de Direito Privado, especificamente as da 1ª a 10ª, nos moldes do artigo 5º, inciso I, "I.24", da Resolução nº 623/2013 deste Tribunal[2].

Cabe salientar que, nos termos do artigo 3º, inciso I, "I.7a", da Resolução nº 623/2013 deste Tribunal, na redação dada pela Resolução nº 736/2016, serão de competência da Seção de Direito Público, em especial da 1ª à 13ª Câmaras, as ações de responsabilidade civil do Estado, compreendidas as decorrentes de ilícitos previstos no artigo 951 do Código Civil, **"quando imputados ao Estado, aos Municípios e às respectivas autarquias e fundações"** – circunstância que não se verifica no presente feito.

Neste sentido, aliás, tem decidido este Órgão Especial: "CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ERRO MÉDICO – A Resolução nº 623/2013 conferiu às 1ª a 10ª Câmaras da Seção de Direito Privado a competência para julgamento de ações e execuções relativas a responsabilidade civil do artigo 951 do Código Civil (art. 5º, item I.24) – Conflito procedente. Competência da 9ª Câmara de Direito Privado para o conhecimento e julgamento do recurso"[3]. "CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS, DECORRENTES DE ERRO MÉDICO NO TRATAMENTO DE NEOPLASIA, DURANTE ATENDIMENTO NO HOSPITAL-RÉU PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS. ARTIGO 951 DO CCB. RESOLUÇÃO 736/2016 QUE DÁ NOVA REDAÇÃO AO ITEM I.7 DO ART. 3º DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013, REMETENDO À SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO APENAS O CASOS PREVISTOS NO ART. 951 DO CC 'QUANDO IMPUTADOS AO ESTADO, AOS MUNICÍPIOS E ÀS RESPECTIVAS AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES'. ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA PRIVADA – CONFLITO PROCEDENTE COMPETENTE A C. CÂMARA SUSCITADA, 5ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO[4].

Pelas razões expendidas, vislumbra-se a procedência do presente

Acesso ao Sumário

2 "A Seção de Direito Privado, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em 3 (três) Subseções, assim distribuídas:
I – Primeira Subseção, composta pelas 1ª a 10ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias: (...)
I.24 – Ações e execuções relativas a responsabilidade civil do art. 951 do Código Civil, salvo o disposto no item I.7 do art. 3º desta Resolução; (Redação dada pela Resolução nº 736/2016);"

3 TJSP, Órgão Especial, CC 0008623-97.2016.8.26.0000, rel. Des. Moacir Peres, j. 27.04.2016.

4 TJSP, Órgão Especial, CC 0011243-82.2016.8.26.0000, rel. Des. Xavier de Aquino, j. 04.05.2016.

conflito de competência, reconhecendo-se que a suscitada é competente para o julgamento do recurso interposto, nos termos do artigo 5º, inciso I, "I.24", da Resolução nº 623/2013 deste Tribunal.

3. Ante o exposto, julga-se procedente o conflito e competente a suscitada, 5ª Câmara da Seção de Direito Privado deste Tribunal de Justiça, à qual os autos devem ser remetidos para julgamento do recurso interposto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0037623-45.2016.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é suscitante 20ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.978)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO e ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

São Paulo, 5 de outubro de 2016.

MOACIR PERES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – EMBARGOS À EXECUÇÃO – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA – A Resolução nº 623/2013 conferiu às Câmaras da Seção de Direito Público a competência para julgamento de ações relativas a licitações e contratos administrativos

– Hipótese em que o titulo executivo funda-se em contrato administrativo precedido de pregão presencial – Conflito procedente, competente a 5ª Câmara de Direito Público para conhecer e julgar o recurso.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 20ª Câmara de Direito Privado, figurando como suscitada a Colenda 5ª Câmara de Direito Público (fls. 374/382).

O Município de Campinas, em ação de execução de título extrajudicial ajuizada por Arcolimp Serviços Gerais Ltda., apresentou embargos à execução, que foram julgados parcialmente procedentes para reduzir o valor executado, contra o que apelou a exequente (fls. 332/338).

O recurso foi distribuído livremente à 5ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça, que não conheceu do recurso e determinou sua redistribuição a uma das Câmaras compreendidas entre a 11ª e a 24ª, a 37ª e a 38ª Câmaras da Seção de Direito Privado (fls. 362/366).

Redistribuídos os autos, a Colenda 20ª Câmara de Direito Privado deste Egrégio Tribunal deixou de conhecer do recurso e suscitou o conflito de competência (fls. 379/38445/52), por entender que se trata de ação relativa a licitações e contratos administrativos.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo reconhecimento da competência da 5ª Câmara da Seção de Direito Público para conhecer, processar e julgar o recurso (fls. 392/397).

É o relatório.

Como é cediço, diz o art. 103 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça que a competência deve ser definida pelos termos do pedido e da causa de pedir: "A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la".

Pretende a Municipalidade, por meio dos presentes embargos à execução, obstar a execução de títulos executivos extrajudiciais contra ela emitidos em decorrência da execução de contrato administrativo.

O caso subsume-se à previsão do artigo 3º da Resolução nº 623/2013, segundo o qual a Seção de Direito Público, por meio de suas 1ª a 13ª Câmaras, tem competência preferencial para julgar "ações relativas a licitações e contratos administrativos" (inciso I, item I.3).

Como bem salientou a douta Procuradoria Geral de Justiça, "o MUNICÍPIO

Acesso ao Sumário

DE CAMPINAS intentou Embargos à Execução diante da execução promovida pela empresa ARCOLIMP SERVIÇOS GERAIS LTDA., cujo propósito é o recebimento de títulos de crédito – duplicatas mercantis – originárias do contrato administrativo n. 349/2006, oriundo do Pregão Presencial n. 101/2006 (fls. 02/14). [...] A questão é eminentemente de Direito Público" (fls. 394).

Analisando questão semelhante, assim decidiu este Colendo Órgão Especial:

> *"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação declaratória de inexigibilidade de títulos de crédito – Duplicatas mercantis protestadas – Títulos de crédito vinculados a contrato administrativo prevendo o fornecimento de matéria-prima para a produção de medicamento, antecedido de licitação (Lei nº 8.666/93) – Matéria de natureza pública – Aplicação do art. 3º, I, item 'I.3', da Resolução nº 623/2013 – Competência da Seção de Direito Público – Fixação da competência da 5ª Câmara de Direito Público – Conflito procedente." (Conflito de Competência n. 0030414-93.2014.8.26.0000 – Rel. Des. Ademir Benedito – j. em 30.7.14 – v.u.).*

Ante o exposto, julga-se procedente o conflito, declarando competente a 5ª Câmara de Direito Público para conhecer e julgar o recurso.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0018911-07.2016.8.26.0000, da Comarca de Tietê, em que é paciente TODOS OS GUARDAS CIVIS MUNICIPAIS DE TIETÊ (ATUAIS E FUTUROS) e impetrante RICARDO TEDESCHI NETTO, é impetrado SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DO 'HABEAS CORPUS'. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.649)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES,

PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 17 de agosto de 2016.

RENATO SARTORELLI, Relator

Ementas: "*HABEAS CORPUS* – GUARDAS CIVIS MUNICIPAIS – MUNICÍPIO COM MENOS DE CINQUENTA MIL HABITANTES – SALVO-CONDUTO PARA PORTAR ARMA DE FOGO DENTRO E FORA DE SERVIÇO – AUTORIDADE COATORA – SECRETÁRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO – ILEGITIMIDADE PASSIVA – RECONHECIMENTO – INSURGÊNCIA CONTRA NORMA LEGAL – ARTIGO 6º, INCISO IV, DA LEI Nº 10.826/2003 – AUSÊNCIA DE AMEAÇA DIRETA À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER – ORDEM NÃO CONHECIDA.

A autorização para o porte de arma de fogo de uso permitido, em todo o território nacional, é de competência da Polícia Federal, descabendo ao Secretário de Segurança Pública do Estado autorizar a posse e tampouco aplicar medidas restritivas decorrentes do porte ilegal".

"Inexistindo violação ou ameaça à liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal), é incabível o manejo de *habeas corpus*".

VOTO

O Procurador do Município de Tietê, Dr. Ricardo Tedeschi Netto, impetrou a presente ordem de ***habeas corpus*** em favor de todos os Guardas Civis Municipais de Tietê, apontando como autoridade coatora o Exmo. Sr. Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo, buscando a expedição de salvo-conduto para que os pacientes possam portar arma de fogo registrada, dentro ou fora de serviço.

Sustenta o impetrante, em apertada síntese, que a Guarda Municipal exerce funções de segurança e patrulhamento, auxiliando as Polícias Civil e Militar, devendo receber o mesmo tratamento perante o Estatuto do Desarmamento,

Acesso ao Sumário

inclusive no que diz respeito ao porte de arma, independentemente do número de habitantes da cidade onde atua. Alega, em acréscimo, que o artigo 6º, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003 tolhe o direito dos integrantes da corporação ao porte de arma de fogo dentro e fora de serviço, impondo limite habitacional desarrazoado gerando, com isso, insegurança pública e pessoal. Argumenta, ainda, que o texto normativo estabelece critério de discrímen diverso para a mesma situação, malferindo os princípios da igualdade e da isonomia. Enfatizando, por fim, que se encontram presentes os pressupostos autorizadores para a concessão da liminar, pleiteia a expedição de salvo-conduto, deferindo-se a final o ***writ***.

Processado o feito originariamente em primeiro grau, sobrevieram as informações prestadas pelo Exmo. Senhor Secretário de Segurança Pública do Estado, Dr. Alexandre de Moraes *(fls. 84/94)*, sendo, então, determinada a remessa dos autos para este E. Tribunal de Justiça *(fls. 109/110)*.

Acrescento que o ***writ*** foi distribuído à C. 4ª Câmara da Seção de Direito Criminal, sob a relatoria do ilustre Desembargador Euvaldo Chaib, que indeferiu a liminar *(fl. 115)* e ordenou a redistribuição do ***habeas corpus*** a este C. Órgão Especial, diante da prerrogativa de função da autoridade apontada como coatora *(fl. 129)*.

A D. Procuradoria de Justiça, em seu parecer, opinou pelo não conhecimento da impetração ou, alternativamente, pela concessão da ordem *(cf. fls. 135/138)*.

É o relatório.

A autoridade apontada como coatora neste ***habeas corpus*** é o Exmo. Senhor Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo, o que, em tese, atrairia a jurisdição do Órgão Especial para julgamento, a teor do disposto no artigo 74, incisos I e IV, da Constituição Estadual e artigo 13, inciso I, alínea "a", do Regimento Interno.

No entanto, a competência para autorizar o porte de arma de fogo não é do Secretário de Segurança Pública do Estado, mas sim da Polícia Federal, nos termos do artigo 10 da Lei nº 10.826/2003, ***verbis***:

> ***"Art. 10. A autorização para o porte de arma de fogo de uso permitido, em todo o território nacional, é de competência da Polícia Federal e somente será concedida após autorização do Sinarm".***

Desta forma, como não cabe ao Secretário de Segurança Pública expedir autorização de porte de arma de fogo e tampouco aplicar medidas restritivas decorrentes do porte ilegal, afigura-se irrecusável o reconhecimento de sua ilegitimidade passiva para responder à impetração na medida em que a matéria é alheia à sua esfera de competência.

Destaco, a propósito, casos análogos já submetidos à apreciação deste C. Órgão Especial, ***verbis***:

Acesso ao Sumário

"HABEAS CORPUS. Pedido de salvo conduto para que os pacientes – na condição de guardas civis do município de São Vicente – possam portar arma de fogo, mesmo fora do serviço, sem o risco de serem presos. Alegação de inconstitucionalidade do artigo 6º, incisos III e IV, da Lei nº 10.826/2003. Impetração contra o Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo. Ilegitimidade de parte. Reconhecimento. Autorização de porte de arma de fogo que, na verdade, compete à Polícia Federal, nos termos do art. 10 da Lei nº 10.826/2003, e não ao Secretário de Segurança" (Habeas Corpus *nº 0029283-49.2015.8.26.0000, Relator Desembargador Ferreira Rodrigues).*

"Habeas Corpus preventivo – Servidores da Guarda municipal da cidade de Tatuí – Pretensão de obter permissão para porte arma de fogo, fora da jornada de trabalho e além dos limites do município em que desempenham a função – Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo apontado como autoridade coatora – Ilegitimidade passiva – Entendimento sedimentado neste E. Órgão Especial – Hipótese de indeferimento da petição inicial – Habeas corpus não conhecido" (Habeas Corpus *nº 2041070-12.2013.8.26.0000, Relator Desembargador Grava Brazil).*

Mas não é só.

O meio processual eleito é inadequado para satisfazer o pleito deduzido pelo impetrante porquanto não se vislumbra hipótese em que alguém esteja sofrendo ou se ache *"ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder"*, nos termos do artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal.

A pretensão dos pacientes de portar arma de fogo dentro e fora de serviço, em confronto com o que disciplina o artigo 6º, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003, que somente autoriza o porte aos guardas civis de *"Municípios com mais de 50.000 (cinquenta mil) e menos de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, quando em serviço"* não guarda relação direta com o direito de locomoção, constituindo, na realidade, verdadeira insurgência contra o tratamento legal que o Estatuto do Desarmamento conferiu à categoria dos guardas municipais, extrapolando do âmbito restrito do ***habeas corpus***.

Lembro, a respeito, precedente da lavra do E. Supremo Tribunal Federal, ***verbis***:

"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E CONSTITUCIONAL. USO E PORTE DE ARMA DE FOGO PELA GUARDA MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE CONVÊNIO ENTRE MUNICÍPIO E POLÍCIA FEDERAL. EXPEDIÇÃO DE SALVO-CONDUTO. AUSÊNCIA DE RISCO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Não se comprovam, nos autos, constrangimento ilegal a ferir

Acesso ao Sumário

direito dos Pacientes nem ilegalidade ou abuso de poder a ensejar a concessão da ordem no sentido da expedição de salvo-conduto com a finalidade de autorizar o uso de arma de fogo pelos guardas municipais.

2. O Supremo Tribunal Federal não admite o conhecimento de habeas corpus no qual não se demonstra risco efetivo de constrição à liberdade de locomoção física. Precedentes.

3. Improcedência da afirmação dos Impetrantes de cumprimento dos requisitos da Lei Nacional nº 10.826/2003 e do Decreto n. 5.123/2004.

4. A jurisprudência deste Supremo Tribunal é firme no sentido de que o porte de armas de fogo é questão de segurança nacional.

5. O interesse de guarda municipal não pode suprir a ausência de convênio entre a Municipalidade e a Polícia Federal nem eventual falta de interesse pelo Município na celebração do convênio.

6. Habeas corpus não conhecido" *(HC nº 113.592/SP, Relatora Ministra Cármen Lúcia).*

No mesmo sentido, a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, ***verbis***:

"AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO. PORTE DE ARMA DE FOGO. GUARDA MUNICIPAL. MUNICÍPIO COM MENOS DE CINQUENTA MIL HABITANTES. ART. 6º, III, DA LEI Nº 10.826/2003. HABEAS CORPUS. VIA INADEQUADA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO OU AMEAÇA DE VIOLÊNCIA DO DIREITO DE LOCOMOÇÃO.

1. Não se verificando situação em que alguém sofre ou se acha ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nos termos do que dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, incabível o ajuizamento de habeas corpus.

2. A via eleita não serve para alcançar a pretensão dos guardas civis municipais de poderem prestar serviço mediante a utilização de arma de fogo, em confronto com o que disciplina o art. 6º, III, da Lei nº 10.826/2003, porquanto não tem relação direta com o direito de ir e vir. Precedentes" (*AgRg. no RHC nº 43.396/SP, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior).*

Inexistindo, portanto, qualquer ilegalidade ou abuso de poder que justifique a utilização do remédio heroico, é de rigor o não conhecimento da ordem de ***habeas corpus*** seja em face da inadequação da via eleita, seja diante da ilegitimidade de parte da autoridade apontada como coatora.

Ante o exposto, não conheço da impetração.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0038155-19.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante VALDIR PAIS, pacientes LAÉRCIO DA SILVA, LAERTE BATISTA BORGES, LEONARDO PONTELLI FILHO, LUIS CARLOS DE LIMA, LUCAS FERNANDO DA SILVA, LUIS CARLOS PEREIRA, LUIS CLAUDIO BRITO, LUIZ CARLOS DIAS, MANOEL ROBERTO MILANEZ, MÁRCIA APARECIDA DE MORAES, MÁRCIA REGINA DE SOUZA PONTELLI, MARCO ANTONIO BUSSULARI, MARCOS ROBERTO FIRMINO, MÁRIO LUCIO FLORIANO, MISAEL DOS SANTOS PEREIRA LIMA, PAULO MATIELO e PAULO SÉRGIO AMBRONISIO, é impetrado SECRETÁRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DO 'HABEAS CORPUS'. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.308-OE)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, VICO MAÑAS, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, ANTONIO CARLOS MALHEIROS e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 28 de setembro de 2016.

PÉRICLES PIZA, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* PREVENTIVO. Salvo conduto para evitar prisões dos pacientes por eventual porte ilegal de arma de fogo, em outros municípios – Não conhecimento. Inexistência de violação ou ameaça de violência ao direito de locomoção. Via inadequada. Precedentes. Ilegitimidade passiva 'ad causam' do Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo. Competência para autorizar o porte de arma de fogo é da Polícia Federal, conforme previsto no art. 10 da Lei nº 10.826/2003. Precedentes – Ordem não conhecida.

Acesso ao Sumário

VOTO

I – Trata-se de *Habeas Corpus* preventivo impetrado em favor de LAÉRCIO DA SILVA, LAERTE BATISTA BORGES, LEONARDO PONTELLI FILHO, LUIS CARLOS DE LIMA, LUCAS FERNANDO DA SILVA, LUIS CARLOS PEREIRA, LUIS CLAUDIO BRITO, LUIZ CARLOS DIAS, MANOEL ROBERTO MILANEZ, MÁRCIA APARECIDA DE MORAES, MÁRCIA REGINA DE SOUZA PONTELLI, MARCO ANTONIO BUSSULARI, MARCOS ROBERTO FIRMINO, MÁRIO LUCIO FLORIANO, MISAEL DOS SANTOS PEREIRA LIMA, PAULO MATIELO e PAULO SERGIO AMBRONISIO, todos servidores municipais na cidade de Mogi Guaçu, exercendo a função de Guardas Civis Municipais, com pedido de liminar, para a obtenção de salvo-conduto para evitar as prisões dos pacientes em decorrência de eventual porte ilegal de arma de fogo, em outros Municípios, sob o argumento de que presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* (cf. fls. 02/13).

Os pacientes pretendem que sejam assegurados *"o direito de portar armas registradas, dentro e fora do serviço, desde que cumpridos os demais requisitos legais para o porte de armas, devendo a autorização compreender todo o território do Estado de São Paulo"* (cf. fl. 12 'in fine').

Foi distribuído ao Magistrado da Vara Criminal da Comarca de Mogi Guaçu que se declarou incompetente, determinado o encaminhamento dos autos a este Egrégio Tribunal de Justiça (cf. fls. 119/120).

Argumentou-se que competente para figurar no polo passivo desta ordem de *Habeas Corpus* o **Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo**, mormente pelo fato dos ora pacientes requererem autorização para portarem arma de fogo em todo o território do Estado de São Paulo (cf. fl. 12 'in fine').

A liminar foi indeferida.

Foram prestadas informações pelo Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo, alegando inadequação da via eleita e ilegitimidade passiva, bem como aguarda o indeferimento da ordem (cf. fls. 136/158).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento da presente ação constitucional, em razão da inadequação da via eleita e da ilegitimidade de parte da autoridade apontada como coatora (cf. fls. 160/164).

II – Em que pese o presente "mandamus" tenha sido conhecido inicialmente, ao indeferir a liminar, e encaminhado os autos para colheita de informações por parte da autoridade apontada como coatora e, ao depois, com vistas à douta Procuradoria-Geral de Justiça, revendo posicionamento, caso é de **não conhecimento da impetração**.

O objeto do presente "writ" já foi decidido reiteradamente por este Egrégio

Órgão Especial, prevalecendo o entendimento que a via eleita é inadequada.

O *habeas corpus* é garantia fundamental oponível sempre que o direito à liberdade de locomoção se achar restringido por perigo atual ou iminente, decorrente de ilegalidade ou abuso de poder (*ex vi* art. 5º, LXIII, da Constituição Federal).

Não pode ser utilizado o "writ" com intuito de obtenção de salvo conduto para evitar a prisão de guardas civis municipais, da cidade de Mogi Guaçu, em decorrência de eventual porte ilegal de arma de fogo, porque não demonstrado constrangimento ilegal a ferir direito dos pacientes nem ilegalidade ou abuso de poder a ensejar a concessão da ordem.

Neste sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cabendo a citação do Ministro CELSO DE MELLO:

(...) "com a cessação, em 1926, da doutrina brasileira do 'habeas corpus' a destinação constitucional do remédio heróico restringiu-se, no campo de específica projeção, ao plano da estreita tutela da imediata liberdade física de ir, vir e permanecer dos indivíduos, pertencendo, residualmente, ao âmbito do mandado de segurança, a tutela jurisprudencial, contra ofensas que desrespeitem os demais direitos líquidos e certos, mesmo quando tais situações de ilicitude ou de abuso de poder venham a afetar, ainda que obliquamente, a liberdade de locomoção física das pessoas. O remédio constitucional do 'habeas corpus', em consequência, não pode ser utilizado como sucedâneo de outras ações judiciais, notadamente naquelas hipóteses em que o direito-fim (...), não se identifica com a própria liberdade de locomoção física. – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem salientado que, não havendo risco efetivo de constrição à liberdade de locomoção física, não se revela pertinente o remédio do 'habeas corpus', cuja utilização supõe, necessariamente, a concreta configuração de ofensa, atual ou iminente, ao direito de ir, vir e permanecer das pessoas" (HC 83.966-AgR, DJ, 25.11.2005).

Bem destacou a douta Procuradoria-Geral de Justiça em seu parecer que:

"... o impetrante busca a satisfação da pretensão dos pacientes por intermédio de meio inadequado, eis que não se vislumbra na hipótese, situação concreta de ameaça ou violação a liberdade de locomoção, em razão de abuso ou ilegalidade de poder. Registre-se, ainda, que a intenção dos pacientes de portar armas de fogo em descompasso com o que dispõe o inciso IV, do artigo 6º da Lei nº 10.826/2003 não mantém conexão imediata com o direito à liberdade de locomoção, externando, na verdade, hostilidade ao tratamento dado ao tema o que não comporta discussão nos estreitos limites do habeas corpus" (cf. fls. 162).

Não se há cogitar de constrangimento à liberdade de locomoção dos pacientes a ser protegido pela garantia constitucional do 'habeas corpus'.

De outra parte, com razão a autoridade impetrada ao informar que não se justifica sua figuração no polo passivo desta ação mandamental.

Acesso ao Sumário

A autorização para que guardas civis municipais da cidade de Mogi Guaçu portem arma de fogo dentro ou fora das limitações do território do referido município, bem como fora ou dentro do exercício da função, compete exclusivamente a Polícia Federal, e não ao Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo, conforme preceitua o artigo 10 da Lei nº 10.826/2003:

Art. 10. A autorização para porte de arma de fogo de uso permitido, em todo o território nacional, é de competência da Polícia Federal e somente será concedida após autorização do Sinarm.

Manifesta, pois, a ilegitimidade de parte da autoridade impetrada, entendimento já manifestado nesta Corte de Justiça nos seguintes julgados: HC nº 0018911-07.2016.8.26.0000, rel. Des. Renato Sartorelli; HC nº 0029283-49.2015.8.26.0000, rel. Des. Ferreira Rodrigues.

Ante o exposto, pelo meu voto não conheço da presente impetração.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2002482-28.2016.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado G.J.P. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, negaram provimento ao recurso. Vencido o relator sorteado com declaração de voto. Acórdão com o 2º Juiz. Com declaração de voto vencedor do 3º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.626)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), ISSA AHMED, vencido e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 22 de agosto de 2016.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator Designado

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DIREITO À SAÚDE – CRIANÇA PORTADORA DE PARALISIA CEREBRAL – DIREITO À SAÚDE – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA DETERMINAR CUSTEIO DE TRATAMENTO DENOMINADO PEDIASUIT – PRECEDENTES ESPECÍFICOS DESTA C. CÂMARA ESPECIAL SOBRE O TEMA – O DIREITO CONSTITUCIONAL EM DISCUSSÃO PREVALECE – AGRAVO IMPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO contra a r. decisão interlocutória copiada a fls. 17/20 que, nos autos da ação de obrigação de fazer que lhe move G.J.P., infante

representado por sua genitora A.P.S.J., portador de paralisia cerebral por hipóxia neonatal (CID 10 G80) (fls. 35/44), ora agravado, deferiu a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, determinando que a agravante "forneça, no prazo de 30 dias, o tratamento aqui pretendido (fisioterapia pelo protocolo Pediasuit, 01 ciclo de 04 semanas, seguido de 01 ciclo de 02 semanas, sucessivamente repetidos por prazo indeterminado), com reapresentação da receita a cada seis meses, sob pena de multa diária, a ser posteriormente fixada, em caso de descumprimento ou atraso" (fl. 20).

Postula a agravante pela reforma do decisum vergastado. Sustenta, em apertada síntese, que a r. decisão, na parte em que atacada, importaria em grave lesão à ordem pública, na medida em que o tratamento postulado pelo recorrido, além de ter elevado custo, não teria comprovada melhor eficácia frente às alternativas terapêuticas já oferecidas pela rede pública de saúde. Afirma que a Secretaria Estadual de Saúde do Estado de São Paulo dispõe de programa para atendimento dos portadores de deficiência em suas necessidades médico-terapêuticas.

Aduz, ainda, que não estariam preenchidos todos os requisitos legais indispensáveis à antecipação da tutela (artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973), notadamente o periculum in mora, uma vez que o tratamento pleiteado pelo agravado não seria capaz de promover a cura de sua enfermidade, pelo simples fato de se tratar de doença incurável.

A fls. 75/76, restou concedido o almejado efeito suspensivo ao recurso ora analisado, sobrestando-se o dever da recorrente em custear a terapia postulada pelo agravado.

Contraminuta a fls. 85/90.

Prestadas informações pelo juízo de primeiro grau a fls. 82/83.

A Douta Procuradoria de Justiça opinou em seu parecer pelo desprovimento do recurso (fls. 92/95).

É o relatório.

O princípio do "acesso igualitário e universal" como qualquer outro, que diga respeito à igualdade entre todos, deve sempre merecer análise dentro dos parâmetros de isonomia. Daí, em face do grave problema de saúde que afeta o menor, ora agravado, necessário seu pronto atendimento.

Tratamento diferenciado para caso diferenciado. Eis aí o exato cumprimento dos arts. 196, da Constituição Federal, e 219, da Constituição Paulista.

No mais, não se vê o Judiciário como cogestor dos recursos destinados à saúde pública. Na verdade, apenas e tão-somente, tal Poder deve se fazer presente diante de irregularidades praticadas por outro, de inobservância a princípios constitucionais, como aqui ocorre. Nada a ferir a independência entre

os Poderes.

Espera-se de um Estado o mínimo: saúde, educação, lazer, segurança, tudo, enfim, que for necessário para uma vida digna. E caberá sempre ao Poder Judiciário zelar para que isto se dê, sob a ótica do que se entende como Estado Democrático de Direito.

Além disso, o art. 196 da Constituição Federal, que assegura o direito à saúde, não pode ser considerado como mera norma programática, que dependa de previsão orçamentária para a sua execução.

Estão presentes, no caso, os requisitos autorizadores da concessão pretendida. O bem que se visa tutelar é a saúde, assegurada a todo cidadão, como dever do Estado. Pode-se antever a possibilidade de ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação ao agravado.

Não há mesmo como postergar a tutela somente para o final da sentença, sob pena de possível desaparecimento do objeto da ação principal.

Também já decidiu, a respeito, o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

Processual Civil – Recurso especial – Agravo de instrumento contra decisão que deferiu liminar em ação cautelar – Caráter satisfativo – Excepcionalidade – Violação à lei federal não configurada – fornecimento periódico e continuado de medicamento (acetado de desmopressina) – Diabete insípida – Situação emergencial – direito à vida – Divergência jurisprudencial não comprovada – Lei 8.030/90 e RISTJ, art. 255 e parágrafos – Precedentes. – É vedada a concessão de liminar contra atos do Poder Público, em ação cautelar, que esgote no todo , ou em parte, o objeto da ação. – Na hipótese, a prestação cautelar liminar não tem o caráter satisfativo, por isso que o fornecimento do medicamento é periódico e continuado; caso em que estaria sendo negado direito indisponível e absoluto à vida, já que sem o medicamento a recorrida não sobreviveria. – Interpretação restrita do art. 1º, §§ 1º e 3º, da Lei 8.437/92. Divergência jurisprudencial que desatende às determinações legais e regimentais do dissídio pretoriano. – Recurso não conhecido.

E o eminente Ministro Celso de Mello, em primoroso voto, proferido no julgamento do RE 267.612-RS, deixou consignado:

"Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa. A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional desautoriza o acolhimento do pleito recursal ora deduzido na presente causa.

Acesso ao Sumário

Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246-SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles, como os ora recorridos, que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes.

A legislação gaúcha – consubstanciada nas Leis nºs 9.908/93, 9.828/93 e 10.529/95 –, ao instituir esse programa de caráter marcadamente social, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (art. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.

Cumpre não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, 'Comentários à Constituição de 1988', vol. VIII/4332-4334, item nº 181, 1993, Forense Universitária) – não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas preventivas e de recuperação –, que, fundadas em políticas públicas

Acesso ao Sumário

idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República.

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais – que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 'Poder Constituinte e Poder Popular', p. 199, itens nºs 20/21, 2000 Malheiros) –, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculado à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição."

Se a Fazenda do Estado não implementou medidas políticas para atender ao direito à saúde, bem supremo, que é tutelado constitucionalmente, deve ser compelida pelo Poder Judiciário, guardião da Constituição, a fazê-lo.

Por fim, é de rigor o atendimento do princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, consagrado em seu Estatuto.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 0004074-45.2015.8.26.0302/50000, da Comarca de Jaú, em que é agravante MUNICÍPIO DE JAÚ, é agravado G.C.P.L. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.141)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), XAVIER DE AQUINO

Acesso ao Sumário

(DECANO) e LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 19 de setembro de 2016.

ADEMIR BENEDITO, Vice-Presidente e Relator

Ementa: Agravo Regimental – fornecimento de transporte – passe livre – interposição contra decisão que negou seguimento à apelação e ao reexame necessário – direito fundamental – reiteração de matérias relativas ao mérito do apelo – Lei Municipal nº 4.616/2011 declarada inconstitucional que não afasta o direito à saúde da criança – inteligência dos artigos 1º e 11, do Estatuto da Criança e do Adolescente, 1º, III, 3º, IV, 5º, caput e 227, § 1º, II, da Carta Magna – ausência de intromissão indevida do judiciário em questões de outro poder – posição pacífica desta Corte a respeito do tema – decisão mantida – agravo não provido.

VOTO

Trata-se de agravo interno, interposto pelo Município de Jaú contra a decisão desta Vice-Presidência (fls. 133/136), que negou seguimento ao reexame necessário e à apelação, esta última interposta contra a sentença de fls. 78/82, que em ação de obrigação de fazer, julgou procedente o pedido inicial, confirmando a antecipação de tutela e compelindo o apelante a fornecer ao menor G.C.P.L., portador de paralisia cerebral, e a um acompanhante, o benefício do passe livre para utilização de transporte coletivo urbano e semiurbano no território desta cidade. Condenou o vencido, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R$ 300,00 (trezentos reais).

Acesso ao Sumário

Inicialmente, o agravante deseja uma decisão colegiada a fim de possibilitar o acesso às vias extraordinárias. Reiterando teses elaboradas no apelo, insiste na inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 4.616/2011, uma vez que trata de matéria reservada à iniciativa privativa do chefe do Executivo e típico da gestão administrativa. Alega, também, que o autor pleiteia o transporte independentemente de o mesmo servir para o atendimento de procedimentos terapêuticos, que devem ser observados os princípios da autonomia municipal e da separação dos poderes, bem como dos conceitos que regem o Direito Financeiro. Requer, assim, o provimento do agravo (fls. 141/152).

É o relatório.

O agravo não comporta provimento.

Respeitadas as ponderações feitas pelo Município de Jaú, o presente recurso não se funda em argumento novo capaz de reverter o julgado, que apreciou todos os pontos veiculados, nada havendo para se decidir em sentido contrário.

A questão ora em análise há tempos vem sendo debatida por esta Corte, tendo-se, hoje, por pacificada, conforme jurisprudência uniforme apresentada sobre o tema na decisão combatida.

Inicialmente, a tese de que a Lei Municipal nº 4.616/2011 seria inconstitucional não garante o afastamento do direito aqui tratado.

Recentemente, a referida lei foi declarada inconstitucional (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0082289-68.2015).

Contudo, neste momento, o que se busca é resguardar a saúde do menor, que necessita descolocar-se para tratamentos e demais procedimentos terapêuticos em razão de sua enfermidade.

Depois, a referida lei municipal não interfere e nem está vinculada ao direito à saúde, à educação, previsto constitucionalmente.

No mais, de acordo com o princípio da proteção integral e preferencial à criança e ao adolescente, disposto nos artigos 1º e 11, da Lei nº 8.069/90, está firmado o entendimento no sentido de que a obrigatoriedade de atendimento deve visar o bem estar presente e futuro do menor, exatamente por sua condição pessoal.

A saúde é direito de todos e dever do Estado. Sua prioridade vem impressa nos preceitos fundamentais da Constituição Federal, notadamente nos dispositivos 1º, III, 3º, IV e 5º, caput.

Ressalta-se o artigo 227 da Carta Magna que, ao assegurar absoluta prioridade aos direitos das crianças e dos adolescentes, incluindo o direito à saúde e à educação, determina, em seu § 1º, II, que o Estado promova programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, com a facilitação de acesso aos bens e serviços coletivos, o que somente ocorrerá na espécie com o fornecimento de transporte à criança e seu acompanhante.

Portanto, comprovado que o menor é portador de paralisia cerebral, com necessidades especiais, precisando de assistência em tempo integral (fls. 19), o ente público deve disponibilizar o transporte – passe livre solicitado, proporcionando-lhe condições adequadas de amparo à sua saúde e minimizando as consequências da doença que lhe acomete.

E não há que se falar em indevida intromissão do Judiciário no âmbito de atuação de outro Poder, pois apenas cumprida a obrigação constitucional de prestar a tutela jurisdicional e compor litígios.

Acesso ao Sumário

Resta claro, assim, o direito da criança interessada e o correspondente dever do ente federativo possibilitar o exercício pleno de seu direito fundamental à saúde, mediante a concessão do transporte – passe livre pelo Poder Público municipal.

A recusa do apelante à prestação desse serviço caracterizaria descumprimento e violação às disposições ordinárias e constitucionais, as quais integram a viabilização dos direitos assegurados em lei.

Assim, não há razões que recomendem a reconsideração ou reforma da decisão hostilizada.

Do exposto, nega-se provimento ao agravo regimental.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000231-74.2015.8.26.0269, da Comarca de Itapetininga, em que é apelante A.H.O.S., é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE ITAPETININGA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.307)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 15 de agosto de 2016.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. ATO INFRACIONAL.

– Conduta tipificada no *caput* do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 – Tráfico ilícito de entorpecentes. Sentença que julgou procedente a representação e aplicou ao representado medida socioeducativa de internação.

– Pleito voltado à substituição do procedimento reeducativo por outro menos gravoso.

– Condição pessoal do jovem a demonstrar a necessidade de acompanhamento técnico – Ineficácia

de anterior imposição de medida em meio aberto – Admissibilidade e pertinência casual do procedimento reeducativo adotado.

Negativa de provimento ao recurso.

VOTO

RELATÓRIO:

1. A.H.O.S. apelou contra a sentença (fls. 141-4) que julgou procedente a representação contra ele oferecida pelo Ministério Público, pela prática de ato infracional equiparado ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes, tipificado no *caput* do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (de 23-8), aplicando-lhe a medida socioeducativa de internação.

2. Pleiteia o ora recorrente, em resumo, a substituição da medida extrema aplicada por liberdade assistida (fls. 152-7).

Recebido o recurso e ofertadas contrarrazões (fls. 160-4), mantido o *decisum* (fl. 165), a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do apelo (fls.171-4).

É o relatório, em acréscimo ao da r. sentença originária.

VOTO:

3. Tira-se dos autos que, em (...), por volta das (...), na Rua (...), (...), na Comarca de (...), o adolescente A.H.O.S. trazia consigo, para fins de tráfico, 81 porções de *crack*, substância entorpecente potencialmente causadora de dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

4. A materialidade está bem demonstrada pelo auto de constatação provisória de substância entorpecente (fl. 19) e exame químico toxicológico (fls. 75-8).

O conjunto probatório é igualmente persuasivo quanto à autoria, a qual, de resto, não foi questionada, de modo que o debate cifra-se ao tratamento ressocializador a ser adotado.

5. A medida de internação, ainda que considerada sua excepcionalidade, impôs-se de modo apropriado, ante a gravidade concreta e circunstâncias do ato perpetrado, incluídas as concernentes às condições pessoais do adolescente (§ 1º do art. 112 da Lei n. 8.069, de 13-7-1990).

A norma do art. 122 da Lei n. 8.069, de 1990, estatui que a internação possa impor-se a quem comete ato infracional com grave ameaça ou violência (inc. I), com reiteração no cometimento de outras infrações penais (inc. II) e por descumprimento reiterado e injustificável da medida sancionadora anteriormente imposta (inc. III).

Acesso ao Sumário

É de todo razoável a ideia de ostentar perigosidade em ato o adolescente que pratique o tráfico de drogas, ilícito equiparado a crime hediondo, pois tem aquele o intuito do lucro fácil, sem esforço, com menosprezo do trabalho honesto, em prejuízo da vida de pessoas indeterminadas, com reflexos no seio da comunidade.

A própria Câmara Especial deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem seguidamente adotado o critério ora sob exame.

6. O verbete n. 492 da Súmula do egrégio Superior Tribunal de Justiça não interdita a detida consideração das circunstâncias que permeiem a conduta infracional objeto, nem afasta a busca de proteção integral ao adolescente que se ache em conflito com a norma.

A vergastada aplicação da medida de internamento levou em conta não apenas a gravidade geral e abstrata do ilícito, mas sua **factualidade concreta**, nem assim as condições pessoais do paciente, posto em situação de risco, exposto à violência física e psicológica do **meio criminógeno**.

Nenhuma, para mais, é a exigência legal de recidiva prática de atos infracionais graves a admitir-se a internação na forma estabelecida no inciso II do art. 122 da Lei n. 8.069/1990.

O que o magistrado deve considerar, na análise do caso concreto, são as **condições peculiares** do adolescente imputado, formando um juízo de **prognose** do risco de recidiva, a exigir, quando presente, a medida de proteção em que consiste o internamento.

Nesse sentido, recolhe-se de precedente do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> "1. De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não existe fundamento legal para o argumento de que é necessário o número mínimo de três atos infracionais graves para a incidência do inciso II do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Para a Corte Suprema, o aplicador da lei deve analisar e levar em consideração as peculiaridades de cada caso concreto para uma melhor aplicação do direito. Pondera que o magistrado deve apreciar as condições específicas do adolescente – meio social onde vive, grau de escolaridade, família – dentre outros elementos que permitam uma maior análise do menor. 2. No caso, a medida de internação foi aplicada de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem assim em atenção às particularidades da hipótese, notadamente ante a comprovada reiteração na prática de atos infracionais e a ineficiência das medidas anteriormente impostas, que não desencorajam o paciente de persistir na contramão da lei. Além, na espécie, não há se falar que o ato anteriormente praticado pelo paciente não é grave, afinal, trata-se de infração análoga ao delito de tráfico de entorpecentes, o qual é equiparado a hediondo pelo ordenamento jurídico vigente. 3. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgR

Acesso ao Sumário

no HC 273.567, j. 22-10-2013).

Além do exposto, o apelante registra antecedente na Vara da Infância e Juventude pela prática da mesma conduta infracional ora em apreço (fl. 20), razão pela qual estava em cumprimento de liberdade assistida (fl. 23 e 96), mas voltou a traficar.

Tal elemento de prova indica claramente a insuficiência da aplicação de medida diferente da imposta na sentença.

Nesse quadro, em conformidade com o princípio da proteção integral, a medida aplicada visa a proporcionar um acompanhamento paideico ao menor, que poderá novamente contar com suporte psicológico e profissionalizante.

DO EXPOSTO, pelo meu voto, nego provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000192-86.2015.8.26.0266, da Comarca de Itanhaém, em que é apelante P.R.B.A. (MENOR), é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE ITANHAÉM.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.733)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 22 de agosto de 2016.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: ATO INFRACIONAL. Menor inserido na medida socioeducativa de liberdade assistida, pelo prazo mínimo de seis meses, pela prática de infração equiparada à conduta tipificada no artigo 217-A, do Código Penal. Apelo do adolescente visando à improcedência da representação, alegando a insuficiência de provas no tocante à autoria e, subsidiariamente, à substituição da medida eleita por medidas protetivas previstas no artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Inadmissibilidade.

Acesso ao Sumário

Materialidade e autoria certas. Confissão espontânea obtida durante oitiva informal corroborada pela palavra da vítima (de apenas oito anos de idade), tudo a firmar a certeza da conduta infracional perpetrada pelo ora recorrente. Infração gravíssima e condições pessoais do menor a recomendar, por ora, a manutenção da medida eleita. Apelo não provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo adolescente P.R.B.A. (DN (...)) contra a respeitável sentença de fls. 107/110, que julgou procedente a representação formulada em seu desfavor, aplicando-lhe a medida socioeducativa de liberdade assistida, pelo prazo mínimo de seis meses, pela prática de ato infracional equiparado à conduta tipificada no artigo 217-A, "caput", do Código Penal.

Apelo do adolescente visando à improcedência da representação, calcado na assertiva de que não restou demonstrado a autoria, sobretudo se for considerado que, além de contar com retardamento mental, não ficou caracterizado qualquer tipo de lesão no laudo a qual foi submetida a vítima. Subsidiariamente pretende a aplicação tão somente de medidas protetivas previstas no artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente (fls. 120/124).

Bem processado e recebido o recurso apenas no efeito devolutivo (fls. 125/126), foram apresentadas contrarrazões (fls. 128/131) e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do recurso (fls. 139/140).

É o relatório.

O apelo não comporta provimento.

Consta dos autos que no dia (...), por volta das (...), na Rua (...), na cidade de (...), o adolescente P.R.B.A praticou atos libidinosos contra a criança N.B.G.A.

Acesso ao Sumário

Respeitadas as alegações da Defesa, tem-se que as provas colhidas autorizam a procedência da representação, tal como formulada.

A materialidade restou induvidosa do que se infere a partir do Boletim de Ocorrência nº (...) (fls.3/5) e da prova oral.

De igual modo, a autoria é inconteste.

Durante oitiva informal, na presença de responsável legal, o adolescente P.R.B.A. afirmou serem verdadeiros os fatos narrados na representação, não sabendo dizer porque teria feito aquilo (fl. 13), preferindo em juízo, porém, manter-se silente a respeito do assunto (fl. 117 – mídia).

Sua narrativa perante representante do Ministério Público é corroborada

pela palavra da vítima em juízo, ocasião em que não titubeou em dizer que o ora representado chegou a tirar sua roupa e passar o pênis em suas nádegas, o que o fez gritar e chamar a atenção de vizinhos (fl. 117, mídia).

Cumpre consignar, a propósito, que é sabido que nas infrações desta natureza, que geralmente ocorrem na clandestinidade, a palavra da vítima possui vital importância para a elucidação da autoria, sobretudo quando se trata de uma criança de apenas oito anos de idade naquela ocasião, chegando a fazer alusão ao abuso sexual sofrido com detalhes, impróprios para alguém desta faixa etária.

Do magistério do desembargador Canguçu de Almeida, convém ressaltar, *in verbis*:

"Se não é desmentida, se não se revela ostensivamente mentirosa ou contrariada, cumpre aceitá-la sem dúvida. Pois, na verdade, não se concebe propor-se a vítima, de tenra idade, a inescrupulosamente incriminar alguém, atribuindo falsa autoria, sem que razões se vislumbrem para tanto. Máxime se essa incriminação gera para o incriminador a constrangedora obrigação de vir relatar a terceiros toda a humilhação, a vergonha e desdita por que passou. A criança, a despeito de sua imaturidade, não é mentirosa por princípio, especialmente quando se trata de imputar a alguém, contra quem não guarda desavenças, crime tão grave quanto comprometedor de sua intimidade e de seu anonimato." (Apelação Cível nº 141.547-0/5-00, Rel. Des. Canguçu de Almeida, j. 12.03.2007).

Com relação à medida socioeducativa aplicada, nenhum reparo mostra-se necessário.

De se consignar, inicialmente, que a conduta perpetrada pelo apelante é gravíssima, a recomendar a manutenção da medida aplicada.

E como bem anotado no parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, ressalte-se que "(...) o documento juntado às fls. 58/60 não configura prova segura da alegação da defesa no sentido de que o apelante possui retardamento mental, na medida em que não se trata de documento original, mas de mera cópia, além de conter apenas uma hipótese diagnosticada e ser subscrito por psicóloga e não por médico" (fl. 139).

Seja como for, o MM. juízo *a quo* houve por bem, a despeito da gravidade do ato infracional, considerar a primariedade do adolescente, bem como o fato de ele apresentar "déficit intelectual associado ao transtorno invasivo" (fl. 109, Vº).

Nesse contexto, a r. sentença se mostra incensurável também com relação à medida socioeducativa de liberdade assistida imposta ao menor, sem prejuízo, porém, de serem aplicadas medidas protetivas que se fizerem necessárias.

Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002561-91.2015.8.26.0318, da Comarca de Leme, em que é apelante M.M.S., é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE LEME.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.038)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 19 de setembro de 2016.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: APELAÇÃO. ATO INFRACIONAL.

– Conduta tipificada no *caput* do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 – Tráfico ilícito de entorpecentes. Sentença que julgou procedente a representação e aplicou ao representado medida socioeducativa de internação.

– Pleito voltado à substituição do procedimento reeducativo, em internamento, por liberdade assistida.

– Condição pessoal do jovem a demonstrar a necessidade de acompanhamento técnico – Admissibilidade e pertinência casual do procedimento reeducativo adotado.

Negativa de provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO:

1. M.M.S. apelou contra a sentença (fls. 105-13) que julgou procedente a representação contra ele oferecida pelo Ministério Público, pela prática de ato infracional equiparado ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes, tipificado no *caput* do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (de 23-8), aplicando-lhe a medida socioeducativa de internação.

Pleiteia o ora recorrente, em resumo, a substituição da medida extrema aplicada por liberdade assistida, por reputar não configurados os requisitos autorizadores da internação, previstos no art. 122 do Estatuto da Criança e do

Adolescente – ECA (Lei n. 8.069, de 13-7-1990), e que para efeitos de reiteração, na forma do inc. II do referido artigo, é necessária a prática de ao menos dois atos graves anteriores, o que não se verifica na hipótese vertente.

Aduz, ainda, que a conduta infracional foi praticada sem o concurso de grave ameaça ou violência, não sendo cabível o internamento, conforme o enunciado da Súmula n. 492 do egrégio Superior Tribunal de Justiça (fls. 123-37).

Recebido o recurso e mantido o *decisum* (fl. 139), vieram aos autos as contrarrazões (fls. 141-7), opinando a Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do apelo (fls. 165-7).

É o relatório, em acréscimo ao da r. sentença originária.

VOTO:

2. Tira-se dos autos que em (...), por volta das (...), na Rua (...), n. (...), (...), na Comarca de (...), o adolescente M.M.S., guardava, para fins de tráfico, 39 *eppendorfs* contendo cocaína, pesando aproximadamente 24,25g, substância entorpecente potencialmente causadora de dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

3. A materialidade decorre do auto de exibição e apreensão (fls. 6-7), laudo de constatação provisória de substância entorpecente (fl. 9), e do exame químico-toxicológico (fls. 16-8).

4. O conjunto probatório é igualmente persuasivo quanto à autoria, comprovada pela prova colhida sob o contraditório, cifrando-se a irresignação pontual do apelante no tratamento reeducativo adotado.

5. A medida de internação, ainda que considerada sua excepcionalidade, impôs-se de modo apropriado, ante a gravidade concreta e circunstâncias do ato perpetrado, incluídas as concernentes às condições pessoais do adolescente (§ 1º do art. 112 da Lei n. 8.069, de 13-7-1990).

A norma do art. 122 da Lei n. 8.069, de 1990, estatui que a internação possa impor-se a quem comete ato infracional com grave ameaça ou violência (inc. I), com reiteração no cometimento de outras infrações penais (inc. II) e por descumprimento reiterado e injustificável da medida sancionadora anteriormente imposta (inc. III).

É de todo razoável a ideia de ostentar perigosidade em ato o adolescente que pratique o tráfico de drogas, ilícito equiparado a crime hediondo, pois tem aquele o intuito do lucro fácil, sem esforço, com menosprezo do trabalho honesto, em prejuízo da vida de pessoas indeterminadas, com reflexos no seio da comunidade.

A própria Câmara Especial deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem seguidamente adotado o critério ora sob exame.

Acesso ao Sumário

6. O verbete n. 492 da Súmula do egrégio Superior Tribunal de Justiça não interdita a detida consideração das circunstâncias que permeiem a conduta infracional objeto, nem afasta a busca de proteção integral ao adolescente que se ache em conflito com a norma.

A vergastada aplicação da medida de internamento levou em conta não apenas a gravidade geral e abstrata do ilícito, mas sua **factualidade concreta**, nem assim as condições pessoais do paciente, posto em situação de risco, exposto à violência física e psicológica do **meio criminógeno**.

Nenhuma, para mais, é a exigência legal de recidiva prática de atos infracionais graves a admitir-se a internação na forma estabelecida no inciso II do art. 122 da Lei n. 8.069/1990.

O que o magistrado deve considerar, na análise do caso concreto, são as **condições peculiares** do adolescente imputado, formando um juízo de **prognose** do risco de recidiva, a exigir, quando presente, a medida de proteção em que consiste o internamento.

De se considerar, ainda, conforme realçado na sentença, que o jovem possui registro na Vara da Infância e Juventude, não conta com família estruturada, declarou-se usuário de maconha, abandonou os estudos e admitiu que praticava o tráfico de drogas há cerca de um ano (mídia audiovisual – fl. 67), a evidenciar a situação de vulnerabilidade, e a ineficácia do procedimento reeducativo diverso do internamento para sua efetiva recuperação.

DO EXPOSTO, pelo meu voto, nego provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1012256-22.2015.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO (PGE REG SJRP), é apelada DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram a preliminar e deram provimento. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.799)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 3 de outubro de 2016.

Acesso ao Sumário

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: "Apelação. Insurgência contra sentença que reconheceu a legitimidade ativa do menor para executar a multa mensal fixada em ação de obrigação de fazer, em razão de descumprimento, pela municipalidade, no fornecimento de medicamento. A destinação da multa deve ser feita conforme inteligência do art. 214 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Legitimidade para agir, no caso, do Ministério Público. Recurso da Fazenda Estadual provido".

VOTO

Trata-se de apelação interposta pela Municipalidade de Araraquara contra a r. sentença (fls. 62/65) que julgou improcedente o pedido da Fazenda Pública do Estado de São Paulo para reconhecer a legitimidade do infante para executar a multa fixada em sentença proferida em ação de obrigação de fazer.

Alega que eventual execução deveria ter sido proposta pelo Ministério Público, facultada igual iniciativa "aos demais legitimados", devendo ser considerados aqueles expressamente previstos no art. 210 do ECA, dentre os quais não se encontra a Defensoria Pública Estadual.

Argumenta, citando jurisprudência favorável, que a parte autora recebeu o medicamento postulado, bem como foi indenizada quando necessitou adquirir o produto com recursos próprios, não se podendo ignorar a situação peculiar da administração pública, a qual deve observar todo um procedimento burocrático para a aquisição de bens, face ao princípio da legalidade.

Pretende a reforma da r. sentença recorrida, acolhendo-se a preliminar suscitada, ou, alternativamente, a exclusão da multa cominatória e, subsidiariamente, requer seja determinada sua redução ao patamar do valor dado à causa, qual seja, R$ 1.000,00.(um mil reais).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 87/92) e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do recurso, isso na hipótese de não acolhimento da tese de ilegitimidade ativa do exequente (fls. 102/106).

É o relatório.

O apelo comporta provimento.

Indiscutível que a cominação pecuniária cabível, em caso de desrespeito ao comando judicial, deve ser revertida ao fundo gerido pelo Conselho dos

Acesso ao Sumário

Direitos da Criança e do Adolescente (arts. 213, § 2º e 214 do ECA), não podendo ser dirigida aos eventuais prejudicados, sob a forma de qualquer tipo de indenização. E, a legitimidade para agir em execução da multa *"astreinte"*, é do Ministério Público, nos termos do que dispõe o artigo 210 do ECA.

O artigo 214, parágrafo 1º, do citado diploma legal, por sua vez, estatui que *"as multas não recolhidas até trinta dias após o trânsito em julgado da decisão serão exigidas através de execução promovida pelo Ministério Público, nos mesmos autos, facultada igual iniciativa aos demais legitimados"*.

Por "demais legitimados", entende-se que são os sujeitos processuais autorizados a promover ação civil pública, indicados no artigo 210 da mesma Lei nº 8.069/90, ou seja, o Ministério Público, a União, os estados, os municípios, o Distrito Federal, os territórios e as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O infante, cujo interesse individual foi tutelado nos autos em que fora proferida a sentença que fixou a multa diária ora exequenda, tem o direito de pleitear, por si, o cumprimento da obrigação estatuída ao Município, ou seja, o efetivo fornecimento do medicamento, mas não têm legitimidade para executar a astreinte imposta para o caso de descumprimento do julgado, até porque referida multa não reverte em seu favor, dado que, por expressa determinação legal, a multa reverterá ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo município (artigo 214, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Nesse sentido é a jurisprudência desta Colenda Corte, vejamos:

"Apelação – descumprimento de decisão liminar que obrigou o Município ao fornecimento de insumos à menor – execução de multa diária promovida pela autora, alegando descumprimento – oposição de embargos – sentença parcialmente procedente – ilegitimidade ativa da exequente – multa cominatória que se reverte ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo Município – inteligência do artigo 214, caput e § 1º, c.c. artigo 210, do ECA – extinção, de ofício, da execução – apelação prejudicada" (Apelação nº 0005079-45.2015.8.26.0224, Rel. Eros Piceli, DJE 16.11.2015).

"APELAÇÃO – ECA – Embargos à execução – Saúde - Descumprimento da liminar que havia compelido a Municipalidade de Americana a providenciar medicamento e insumos, sob pena de multa diária no importe de R$ 1.000,00 (um mil reais) – Apelo visando, em síntese, ao reconhecimento da inaplicabilidade da multa ou, alternativamente, à redução do montante cobrado. – Ilegitimidade ativa da criança para promover ação de execução reconhecida de ofício – Inteligência do art. 214 e § 1º, do ECA – Jurisprudência do STJ – Extinção da Ação – APELO PREJUDICADO" (Apelação nº 0007315-37.2014.8.26.0019, Rel.

Acesso ao Sumário

Guerrieri Rezende, DJE 16.03.2015).

Pelo exposto, acolhendo-se a preliminar suscitada, dá-se provimento ao recurso pra reconhecer a ilegitimidade ativa *"ad causam"* da criança para ingressar com a execução da multa contra a municipalidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000917-88.2015.8.26.0062, da Comarca de Bariri, em que é apelante MUNICÍPIO DE BARIRI, é apelada N.S.F. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram as preliminares arguidas no recurso interposto pelo Município de Bariri e, quanto ao mérito, NEGARAM PROVIMENTO ao apelo e à remessa necessária. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto 39.796)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 3 de outubro de 2016.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA, CONSIDERADA INTERPOSTA – AÇÃO DE INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE CRIANÇA PARA TRATAMENTO DE DROGADIÇÃO – PRELIMINARES DE FALTA DE LAUDO MÉDICO CIRCUNSTANCIADO – CARÊNCIA DA AÇÃO – NÃO ESGOTAMENTO DOS RECURSOS EXTRA-HOSPITALARES – PRELIMINARES AFASTADAS – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE OS ENTES PÚBLICOS FEDERADOS – DIREITO À SAÚDE – PROCEDÊNCIA DA AÇÃO – GARANTIA FUNDAMENTAL CONSAGRADA EM NORMA DE EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E DA IGUALDADE – SENTENÇA PROFERIDA

Acesso ao Sumário

EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA JÁ CONSOLIDADA NA CÂMARA ESPECIAL DESTA CORTE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – REDUÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – FIXAÇÃO COM CRITÉRIO DE MODERAÇÃO – APELO VOLUNTÁRIO E REMESSA NECESSÁRIA NÃO PROVIDOS.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo **Município de Bariri** contra a r. sentença de fls. 85/87, que julgou procedente a *ação de internação compulsória* promovida por **D.S.F.**, em face de sua filha, **N.S.F.** (criança), com (...) anos de idade, para o fim que determinou que o Município providenciasse vaga e internação para tratamento da menor – dependente química – em entidade adequada (hospital ou clínica, públicos ou particulares, com condições de segurança quanto à salvaguarda da paciente, dos demais internados e funcionários), no prazo de cinco dias, sob pena de sequestro de verba pública necessária para custear internação em clínica particular.

Sustenta o recorrente, preliminarmente: falta de laudo médico circunstanciado para a internação, conforme exigência da Lei 10.216/01, artigo 6º; carência da ação (falta de interesse de agir e impossibilidade jurídica do pedido); não esgotamento dos recursos extra-hospitalares, tais como assistência por meio de Unidade de Atendimento Psicossocial (UAPS).

Quanto ao mérito, sustenta que a internação compulsória deu-se por meras alegações de comportamento agressivo em razão do uso de drogas, sem apresentação de qualquer elemento probatório. Além disso, alega ausência do registro de qualificação da especialidade do médico subscritor dos documentos (RQE) e do seu diploma no CRM.

Alega também que não houve comprovação de que a menor possui dependência química em grau avançado a justificar a internação compulsória, mencionando julgado que considera a medida como um cerceamento da liberdade. Alega que a decisão deixou de fixar prazo para a medida, o qual deve ser limitado ao período de surto (Lei 10.216/01, artigo 4º, § 1º). Insiste na imposição da solidariedade entre os entes federados, por tratar-se de direito à saúde. Recorre ao instituto do chamamento ao processo em relação ao Estado de São Paulo e à União Federal, para o fim de ser declarada a responsabilidade dos coobrigados.

Por fim, prequestiona a matéria tratada nos autos e mantida a procedência da ação, postula pela redução dos honorários advocatícios (fls. 95/110).

Houve resposta ao recurso as fls. 117/127.

Acesso ao Sumário

A d. Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer nos autos (fls. 136/139).

É o relatório.

As preliminares arguidas no recurso não prosperam e isto porque conforme exigência do artigo 6º, da Lei 10.216/01, consta dos autos laudo médico circunstanciado (fl. 11), subscrito por médico psiquiatra, com indicação da necessidade de internação da menor, discorrendo sobre as suas condições físicas e psíquicas, tanto no âmbito familiar, escolar e social.

Também não é a inicial inepta por falta de interesse de agir e pedido juridicamente impossível, considerando que a inicial foi redigida de forma clara, podendo dela extrair o interesse de agir da representante da menor, pedido este perfeitamente admissível na ordem jurídica vigente, a despeito da redação do artigo 330, inciso I do CPC.

Ademais, de acordo com a Lei 10.216/01 são possíveis três tipos de internação: voluntária, involuntária e compulsória.

Também não há que se falar em ausência de esgotamento dos recursos extra-hospitalares e isto porque consta nos autos a informação de que *"a jovem N.S.F. se recusa a seguir o tratamento médico que lhe é proposto, negando os medicamentos apresentados, conclui-se que foram insuficientes os recursos extra-hospitalares destinados à sua melhoria, até porque, o tratamento ambulatorial é insuficiente para a desintoxicação da mesma."* (fl. 3)

Superadas as questões preliminares, quanto ao mérito, tem-se que N.S.F. (criança), com (...) anos de idade, diagnosticada com transtorno de conduta (CID F9.1/F12.1/F10.1), é dependente química de natureza psíquica, decorrente do uso de substâncias entorpecentes, sendo indicada sua internação pelo médico que a atendeu, vinculado à Secretaria Municipal de Saúde, em razão de não apresentar, no momento da avaliação, condições para tratamento ambulatorial (fl. 11).

Sendo assim, a garantia à integralidade de atendimento com o fornecimento gratuito dos recursos relativos aos tratamentos/internações e reabilitação da menor encontra-se amparada pela Constituição Federal, bem como pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

A matéria relacionada à obrigação do Poder Público disponibilizar gratuitamente todos os meios necessários à proteção e a recuperação da saúde e ainda fornecer, sem custo, medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação de enfermos necessitados tem amplo apoio e amparo na jurisprudência pátria.

Nesse sentido:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Municipalidade que não oferece vagas para internação de menores para tratamento de drogadição. Programas de prevenção, orientação e prestação de atendimento ambulatorial

Acesso ao Sumário

insuficientes. Direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes administrativos. Preliminares rejeitadas. Inobservância ao princípio da eficiência. Prioridade de atendimento e proteção integral. Cabimento da multa diária para reforçar obrigação de cunho constitucional. Arbitramento em patamar razoável para os fins colimados. Ampliação do prazo estipulado para cumprimento da r. sentença. Apelo parcialmente provido". (TJ-SP, Apelação n. 0003687-74.2011.8.26.0268, Relator Costabile e Solimene, j. 15/04/2013).

No mais, é cediço que a responsabilidade – SOLIDÁRIA – de todos os entes públicos federados, União, Estados e Municípios, quanto ao direito à saúde, previstos nos artigos 6º e 227, ambos da Constituição Federal, em especial, o acesso aos meios necessários ao tratamento, recuperação, habilitação ou reabilitação de toda e qualquer enfermidade, é direito e garantia fundamental, público e subjetivo, da criança e do adolescente. Está previsto em norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, a rigor do artigo 5º, § 1º, da Carta Magna.

Ainda o artigo 196, da Constituição Federal, enuncia expressamente a saúde como direito de todos, estabelecendo o dever do Poder Público em tomar medidas para garantir sua promoção, proteção e recuperação.

Acerca do tema, o artigo 11, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, reitera o disposto no preceito constitucional: **"Incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação"**.

Sendo assim, a assistência à saúde é dever comum da União, Estados e Municípios, não cabendo a pretendida intervenção de terceiros no caso.

Nesse sentido também são Súmulas 29, 37 e 66, da Câmara Especial desta Corte:

> Súmula 29: **"Inadmissível denunciação da lide ou chamamento ao processo na ação que visa ao fornecimento de medicamentos ou insumos"**.
>
> Súmula 37: **"A ação para o fornecimento de medicamentos e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno"**.
>
> Súmula 66: **"A responsabilidade para proporcionar meios visando garantir o direito à saúde da criança ou do adolescente é solidária entre Estado e Município"**.

A propósito, sobre o tema, o C. Supremo Tribunal Federal entende:

> **"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). FORNECIMENTO**

Acesso ao Sumário

DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. CHAMAMENTO AO PROCESSO. DESLOCAMENTO DO FEITO PARA JUSTIÇA FEDERAL. MEDIDA PROTELATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE" (Ag. Rg. no RE nº 607.381-SC, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 31/05/2011);

Ainda no mesmo sentido:

"DIREITO CONSTITUCIONAL. SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 13.8.2008. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da responsabilidade solidária dos entes federativos quanto ao fornecimento de medicamentos pelo Estado, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um deles – União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. Agravo regimental conhecido e não provido" (ARE/RS 738729 no RE, 1ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber. J. 25/06/2013).

Desta feita, como se vê, a obrigação é solidária e atribuída genericamente ao Poder Público e não de forma restrita a determinado ente federativo.

Nem mesmo a carência de recursos financeiros pode desonerar o Poder Público de sua obrigação de assistência à saúde, competindo ao Estado a devida adaptação para o cumprimento dos preceitos constitucionais, não podendo invocar o Poder Público dificuldades orçamentárias ou operacionais.

Entendimento contrário implicaria inadmissível restrição à norma constitucional que assegura o direito à vida e à saúde e impõe ao Poder Público o dever de prestá-lo de forma integral e completa.

Sendo a saúde direito e garantia fundamental, qualquer embaraço à sua integral fruição está sujeito à correção pelo Poder Judiciário.

Sendo assim, a garantia à integralidade de atendimento com o fornecimento gratuito dos recursos relativos aos tratamentos/internações e reabilitação da autora encontra-se amparada pela Constituição Federal, bem como pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por fim, não procede o apelo do Município quanto à redução dos honorários advocatícios, porquanto cabíveis no caso. Os honorários foram fixados na r. sentença em R$ 500,00, valor que observou o critério da apreciação equitativa (CPC, art. 85, § 8º) e encontra respaldo na jurisprudência desta C. Câmara Especial.

Vale a repetição no sentido de que, ao reverso do sustentado pelo recorrente, a indicação da internação postulada está devidamente motivada pelo laudo médico (fl. 11), bem como pelos relatos e manifestações externados pela mãe da interessada no curso da demanda, evidenciando um contexto de situação extremamente delicada, não merecendo ser questionado pelo recorrente a

Acesso ao Sumário

eficácia do tratamento, nem prevalecer a alegada insuficiência probatória.

E por fim, apura-se nos autos que houve pedido de *cumprimento de sentença nº 0000541-85.2016.8.26.0062*, formulado novamente pela mãe dia 28/03/2016 (nova internação compulsória da requerida N.S.F., pelo prazo de 06 meses), o que foi determinado pelo Juízo, sendo novamente admitida para tratamento dia 05/04/2016.

Quanto ao prequestionamento, cediço que tal situação deve ser extraída de todo o contexto processual, sem a necessidade da referência ao artigo de lei. Sem prejuízo, importante salientar que não se vislumbra, no julgado, ofensa a qualquer dispositivo legal ou constitucional.

Ante o exposto e com estes fundamentos, rejeitadas as preliminares arguidas no recurso interposto pelo Município de Bariri, quanto ao mérito **NEGO PROVIMENTO** ao apelo e à remessa necessária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3001555-79.2013.8.26.0443, da Comarca de Piedade, em que são apelantes W.G.M. (MENOR) e E.J.R. (MENOR), é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE PIEDADE.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.836)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 3 de outubro de 2016.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: INFÂNCIA E JUVENTUDE. Ato infracional equiparado ao crime de roubo (art. 157, § 2º, II, do Código Penal). Autoria e materialidade bem demonstradas. Representados que confessaram a prática da subtração. Depoimentos contraditórios em relação às agressões praticadas. Palavra da vítima que deve ser levada em consideração.

Medidas socioeducativas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade. Adequação à espécie, mostrando-se incabível e insuficiente medida mais branda. Atenuante de confissão espontânea inaplicável aos atos infracionais. Sentença mantida. Recursos desprovidos.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelações da sentença (fls. 160/163), cujo relatório se adota, que julgou procedente a representação oferecida pelo Ministério Público contra W.G.M. e E.J.R., pela prática de ato infracional equiparado ao crime de roubo (art. 157, § 2º, II, do Código Penal), aplicando-lhes as medidas socioeducativas de liberdade assistida cumulada com prestação de serviços à comunidade pelo prazo de seis meses.

Inconformados, apelam os representados.

Sustenta o adolescente W.G.M., em síntese, serem insuficientes as provas quanto ao ato infracional que lhe é imputado. Afirma que a confissão externada deve ser entendida como atenuante, nos termos do art. 65, "d", do Código Penal. Assim, requer o provimento do recurso, para que a ação seja julgada improcedente, ou, subsidiariamente, a aplicação da medida de advertência (fls. 177/181).

Por sua vez, sustenta o representado E.J.R. que os depoimentos prestados pelas testemunhas demonstram a inocorrência do ato infracional. Pleiteia a reforma da sentença, para reconhecer a improcedência da ação e, subsidiariamente, a aplicação da medida de advertência ou liberdade assistida (fls. 193/195).

Oferecidas contrarrazões (fls. 210/215), manifesta-se a Procuradoria de Justiça pelo desprovimento do recurso (fls. 224/227).

É o relatório.

Os recursos não comportam provimento.

Consta da representação que no dia (...), por volta das (...), na Rua (...), na cidade de (...), os adolescentes W.G.M. e E.J.R., previamente ajustados e com identidade propósitos, subtraíram, mediante violência física, a quantia de (...) da vítima C.B.S., sendo que, logo depois de consumada a subtração, para assegurar a impunidade e a posse do dinheiro subtraído, empregaram grave ameaça contra a vítima.

Com efeito, ao cabo da instrução processual, tanto a autoria como a materialidade do ato infracional equiparado ao crime de roubo (art. 157, § 2º, II,

Acesso ao Sumário

do Código Penal) restaram suficientemente comprovadas nos autos.

A materialidade do ato infracional está bem comprovada pelo boletim de ocorrência (fls. 3/6) e pelos demais elementos de prova produzidos tanto na fase de investigação como em Juízo.

A autoria, de seu turno, também é inquestionável.

Isso porque ambos os representados confessaram que efetivamente subtraíram o dinheiro que estava na carteira da vítima. As contradições existentes nas versões prestadas pelos adolescentes, tanto em sede policial como perante o Ministério Público e em juízo, restringem-se apenas às agressões e de quem as praticou.

Em sua oitiva perante o Ministério Público, como também em sede policial, o adolescente E.J.R. disse que foi o representado W.G.M. quem agrediu a vítima com um chute nas costas, derrubando-a no chão e subtraindo-lhe o dinheiro. Afirmou que dividiram o valor, mas negou que tenha agredido ou ameaçado a vítima (fls. 11 e 20). Em juízo, afirmou que efetivamente subtraíram o dinheiro da vítima, estando esta bêbada e caída no chão, mas não empregaram qualquer tipo de violência ou ameaça contra ela (fls. 78/83).

Já o representado W.G.M. afirmou, tanto perante o Ministério Público como em juízo, que apenas pegou a carteira da vítima que estava no chão, não praticando qualquer tipo de agressão (fls. 35 e 70/75). Entretanto, perante a autoridade policial, afirmou que agrediu a vítima que estava caída no chão, após E.J.R. ter dado um chute nas costas daquela, derrubando-a (fls. 13).

Por sua vez, a vítima C.B.S reconheceu os adolescentes e afirmou ter sido agredido por eles, os quais atiraram pedras nas suas costas e o chutaram, provocando-lhe a queda e um corte na testa. Afirmou que eles subtraíram a quantia de (...) e que, apesar de ter bebido no dia dos fatos, não estava embriagado a ponto de não reconhecer os representados (fls. 115/117). Em sede policial, declarou ainda que foi ameaçado pelos adolescentes (fls. 09).

As testemunhas policiais, F.A.F. e S.F.P.D., disseram que foram abordados pela vítima no dia seguinte à ocorrência, noticiando ter sido agredido pelos dois adolescentes, os quais subtraíram a quantia de (...) de sua carteira, ameaçando-o de morte, caso contasse para a polícia. Contaram que, segundo a vítima, W.G.M. já havia lhe subtraído anteriormente (...) e também o ameaçado. Os policiais afirmaram, ainda, que a vítima realmente estava machucada e que não apresentava sinais de embriaguez. Contaram também que os adolescentes já eram conhecidos do meio policial por atos equiparados a furto e tráfico de drogas (fls. 121/125).

Acesso ao Sumário

As outras testemunhas nada souberam esclarecer sobre os fatos, apesar de os depoimentos apontarem que a vítima é dada ao vício do álcool.

Ainda que a vítima seja pessoa dada ao uso de bebida alcoólica, não há

prova segura de que ela estivesse tão embriagada por ocasião dos fatos, a ponto de impossibilitar o reconhecimento dos roubadores.

Assim, há de se levar em consideração que os adolescentes efetivamente confessaram a subtração e admitiram perante a autoridade policial o uso da violência, além de a vítima tê-los reconhecido de forma segura como sendo os agressores que subtraíram seu dinheiro e o ameaçaram.

Portanto, diante do contexto fático-probatório, a procedência da representação era mesmo de rigor.

No que tange às medidas socioeducativas aplicadas, a sentença de igual maneira não merece reparos.

Cabe ressaltar, primeiramente, que é perfeitamente lícita cumulação das medidas, conforme autorizado pelos arts. 99 e 113, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ademais, não se tem dúvidas de que as condutas atribuídas aos apelantes requerem a aplicação de medida socioeducativa que permita acompanhamento, auxílio e orientação dos adolescentes, a fim de evitar a reiteração da prática de atos infracionais, nos termos do art. 117 e 118, do Estatuto da Criança e do Adolescente, mostrando-se adequada a imposição das medidas de liberdade assistida e de prestação de serviços à comunidade "in casu".

Não só por sua carga sociopedagógica, mas também pela possibilidade de cumprimento em meio aberto e sem privar os adolescentes do convívio social, tais medidas mostram-se eficazes para despertar suas aptidões e fazer com que reflitam acerca de sua conduta reprovável e antissocial.

O que se pretende com a fixação de tais medidas é proporcionar a reabilitação e a reeducação dos adolescentes em conflito com a lei, instituindo-lhes freios e responsabilidades, para que retomem os estudos e adquiram capacitação profissional.

Por outro lado, a imposição de medida socioeducativa mais branda não se mostra cabível, diante da gravidade do ato infracional praticado, tampouco suficiente para que os infratores não reconheçam na resposta estatal um incentivo à prática de novas infrações.

A respeito da confissão do apelante W.G.M., a jurisprudência não tem admitido a aplicação da atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, aos atos infracionais. Isso porque as medidas socioeducativas não têm natureza de pena, o que impede a aplicação das atenuantes previstas pelo Código Penal, de modo que a medida socioeducativa seja aplicada para proporcionar a real reeducação do jovem infrator.

Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: *"A aplicação da circunstância atenuante de confissão, prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, é impossível em sede de procedimento relativo a ato infracional submetido ao*

Acesso ao Sumário

Estatuto da Criança e do Adolescente." (*Habeas Corpus* nº 101739/DF, 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Rel. Arnaldo Esteves Lima, DJ 04/02/10).

Nada há, portanto, a ser alterado, devendo ser mantida a sentença nos termos em que foi proferida.

Isto posto, pelo meu voto, nega-se provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0025012-07.2015.8.26.0320, da Comarca de Limeira, em que é apelante V.A.S.R., é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE LIMEIRA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.456)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 3 de outubro de 2016.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: APELAÇÃO. ATO INFRACIONAL.

– Conduta tipificada no *caput* do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (de 23-8). Procedência da representação. Aplicação de internamento.

– Arguição de nulidade afastada.

– Pleito voltado à absolvição, desclassificação da conduta para porte de drogas ou substituição da medida extrema por liberdade assistida.

– Provas suficientes da autoria e materialidade – Confissão amparada pelo conjunto probatório – Condição pessoal do jovem a demonstrar a necessidade de acompanhamento técnico, em internação.

Recurso a que se nega provimento.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO:

1. Ao jovem V.A.S.R. foi imposta medida socioeducativa de internação pela prática de ato infracional análogo ao crime previsto no *caput* do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (de 23-8).

2. Apelou o imputado, alegando, em preliminar, a nulidade, por ausência de fundamento legal, da decisão. Aduz, no mérito, a fragilidade do conjunto probatório para sustentar a procedência da representação. Pleiteia, subsidiariamente, a desclassificação da conduta para porte de drogas, ou, ao menos, a substituição da medida extrema por liberdade assistida (e-págs. 194-202).

3. Recebido o apelo e mantido o *decisum* (e-pág. 207), ofertadas as contrarrazões (e-págs. 211-8), opinou a Procuradoria Geral de Justiça não provimento do recurso (e-págs. 221-4).

É o relatório do necessário.

VOTO:

4. Afasto a preliminar arguida.

Não há se falar em ausência de fundamentação da sentença, a ensejar a nulidade pretendida pela defesa. A decisão do magistrado apontou as razões de sua convicção jurídica para decidir, ainda que de forma sucinta, ajustada ao quadro correlativo entre o tipo infracional e sua sanção.

Rejeitada a preliminar arguida, passo a analisar o mérito.

5. O apelante foi representado porque no dia (...), por volta das (...), na Rua (...), n. (...), (...), Comarca de (...), agindo em conjunto com a adolescente T.M.M., tinha em depósito, para fins de tráfico, 445 porções de maconha, com peso aproximado de 560 g, e 154 pinos de cocaína, pesando cerca de 131g, substâncias entorpecente potencialmente causadoras de dependência física e psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

6. A materialidade decorre do laudo de constatação prévia de entorpecentes (e-pág. 16) e do exame químico toxicológico (e-págs. 130-2).

7. No que tange à autoria, a confissão do recorrente em audiência de apresentação (arquivo audiovisual), foi confirmada pela prova oral produzida judicialmente.

As testemunhas E.F.C. e J.C.S., policiais militares que participaram da apreensão (arquivo audiovisual), relataram que receberam denúncia anônima sobre tráfico de drogas, realizado por um casal, no endereço constante na representação. Encontraram, em diligências, o apelante em frente ao imóvel, e, após a entrada franqueada, efetuaram buscas, logrando êxito em encontrar os

Acesso ao Sumário

entorpecentes descritos na inceptiva. O jovem, indagado, admitiu a propriedade e a comercialização dos tóxicos.

A testemunha T.M.M.G. disse que, no dia dos fatos, estava presente quando seu companheiro, após os policiais encontrarem as drogas no imóvel, assumiu a respectiva propriedade (arquivo audiovisual).

M.F.R., avó do representado (arquivo audiovisual), depôs que presenciou, apenas, a saída da polícia do imóvel, desconhecendo o envolvimento do neto com o tráfico de drogas (arquivo audiovisual).

8. Tampouco se diga que o relato que aponta a autoria do recorrente partiu, fundamentalmente, dos agentes de segurança responsáveis pela apreensão, os quais, por isso mesmo, não mereceriam fé por estarem interessados em ressaltar a lisura do procedimento.

O testemunho de policiais não é desvalioso, quanto ao *actum* a que corresponda, pela só condição profissional das testemunhas. Ao revés, estar-se-ia diante de uma acepção processual de pessoas com apoio em predicado genérico.

A jurisprudência dos Tribunais é firme no sentido de que não é causa de menor credibilidade a circunstância de uma testemunha ser policial.

O Supremo Tribunal Federal, julgando o *HC* 74.608-0 decidiu que "o valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestados em juízo, sob garantia do contraditório reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal".

Na mesma trilha são as decisões desta Casa, a título exemplificativo: Apel. 0051802-09.2008 – Rel. Des. AMADO DE FARIA J. 20.10.2011; Apel. 0074532-43.2010 – Rel. Des. PENTEADO NAVARRO J. 20.10.2011; Apel. 0005366-29.2010 – Rel. Des. FRANCISCO BRUNO J. 20.10.2011; Apel. 0009748-57.2010 – Rel. Des. ALMEIDA SAMPAIO J. 3.10.2011; Apel. 0052267-18.2008 – Rel. Des. NEWTON NEVES J. 29.11.2011.

Acesso ao Sumário

Demais disso, nos autos não há indícios mínimos de que as testemunhas tenham interesse em prejudicar o jovem.

A existência de denúncia, confirmada pela apreensão em flagrante, a confissão do recorrente, a diversidade, a expressiva quantidade (**445 porções de maconha e 154 pinos de cocaína**), e a forma de acondicionamento das drogas, prontas para a venda, dão apoio lógico à correta conclusão do Juízo de primeira instância, afastando-se a tese da desclassificação arguida pela defesa.

Sobreleva anotar que na espécie vertente não havia necessidade de o representado ser apreendido em flagrante no exato momento da venda, pois o delito de tráfico é de ação múltipla, *i.e.*, pode ser cometido mediante qualquer das condutas descritas pelos diversos núcleos verbais empregados pelo tipo

penal correspondente.

9. Bem caracterizada a prática do ato infracional, nenhum reparo merece o édito de primeiro grau quanto à tipologia da medida socioeducativa aplicada.

A medida de internação, ainda que considerada sua frequentemente referida excepcionalidade, impôs-se de modo apropriado, ante a gravidade concreta e as circunstâncias do ato perpetrado, incluídas as concernentes às condições pessoais do menor (§ 1º do art. 112 da Lei n. 8.069, de 13-7-1990).

A norma do art. 122 da referida lei estatui que a internação possa impor-se a quem comete ato infracional com grave ameaça ou violência (inc. I), com reiteração no cometimento de outras infrações penais (inc. II) e por descumprimento reiterado e injustificável da medida sancionadora anteriormente imposta (inc. III).

É de todo razoável a ideia de ostentar perigosidade em ato o adolescente que pratique o tráfico de drogas, ilícito equiparado a crime hediondo, pois tem aquele o intuito do lucro fácil, sem esforço, com menosprezo do trabalho honesto, em prejuízo da vida de pessoas indeterminadas, com reflexos no seio da comunidade.

A própria Câmara Especial deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem seguidamente adotado o critério ora sob exame.

10. O verbete n. 492 da Súmula do egrégio Superior Tribunal de Justiça não interdita a detida consideração das circunstâncias que permeiem a conduta infracional objeto, nem afasta a busca de proteção integral ao adolescente que se ache em conflito com a norma.

A vergastada aplicação da medida de internamento levou em conta não apenas a gravidade geral e abstrata do ilícito, mas sua **factualidade concreta**, nem assim as condições pessoais do apelante, posto em situação de risco, exposto à violência física e psicológica do **meio criminógeno**.

Nenhuma, para mais, é a exigência legal de recidiva em três atos infracionais graves em ordem a admitir-se a internação na forma estabelecida no inciso II do art. 122 da Lei n. 8.069/1990.

O que o magistrado deve considerar, na análise do caso concreto, são as **condições peculiares** do adolescente imputado, formando um juízo de **prognose** do risco de recidiva, a exigir, quando presente, a medida de proteção em que consiste o internamento.

Neste sentido recente decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça no *HC* nº 332.440-SP, j. 24-11-2015:

> [...] 3. A Quinta Turma desta Corte, na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmou o entendimento no sentido de que o Estatuto da Criança e do Adolescente não estipulou um número mínimo de atos infracionais graves para justificar a internação do menor infrator com

Acesso ao Sumário

fulcro no art. 122, inciso II, do ECA (reiteração no cometimento de outras infrações graves), cabendo ao Magistrado analisar as peculiaridades de cada caso e as condições específicas do adolescente a fim de melhor aplicar o direito. (Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma).

11. Além do exposto, observa-se que o apelante possui registro na Vara da Infância e Juventude pela prática do mesmo ato infracional sob análise (e-pág. 20), é usuário de maconha (arquivo audiovisual) e passou a exercer o tráfico como meio de subsistência, exposto à violência física e psicológica do meio criminógeno, o que recomenda, para a efetiva ressocialização, o afastamento do convívio infracional e o acompanhamento técnico permanente por meio de internação.

Nesse quadro, em conformidade com o princípio da proteção integral, a medida aplicada visa a proporcionar um acompanhamento paideico ao menor, que poderá contar com suporte psicológico e profissionalizante.

DO EXPOSTO, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0013927-77.2016.8.26.0000, da Comarca de Bragança Paulista, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE BRAGANÇA PAULISTA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE POÁ.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM PROCEDENTE o conflito para declarar a competência do MM. Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Poá, ora suscitado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.308)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 15 de agosto de 2016.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de repetição de indébito ajuizada perante a 1ª Vara Cível da Comarca de Poá, que declinou da competência, determinando a remessa dos autos à Comarca de Bragança Paulista, local do domicílio da autora-consumidora. Impossibilidade. Faculdade atribuída à consumidora de ajuizar a ação no seu domicílio, segundo o artigo 101, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, ou no domicílio do réu. Conflito procedente para declarar a competência do MM. Juízo suscitado, da 1ª Vara Cível da Comarca de Poá.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Bragança Paulista, sustentando que a competência para apreciar a demanda é do MM. Juízo da 1ª Vara Cível de Poá, perante o qual a ação foi originariamente proposta. Argumenta o suscitante que, por se tratar de hipótese de incompetência relativa, não poderia haver o reconhecimento de ofício, enfatizando que a consumidora optou por ingressar com a ação na sede do Banco-réu.

O MM. Juízo suscitado (1ª Vara Cível da Comarca de Poá) foi designado para apreciar e decidir questões urgentes.

É o relatório.

Inicialmente, anoto que está configurado o conflito de competência, pois ambos os juízos declinaram da competência para processar e julgar a ação, nos termos do artigo 66, II, do novo Código de Processo Civil (artigo 115, II, do Código de Processo Civil de 1973).

Em segundo plano, foi determinada a manifestação da d. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 141/142), mas não houve o encaminhamento dos autos ao órgão. Reavaliando a questão, entendo desnecessário tal encaminhamento, pois não há interesses de menores ou incapazes em jogo, de sorte que nada justifica a intervenção do *Parquet* no feito.

O conflito foi tirado em ação de repetição de indébito, distribuída por opção da consumidora no foro da sede do réu. De um lado, o juízo suscitante aduz que a hipótese é de competência territorial relativa, que não pode ser declinada de ofício e, no mais, a consumidora optou por ajuizar a demanda no foro do lugar da sede do réu. De outro, o MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Poá, ora suscitado, aduz que o foro competente para o

Acesso ao Sumário

processamento das causas que versem sobre relação de consumo deve ser aquele que melhor garanta o acesso do consumidor à prestação jurisdicional, ou seja, o seu próprio domicílio, ressaltando que se cuida de competência absoluta.

Assiste razão ao juízo suscitante.

A autora reside em Bragança Paulista, mas optou por ajuizar a ação na Comarca em que se situa a sede do Banco-réu, de tal sorte que a sua opção deve ser prestigiada, não sendo possível coagi-la a promover a demanda na Comarca de sua residência.

A matéria, aliás, já está sumulada por este Tribunal de Justiça*, in verbis: "Súmula 77: A ação fundada em relação de consumo pode ser ajuizada no foro do domicílio do consumidor (art. 101, I, do CDC) ou no domicílio do réu (art. 94, CPC), de sorte que não se admite qualquer declinação de competência de ofício em qualquer dos casos".*

Nesse sentido, confiram-se decisões desta Câmara Especial:

"Conflito de Competência – ação revisional de contrato c.c. repetição do indébito – distribuição no domicílio do réu – relação de consumo – remessa de ofício ao foro do domicílio do autor – impossibilidade – competência concorrente que é fixada por opção do consumidor e não pode ser declinada de ofício – inteligência da Súmula 77 deste Tribunal – conflito procedente – competência do Juízo suscitado." (Conflito de Competência nº 0020780-05.2016.8.26.0000; Relator: Ademir Benedito (Vice-Presidente); Comarca: Mairiporã; Órgão julgador: Câmara Especial; Data do julgamento: 13/06/2016; Data de registro: 16/06/2016)

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação revisional de cláusula contratual – Relação de Consumo – Determinação ex officio de redistribuição da ação à consideração do endereço do autor – Opção da autora por não se valer da prerrogativa legal presumida – Impossibilidade de declinação da competência territorial ex officio – Súmula 33 do STJ – Aplicação do entendimento cristalizado na Súmula 77 deste E. Tribunal. Conflito procedente, competente para o julgamento da ação o Juízo Suscitado." (Conflito de Competência nº 0020503-86.2016.8.26.0000; Relator: Renato Genzani Filho; Comarca: Santana de Parnaíba; Órgão julgador: Câmara Especial; Data do julgamento: 13/06/2016; Data de registro: 14/06/2016)

Assim, como a autora optou pelo ajuizamento da ação perante o foro de domicílio do réu, na Comarca de Poá, deve ser reconhecida a competência do juízo suscitado para apreciar a demanda.

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE** o conflito para declarar a competência do MM. Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Poá, ora suscitado.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0038274-77.2016.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 6ª VARA CÍVEL DE BAURU, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL DE BAURU.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito, declarando competente para processar e julgar a demanda o MM. Juízo suscitado, da 5ª Vara Cível da Comarca de Bauru. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36977)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 29 de agosto de 2016.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação indenizatória distribuída ao MM. Juízo de Direito da 5ª Vara Cível de Bauru, que determina a remessa dos autos à 6ª Vara Cível daquela Comarca, onde tramita a falência da ré. Impossibilidade. Ação indenizatória ajuizada anteriormente à decretação de quebra. Inexistência de *vis attractiva*. Exegese do artigo 6º, da Lei 11.101/05. Competência do juízo suscitado, da 5ª Vara Cível da Comarca de Bauru.

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juízo de Direito da 6ª Vara Cível de Bauru em face do MM. Juízo de Direito da 5ª Vara Cível da mesma Comarca, nos autos da ação indenizatória de nº 1013540-60.2015, ao fundamento de que a demanda foi ajuizada aos 21/07/2015, anteriormente à decretação de quebra da empresa-ré, que se deu aos 05/11/2015. No mais, a demanda veicula quantia ilíquida, a ser apurada após a realização de perícia, o que afastaria a *vis attractiva* do juízo falimentar.

Acesso ao Sumário

O MM. Juízo suscitado (5ª Vara Cível de Bauru) foi designado para apreciar as medidas urgentes.

Não há interesse a justificar a intervenção da Procuradoria Geral de Justiça no feito.

É o relatório.

O conflito de competência está configurado, pois ambos os Juízos declinaram da competência para processar e julgar a ação, nos termos do artigo 66, II, do novo Código de Processo Civil (artigo 115, II, do Código de Processo Civil de 1973).

O incidente foi tirado em ação indenizatória ajuizada por Marcia Regina Ricordi em face de Gobbo Engenharia e Incorporação Ltda., distribuída originariamente à 5ª Vara Cível da Comarca de Bauru, que considerou que a competência pertenceria ao Juízo de Direito da 6ª Vara Cível, por ter decretado a falência da empresa ré.

Ao receber os autos, o magistrado da 6ª Vara Cível de Bauru suscitou este conflito, aduzindo que a demanda foi ajuizada aos 21/07/2015, anteriormente à decretação de quebra da empresa ré, e veicula quantia ilíquida, circunstâncias que afastariam a *vis attractiva*.

Assiste razão ao juízo suscitante.

Os § 1º e § 3º, do art. 6º, da Lei 11.101/2005, dispõem:

A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário. § 1º Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida.(...) § 3º O juiz competente para as ações referidas nos §§ 1º e 2º deste artigo poderá determinar a reserva da importância que estimar devida na recuperação judicial ou na falência, e, uma vez reconhecido líquido o direito, será o crédito incluído na classe própria.

In casu, a ação indenizatória foi ajuizada aos 21/07/2015, anteriormente à decretação da quebra da Gobbo Engenharia e Incorporações Ltda., que ocorreu aos 05/11/2015. Ademais, a demanda trata de quantia ilíquida, que afasta o juízo universal. Como corolário, o pedido indenizatório deverá tramitar no juízo em que foi originalmente distribuído, até eventual liquidação.

A propósito, confiram-se decisões desta Câmara Especial:

Conflito de competência – ação de busca e apreensão – distribuição à 4ª Vara Cível da Comarca de Guarulhos – redistribuição à 5ª Vara Cível da mesma Comarca, que convolou a recuperação judicial da requerida em falência – impossibilidade – decretação da falência

Acesso ao Sumário

posterior ao ajuizamento da ação de busca e apreensão – inteligência do artigo 6º da lei 11.101/05 – conflito procedente – competência do Juízo suscitado. (Conflito de Competência nº 0049369-41.2015.8.26.0000; Relator: Ademir Benedito – Vice-Presidente; Comarca: Guarulhos; Órgão julgador: Câmara Especial; Data do julgamento: 15/02/2016; Data de registro: 18/02/2016)

E:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação declaratória de nulidade de título c/c indenização por perdas e danos ajuizada antes da decretação de falência da ré. Redistribuição ao Juízo da Falência. Impossibilidade. Interpretação do artigo 6º da lei n. 11.101/05. Conflito procedente. Competência do Juízo da 20ª Vara Cível da Capital, ora suscitado. (Conflito de Competência nº 0061064-26.2014.8.26.0000; Relator: Issa Ahmed; Comarca: Barueri; Órgão julgador: Câmara Especial; Data do julgamento: 18/01/2016; Data de registro: 29/01/2016)

Neste passo, evidencia-se a competência do juízo suscitado para dirimir a demanda.

Isso posto, JULGO PROCEDENTE o conflito, declarando competente para processar e julgar a demanda o MM. Juízo suscitado, da 5ª Vara Cível da Comarca de Bauru.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0032888-66.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.800)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 3 de outubro de 2016.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação ordinária proposta por professora, afastada do trabalho para tratamento de esquizofrenia e psicose, com o objetivo de obter a concessão de licença saúde já usufruída, porém, negada, bem como a regularização das faltas. Celeuma acerca da eventual necessidade de realização de prova complexa. Desnecessidade de perícia complexa, a autorizar o afastamento da competência da Justiça Comum. Competência da 1ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital, ora suscitado.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública em face da MM. Juíza de Direito da 1ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública, ambos da Capital, nos autos de ação ordinária com pedido de antecipação de tutela, ajuizada por Maria Aparecida Luiz contra Fazenda Pública do Estado de São Paulo, objetivando a concessão de períodos de licença-saúde, com regularização das faltas e de sua situação funcional, impugnando o resultado da perícia realizada pelo DPME que lhe negou a licença (fls. 4/13).

Sustenta, o Juízo suscitante, em apertada síntese, que, o valor da causa enseja a competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública (fl. 17).

Já o MM. Juízo suscitado, sustenta que, o caso dos autos envolve prova pericial de relativa complexidade para ser produzida no Juizado Especial da Fazenda Pública. Acrescenta que não basta que a causa ostente a dimensão econômica de até 60 (sessenta) salários mínimos, ou seja, a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública impõe que as causas não sejam dotadas de complexidade, o que não se verifica no presente feito (fls. 18/20).

Designou-se o MM. Juízo suscitado para apreciar e resolver as medidas urgentes (fl. 23).

A douta Procuradoria Geral de Justiça deixou de oferecer manifestação (fl. 27).

É o relatório.

Assiste inteira razão ao MM. Juízo suscitante.

Do que consta dos autos, verifica-se que a ação ordinária com pedido de tutela antecipada foi distribuída, originariamente, à Vara da Fazenda Pública da Capital.

Para dirimir a questão, contudo, tem-se que o tema deve ser analisado não sob o ponto de vista acerca da dimensão econômica de até 60 (sessenta) salários mínimos, do valor da causa, mas pela complexidade das provas que a

causa demanda.

Nesse contexto, sendo no Juizado Especial previsto apenas a realização de provas de menor complexidade, de modo a não comprometer os critérios da simplicidade, informalidade e celeridade, imperioso se faz concluir que, em face de a pretensão da autora não demandar perícia complexa, apenas análise dos exames e laudos já feitos por ela, perfeitamente compatível com o procedimento do Juizado Especial.

Assim, o presente caso não exige perícia complexa, visto que a ação já vem instruída, requerendo apenas a análise dos laudos médicos constantes no seu prontuário realizados anteriormente pela autora que vem sendo acompanhada por médico especializado.

A esse respeito segue precedente desta Câmara Especial:

"Conflito Negativo de Competência – Ação de rito ordinário proposta contra o Estado objetivando o reconhecimento de licença saúde – Ajuizamento da demanda perante a Vara da Fazenda Pública – Ausência de necessidade de realização de perícia complexa – Valor da causa, corretamente retificado pelo Juízo, que não excede a sessenta salários mínimos – Hipótese de processamento e julgamento dos autos junto ao Juizado Especial da Fazenda Pública – Conflito julgado procedente para declarar a competência do MM. Juízo suscitado." (CC 0015294-74.2016.8.26.0000, Rel. Des. Renato Genzani Filho, Julgado 25/7/2016, v.u.)

Pelo exposto, julga-se procedente o conflito e declara-se competente o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital, ora suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0040231-16.2016.8.26.0000, da Comarca de Americana, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E CRIMINAL DE AMERICANA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE AMERICANA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Declararam a competência da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal de Americana para conhecer e julgar a ação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.786)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

Acesso ao Sumário

São Paulo, 3 de outubro de 2016.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – VARA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA E PRIVATIVA DA FAZENDA PÚBLICA INEXISTENTES NA COMARCA – COMPETÊNCIA RESIDUAL DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL – COMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUIZADO DA FAZENDA PÚBLICA – COMPETÊNCIA DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DE AMERICANA. Não havendo Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública instalada na Comarca, tem-se a competência para conhecer das ações definidas no art. 2º, Lei nº 12.153/2009 das Varas de Fazenda Pública instaladas. Não havendo Vara da Fazenda Pública, tem-se a competência da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal, onde instalados, ou, não havendo vara específica do Juizado Especial Cível, pelos Juízes cíveis designados para responder pelo anexo do Juizado Especial (art. 8º, Provimento CSM nº 2.203/2014) – A existência de órgão judicial que atue no sistema dos Juizados Especiais da Fazenda Pública não se confunde com a existência de unidade judiciária com atribuição exclusiva – Conflito conhecido, declarando-se a competência da vara do Juizado Especial Cível de Americana.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juiz de Direito da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Americana em face da decisão do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da mesma Comarca, que declinou da competência para conhecer da ação ordinária movida por Marcus Enilson Trevisan em face do Município de Americana, pretendendo a revisão de salário, bem como diferenças salariais e acessórias e indenização por danos morais.

O suscitante afirma que a competência da Vara do Juizado Especial Cível para conhecer ações em face da Fazenda Pública é relativa, arguindo a inconstitucionalidade e a ilegalidade do Provimento nº 1.768/2010 do CSM, pois alterou competência prevista na Lei nº 9.099/1995 para os Juizados Especiais

Acesso ao Sumário

Cíveis; que por conta da complexidade da causa, apesar do valor indicado, haveria incompatibilidade com o rito da Lei nº 12.153/2009; e que o art. 3º, § 2º, da Lei nº 9.099/1995 impede o conhecimento de ações contra a Fazenda Pública pelo Juizado Especial Cível (fls. 2/11).

A decisão que declinou da competência da Vara Cível para a Vara do Juizado Especial Cível fundou-se na competência absoluta prevista no art. 2º, *caput* c.c. § 4º, da Lei nº 12.153/2009 (fls. 37).

Designado Juízo suscitante para conhecer e decidir questões urgentes (fls. 33).

É o relatório.

Conheço do presente conflito negativo de competência, eis que ambos os Juízes declaram-se incompetentes para o conhecimento do processo (art. 66, II, CPC).

O suscitante arguiu o caráter relativo da competência determinada às varas de juizado especial cível para processar ações previstas na Lei nº 12.153/2009, o que impediria a declinação de competência de ofício.

A Lei nº 12.153/2012, que criou os Juizados Especiais da Fazenda Pública, previu a competência especial de tais órgãos especializados da Justiça de primeiro grau para o julgamento de causas com valor de até sessenta salários mínimos que tenham em seu polo passivo entes da Administração Pública, integrando o sistema dos Juizados Especiais em conjunto com os Juizados Especiais Cíveis e os Criminais (art. 2º, *caput* e art. 5º, II, ambos da Lei nº 12.153/2012).

Autorizou o art. 23 de tal lei a limitação da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública por ato do Tribunal de Justiça, tendo em vista a necessidade de adequação da organização judiciária para o funcionamento do novo órgão do sistema dos Juizados Especiais.

Tal regulação da competência temporária foi feita pelos arts. 8º e 9º, do Provimento CSM nº 2.203/2014, *verbis*:

> **Art. 8º.** Nas Comarcas em que não foram instalados os Juizados Especiais da Fazenda Pública ficam designados para processamento das ações de competência do JEFAZ:
>
> I – as Varas da Fazenda Pública, onde instaladas;
>
> II – as Varas de Juizado Especial, com competência cível ou cumulativa, onde não haja Vara da Fazenda Pública instalada;
>
> III – os Anexos de Juizado Especial, nas comarcas onde não haja Vara da Fazenda Pública e de Juizado Especial, designados os Juízes das Varas Cíveis ou Cumulativas para o julgamento.
>
> **Art. 9º.** Em razão do decurso do prazo previsto pelo artigo 23 da Lei nº 12.153/2009, a competência dos Juizados da Vara da Fazenda é plena,

Acesso ao Sumário

nos termos do artigo 2º, § 4º, do referido diploma legal.

Parágrafo único. A União e suas autarquias, inclusive o INSS, não poderão ser partes nos Juizados Especiais Estaduais ou nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, em razão do que dispõem os artigos 8º, da Lei nº 9.099/95, e 5º, da Lei nº 12.153/2009, devendo as ações derivadas do § 3º do artigo 109 da Constituição Federal, assim como as ações acidentárias comuns, ser processadas e julgadas pelas Varas da Justiça Comum."

Na Comarca de Americana não houve instalação de Juizado Especial da Fazenda Pública, nem consta a existência de vara privativa da Fazenda Pública.

Há, assim, competência para conhecimento das ações contra a Fazenda Pública em geral pelos Juízes das varas cíveis e do juizado especial cível, a depender do critério do valor dado à causa, tendo em vista o critério vinculante da competência pelo valor da causa previsto no art. 2º, Lei nº 12.153/2009.

O argumento no sentido de que a inexistência de instalação de Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública na Comarca de Americana afastaria o critério absoluto da competência dos Juizados Cíveis **designados** para processar tais ações, com base na redação do art. 2º, § 4º, da Lei nº 12.153/2009, não pode ser acolhido.

A fixação da competência de determinado órgão jurisdicional é atribuição exclusiva do Tribunal correspondente, permitindo-se a designação de determinado órgão para exercer a competência legal em determinada matéria. Assim, havendo determinação do Tribunal de Justiça no sentido de que as varas de juizados especiais cíveis tenham competência para as ações previstas na Lei nº 12.153/2009, tem-se competência plena em relação à matéria, até que se instale no local Vara privativa da Fazenda Pública ou mesmo privativa dos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

Não há que se confundir, assim, a existência de Juizado Especial da Fazenda Pública como órgão judicial-legal com competência específica fixada em lei, com a existência de **UNIDADE JUDICIÁRIA** específica para processamento das ações descritas na Lei nº 12.153/2009. É que "a instalação do sistema do Juizado Especial da Fazenda Pública prescinde da instalação de unidade especializada, **podendo dar-se por atribuição de competência à unidade judiciária pré-existente**." (TJSP – CC 0025560-85.2016.8.26.0000 – Câm. Especial – rel. Des. Ricardo Dip – j. 27.06.2016).

Este o caso dos autos, não se falando em competência relativa tão somente por não ser o Juizado Especial Cível ao qual se atribuiu a competência para conhecer das ações da Lei nº 12.153/2009 uma unidade judiciária especializada.

Por tais fundamentos, declara-se a competência da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal de Americana para conhecer e julgar a ação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0010804-71.2016.8.26.0000, da Comarca de Jundiaí, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DE ITUPEVA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DE CABREÚVA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o presente conflito para declarar a competência do juízo suscitante (MM. Juízo de Direito do Foro Distrital de Itupeva). V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36287)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 3 de outubro de 2016.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de usucapião distribuída originariamente à 5ª Vara Cível da Comarca de Jundiaí, que determina a remessa dos autos à Comarca de Cabreúva, onde registrado o imóvel. Magistrado da Comarca de Cabreúva que declara a sua incompetência absoluta e determina a remessa dos autos à Comarca de Itupeva, foro da real situação do imóvel. Conduta acertada. Inteligência do artigo 95 do Código de Processo Civil de 1973. Conflito procedente. Competência do juízo suscitante.

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juízo de Direito do Foro Distrital de Itupeva, nos autos de ação de usucapião de nº 0012657-76.2007, sustentando que a competência para apreciar o feito pertenceria ao MM. Juízo de Direito da Comarca de Cabreúva, porquanto o imóvel situa-se na Cidade de Cabreúva/SP, de acordo com a matrícula nº 26.169 do CRI da Comarca de Itu.

Acesso ao Sumário

Processado o presente conflito de competência, foi designado o MM. Juízo suscitante (MM. Juízo de Direito da Vara Única do Foro Distrital de Itupeva) para apreciar eventuais medidas urgentes.

A d. Procuradoria Geral de Justiça declinou de intervir no feito.

É o relatório.

Inicialmente, configurou-se o conflito negativo de competência, nos termos do artigo art. 66, II, do novo Código de Processo Civil (artigo 115, inciso II, do *codex* anterior), haja vista que dois magistrados se reputaram incompetentes para apreciar a mesma causa.

Em segundo plano, o conflito foi tirado em ação de usucapião distribuída, em 26 de abril de 2007, ao MM. Juízo da Comarca de Jundiaí, que declinou da competência e determinou a remessa dos autos à Comarca de Cabreúva, em razão de informação contida na certidão de matrícula de que o imóvel estaria localizado naquela Comarca.

Ato contínuo, o juízo suscitado (Cabreúva) consultou o Oficial de Registro de Imóveis da Comarca, que informou que o imóvel usucapiendo localiza-se integralmente no município de Itupeva. Diante disso, o magistrado declarou a sua incompetência absoluta e determinou a remessa dos autos ao Foro Distrital de Itupeva.

Ao receber os autos, o MM. Juízo de Direito do Foro Distrital de Itupeva (pertencente à Comarca de Jundiaí) suscitou o presente conflito, sustentando que a competência para apreciar o feito seria da Comarca de Cabreúva, porquanto o imóvel situa-se na Cidade de Cabreúva/SP, de acordo com a matrícula nº 26.169 do CRI da Comarca de Itu.

Razão assiste ao juízo suscitado.

A competência para o processamento de ações fundadas em direito real sobre imóveis recai sobre o foro da situação da coisa, nos termos do artigo 47 do novo Código de Processo Civil (artigo 95 do Código de Processo Civil de 1973).

No caso, a despeito de a certidão de matrícula referir que o imóvel situar-se-ia em Cabreúva (fls. 15), a sua real localização consiste no município de Itupeva, consoante se observa da manifestação do Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos, Civil de Pessoas Jurídicas de Cabreúva-SP (fls. 29/30).

Acesso ao Sumário

Deve ser mencionado, a propósito, que o registrador tomou por base informações fidedignas, decorrentes de memorial descritivo que as próprias partes forneceram nos autos da ação de usucapião. Por conta disso, deve-se concluir que, de fato, o imóvel se encontra situado em Itupeva (fls. 17).

Ora, em ações de usucapião, a competência deve ser ditada pelo foro em que o imóvel se encontra realmente localizado, ainda que esteja registrado em

outra Comarca ou que a certidão de matrícula informe localização diversa.

Em caso análogo, esta Câmara Especial decidiu:

Conflito negativo de competência. Interdito proibitório. Aplicação do art. 95 do CPC. Competência do foro da situação do imóvel. Embora a área maior esteja registrada formalmente junto ao Cartório de Registro de Imóveis de Jacareí, a área objeto dos autos está fisicamente localizada na Comarca de São José dos Campos. Conflito procedente para declarar competente o Foro do Juízo suscitado de São José dos Campos (Conflito de competência nº 0024767-54.2013; Relator: Silveira Paulilo; Data do julgamento: 27 de maio de 2013).

Neste contexto, esta ação de usucapião deve tramitar perante o Foro Distrital de Itupeva, na qual o imóvel usucapiendo se encontra realmente situado, ainda que a certidão de matrícula mencione localização diversa.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o presente conflito para declarar a competência do juízo suscitante (MM. Juízo de Direito do Foro Distrital de Itupeva).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0037277-94.2016.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DE SANTOS, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA CÍVEL DE SANTOS.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito e declararam competente o Juízo Suscitado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.219)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), XAVIER DE AQUINO (DECANO) e LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 3 de outubro de 2016.

ADEMIR BENEDITO, Vice-Presidente e Relator

Ementa: Conflito de Competência – ação de execução de título extrajudicial ajuizada em face dos fiadores, sócios da empresa submetida ao plano de recuperação judicial – empresa que não é parte no processo de execução – inexistência de risco de constrição do

Acesso ao Sumário

patrimônio da recuperanda – feito que deve tramitar perante o Juízo da execução – conflito procedente – competência do Juízo suscitado.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Santos em face do MM. Juiz da 4ª Vara Cível da mesma Comarca, nos autos da execução de título extrajudicial ajuizada por Itaú Unibanco S/A. em face de M.A.S. e J.R.L.R.

Alega o suscitante que as empresas sob o plano da recuperação judicial não integram a demanda, figurando no polo passivo da ação de execução apenas os fiadores, razão pela qual somente seus bens poderão ser objeto da execução, sendo o juízo natural competente para processar a execução autônoma, ou seja, a 4ª Vara Cível de Santos (fls. 02/04).

É o relatório.

O conflito negativo de competência está configurado, pois ambos os juízes declararam-se incompetentes para processar e julgar a demanda (artigo 66, II, do Novo Código de Processo Civil).

Inicialmente, a ação de execução extrajudicial foi distribuída perante a 4ª Vara Cível de Santos que, ao acolher em parte impugnação à exceção de pré-executividade, determinou a remessa dos autos à 2ª Vara Cível, sob o argumento de que ao deferir o processamento da recuperação judicial, respectivo Juízo assumiu para si a competência para presidir a ação de execução, porquanto os bens dados em garantia pelos executados são essenciais para a atividade exercida pela empresa recuperanda (fls. 21/23).

Com a providência, os autos foram direcionados ao Juízo da 2ª Vara Cível daquela Comarca, que, ao divergir do entendimento, suscitou o presente conflito.

Assiste razão ao Juízo suscitante.

No caso em tela, o banco autor emitiu cédula de crédito bancário, no valor financiado de R$ 2.680.000,00 (dois milhões seiscentos e oitenta mil reais).

Contudo, em razão do inadimplemento por parte dos executados, o autor optou por ajuizar a respectiva ação de execução de título extrajudicial em face dos devedores solidários, isto é, dos fiadores da obrigação contraída.

Assim, como bem asseverado pelo suscitante, em suas razões, *"somente os bens dos fiadores podem ser alvo de atos de execução, não se duvidando de que os equipamentos adquiridos pela GRANPORT, evidentemente, não se incluem no patrimônio dos fiadores"* (fls. 3 verso).

Deste modo, não se justifica a declinação de competência como realizada pelo Magistrado suscitado, uma vez que inexiste a possibilidade de expropriação

Acesso ao Sumário

do patrimônio próprio da empresa sob o regime de recuperação judicial, nos autos da execução.

Depois, importante salientar que as ações de execução não são atraídas pelo Juízo da recuperação judicial, competindo a este, tão somente, o pronunciamento sobre a essencialidade de bens das empresas em recuperação, no que se refere aos atos de constrição ou de alienação do patrimônio.

Nesse sentido é a jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

"É certo que os atos de constrição devem ser submetidos ao juízo falimentar, por onde se processa a recuperação judicial deferida, sob pena de comprometimento do patrimônio da empresa recuperanda e prejuízo ao cumprimento do plano de recuperação judicial. Não é o caso, contudo, de deslocamento da competência. A execução, não sujeita a suspensão, prossegue no juízo singular competente, estando apenas os atos constritivos submetidos à apreciação do juízo falimentar, que detém competência para deliberar sobre eles". (Apelação nº 0001479-80.2013.8.26.0484, 8ª Câmara de Direito Público, Relator Manoel Ribeiro, j. em 24/08/2016).

Por essas razões, não há que se falar em prevenção do Juízo da recuperação para processamento do feito que originou este incidente.

Do exposto, julga-se procedente o conflito e declara-se competente o Juízo suscitado, 4ª Vara Cível da Comarca de Santos.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2089211-57.2016.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que é impetrante R.R.M. e paciente M.V.S.C. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.651)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 1º de agosto de 2016.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: ***Habeas Corpus*** **– Impetração contra sentença que julgou procedente a representação ofertada pela prática de infração equiparada ao tráfico de entorpecente e aplicou ao paciente medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado – Coação ilegal inexistente – Admissibilidade da imediata aplicação da medida extrema quando sopesado não só a gravidade do ato, mas, principalmente, as circunstâncias pessoais do adolescente – Ordem denegada.**

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com liminar, impetrado pelo Dr. R.R.M. em favor do adolescente M.V.S.C., visando pôr fim a constrangimento ilegal que lhe impôs, em tese, o MM. Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude de Piracicaba, ao lhe aplicar medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado (fls. 1/7).

A liminar foi indeferida (fls. 25/27). Prestadas as informações (fls. 30/32), opinou a D. Procuradoria Geral de Justiça pelo não conhecimento do *writ* ou, se conhecido, pela sua denegação (fls. 45/50).

É o relatório.

De plano cumpre anotar que, excepcionalmente, conhece-se do *habeas corpus* para julgá-lo quanto ao mérito em respeito, principalmente, ao duplo grau de jurisdição e à ampla defesa.

Outrossim e, desde logo, cumpre anotar que a inicial se insurgiu genericamente contra r. decisão que determinou a internação do menor.

Compulsando-se o *site* desta Corte verifica-se que contra o ora paciente consta o feito nº (...), no qual foi este representado também por ato infracional equiparado a tráfico de drogas, encontrando-se os autos definitivamente arquivados desde 19 de maio transato, vez que declarada extinta a liberdade assistida com fundamento no artigo 118, § 2º, da Lei nº 8.069/90, combinado com o artigo 46, inciso V, da Lei nº 12.594/12.

Quanto ao processo nº (...), verifica-se que ao jovem foi aplicada medida socioeducativa de internação, pela prática de ato infracional análogo ao descrito no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (fls. 16/22).

O reclamo não reúne condições de ser acolhido, vez que a r. sentença está suficientemente fundamentada, preenchendo todos os requisitos legais de validade.

Com efeito, o tráfico é equiparado a crime hediondo, pondo em risco a saúde pública, a justificar a imposição da medida extrema, a qual, neste

momento, melhor atende às suas necessidades e às da sociedade, não havendo como negar a gravidade dos atos perpetrados.

Com proficiência, anotou a MMª Juíza de Primeira Instância que o adolescente praticou o ato infracional quando no cumprimento de liberdade assistida em decorrência de outro tráfico de entorpecentes. E ressaltou que este necessita de *'imediato acompanhamento técnico, de modo a se garantir a real eficácia da medida imposta e afastá-lo de novo desvio de conduta.'*.

Ora, tornar-se-ia inócuo o preceito da proteção integral – fim do Estatuto da Criança e do Adolescente – caso se aceitasse a interpretação fria e técnica do artigo 122, do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao permitir que jovens, em evidente desregramento social, fossem devolvidos ao meio deletério que os vêm corrompendo.

Devido à necessidade de se interpretar sistematicamente o referido artigo, inegável concluir que os fins que sustentam a referida legislação específica estarão melhor assegurados na manutenção da medida, pois, no caso, é a única que se mostra capaz de assegurar a proteção, recuperação e reflexão do paciente.

Esta CÂMARA ESPECIAL já deixou assentado que *'não se pode apegar-se, unicamente, ao aspecto objetivo do ato infracional, sem avaliação correspondente das circunstâncias concretas em que foi praticado, havendo que ser examinado, também, o grau de envolvimento do adolescente com a infração praticada, a conduta social, sua personalidade e integração familiar'* (*Habeas Corpus* nº 2036845-75.2015.8.26.0000, Relator Des. Guerrieri Rezende, j. em 18.5.2015).

Destarte, estando evidenciado que a internação para o caso ora *sub judice* é perfeitamente viável e recomendável quando outra medida mais branda não se mostra capaz de, por si só, afastar o adolescente do meio que o corrompe, é de se concluir pela perfeita legalidade de sua imposição.

Observo, por fim, que a Súmula nº 492, do Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, não veda a imposição de internação. Apenas estabelece que esta deve ser aplicada consoante o caso concreto. E, na hipótese, a internação é necessária em face da gravidade do fato, das condições pessoais do adolescente e, ainda, da evidente e acentuada situação de risco e de vulnerabilidade em que ele se encontra.

Vale frisar, igualmente, que perfeitamente cabível é a imediata execução da sentença. Registre-se, sobre o tema, o Enunciado nº 6, do Fórum Permanente de Estudos dos Juízes da Infância e da Juventude do Estado de São Paulo – FOPEJISP: *'A despeito da mudança legislativa do art. 198, inc. VI do Estatuto da Criança e do Adolescente, persiste o efeito meramente devolutivo dos recursos interpostos contra sentença de procedência em processo de apuração de atos infracionais, devendo ser definido pelo magistrado na própria sentença*

Acesso ao Sumário

a aplicabilidade imediata da medida socioeducativa para efeito de expedição da guia de execução, fundando a decisão nos princípios da imediatidade e da celeridade'.

No tocante à alegação da defesa que se na esfera penal exige-se para o cumprimento da pena o trânsito em julgado, mais ainda tal seria necessário no que tange à Infância e Juventude, importa trazer a lume recente entendimento sobre a questão adotado pelo PRETÓRIO EXCELSO: *'Constitucional. Habeas Corpus. Princípio Constitucional da Presunção de Inocência (CF, Art. 5º, LVII). Sentença Penal Condenatória confirmada por Tribunal de Segundo Grau de Jurisdição. Execução Provisória. Possibilidade. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. Habeas Corpus denegado.'* (*Habeas Corpus* nº 126292, Relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno).

Pelo exposto, **denega-se** o *habeas corpus*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2062992-07.2016.8.26.0000, da Comarca de Jaú, em que é impetrante F.A.F.J. e paciente J.M.N.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A ORDEM de *habeas corpus* impetrada em favor de J.M.N., nos termos do v. acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.908)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 19 de setembro de 2016.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Ementa: *Habeas Corpus* – Infância e juventude – Ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes – Medida socioeducativa de internação – Legalidade – Internação necessária e proporcional à gravidade do fato e às condições pessoais do adolescente – Inteligência do artigo 122, do ECA –

A Súmula 492 do C. STJ não veda a imposição de internação, apenas exige critérios concretos de escolha – Pretendida substituição da medida fundada no art. 49, II, da Lei 12.594/12 (SINASE) – Inadmissibilidade – Inexistência de unidade de internação na Comarca de residência do paciente não justifica a liberação ou atenuação da medida – Previsão de auxílio financeiro para deslocamento da família, a permitir a presença dos familiares no processo de ressocialização – Constrangimento ilegal não evidenciado – Ordem denegada.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo Defensor Público F.A.F.J., com pedido liminar, em favor do paciente **J.M.N.**, apontando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da Vara da Infância e Juventude da comarca de Jaú.

Alega o impetrante que ao paciente foi aplicada medida socioeducativa de internação pela prática de ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes e está sofrendo constrangimento ilegal por ter sido encaminhado para unidade de internação localizada em município diverso daquele em que ele e sua família residem, o que, sob a sua ótica, fere os dispositivos contidos no artigo 49, inciso II e no artigo 35, Inciso IX, ambos da Lei do SINASE. Sustenta que o ato infracional imputado ao adolescente não se enquadra em nenhuma das hipóteses taxativas do artigo 122 do ECA. Argumenta com a Súmula 492 do STJ. Trouxe à colação julgados a respeito do tema. Pretende liminar para que o paciente seja, imediatamente, liberado e, ao final, seja ele inserido em medida socioeducativa em meio aberto, para que se cumpra em seu domicílio.

Indeferida a liminar (fls. 30/32), vieram aos autos as informações de praxe (fls. 41/42).

A douta Procuradoria Geral de Justiça pugnou pela denegação da ordem (fls. 45/48).

É o relatório.

A presente ordem de *habeas corpus* é de ser denegada, posto que ausente o apontado constrangimento ilegal.

A r. sentença julgou procedente a representação e aplicou ao paciente a medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado, nos termos dos artigos 112, VI e 121, ambos da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), reconhecendo ter ele praticado ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes (fls. 23/26).

Acesso ao Sumário

E a decisão está fundamentada, devendo ser mantida, visto que a autoridade apontada coatora justificou a necessidade imperiosa da aplicação da medida de internação, uma vez que reconheceu a prática do ato infracional após análise acurada do conjunto probatório.

Segundo noticiado na representação (fls. 12/13), o paciente trazia consigo uma porção grande de *maconha*, suficiente para confeccionar 100 cigarros, além da quantia de R$ 100,00, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

No tocante à medida aplicada, a digna Autoridade Judiciária justificou sua decisão não só com base na gravidade do ato infracional, em questão, mas, também, pelo fato de ostentar condenação anterior por atos infracionais semelhantes aos crimes de tráfico e de posse de arma, no qual lhe foi aplicada medida de internação, o que exige tratamento mais rígido com aplicação de sanção mais severa. Consignou, ainda, que a porção de droga encontrada em poder do adolescente era razoável e a origem lícita do dinheiro não foi demonstrada.

Bem concluiu, assim, que a internação era a única medida que se coadunaria com o grave contexto apurado, razão porque não se mostra recomendável a sua substituição por outra medida em meio aberto.

A tese sustentada pela impetrante de que estão ausentes quaisquer das hipóteses elencadas no art. 122 do ECA não merece ser acolhida.

O paciente foi responsabilizado pela prática de ato infracional grave, análogo ao crime de tráfico de entorpecentes, que atemoriza a sociedade, repercutindo de modo negativo na vida de um número indeterminado de pessoas, propiciando sentimento de impunidade e insegurança, devendo, por isso, o Judiciário adotar resposta célere e proporcional.

A internação, demais disso, mostra-se adequada não só para acautelar a sociedade, mas, e principalmente, para afastar o adolescente da evidente e acentuada situação de risco em que se encontra, em razão da sua ampla exposição ao mundo do crime, como forma de materializar o princípio da proteção integral.

Acesso ao Sumário

Com efeito, o inciso I do art. 122 do ECA estabelece que a internação só pode ser aplicada quando o ato infracional for cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa. Todavia, não há que se olvidar que a conduta do agente, qual seja, a de trazer consigo substância entorpecente causadora de dependência física e psíquica, com finalidade de comercialização, leva o usuário a condições deploráveis e até à morte, evidenciando, assim, violência e grave ameaça, além de grave risco à saúde pública.

Referido dispositivo legal não deve ser interpretado de forma restrita, pois, se assim fosse, os atos infracionais equiparados a crimes de menor potencial ofensivo, como: lesão corporal leve, ameaça e constrangimento ilegal seriam

suscetíveis de internação, enquanto que o ato infracional equiparado ao tráfico de drogas, considerado crime hediondo, não poderia ensejar a internação, tudo sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade.

De mais a mais, importante destacar que o tráfico de drogas representa risco concreto para a sociedade, porque fomenta diversas outras infrações graves, o que ainda mais justifica a necessidade de resposta severa ao adolescente, com a sua internação, conforme dispõe o art. 112, § 1º do ECA.

E a Súmula 492 do Colendo Superior Tribunal de Justiça não veda a imposição de internação ao ato equiparado ao tráfico, mas apenas estabelece que a medida deva ser aplicada consoante o caso concreto, como no caso em exame, em que a internação é necessária em face da gravidade do fato e das condições pessoais do adolescente.

O pedido de substituição da internação por medida em meio aberto pela não internação em estabelecimento no mesmo domicílio da família não encontra amparo na legislação, não se vislumbrando ofensa ao art. 49, II, da Lei nº 12.594/12.

Convém destacar que a internação do paciente na cidade de Bauru (Fundação Casa Nelson Mandela) não viola o disposto no art. 49, II, do SINASE. É recomendável que o cumprimento da medida socioeducativa, pelo adolescente, se dê perto de sua família, porém, tal circunstância, por si só, não pode justificar a liberação do jovem ou a atenuação da medida, visto que vários outros fatores devem ser considerados como: disponibilidade de vagas; eventual superlotação; idade compatível; periculosidade do menor infrator, dentre outros.

O art. 49, II, da Lei do SINASE não pode ser analisado de forma isolada, porquanto, se houve a manutenção da medida privativa de liberdade é porque o Juízo *a quo* entendeu por bem que a internação seria medida mais adequada ao adolescente no presente caso. Assim, colocar o paciente para cumprir medida em meio aberto, tão somente pelo fato de não existir unidade de internação próxima a sua residência, significaria condená-lo a viver uma vida nos mesmos moldes que o levaram à prática infracional. Ademais, tanto o SINASE como o ECA são regidos pela intenção de possibilitar que a família tenha contato com o adolescente, facilitando a sua vinda em dias de visita e acompanhando-o de maneira sistemática em seu processo evolutivo, facilitando, assim, o regresso do paciente ao convívio familiar. Para isso, não é necessário que a família esteja residindo próximo ao local em que se encontra internado o adolescente.

Importante, por fim, salientar que o art. 35, IX, da Lei nº 12.594/12 não traduz direito absoluto do adolescente infrator ser inserido em medida socioeducativa em meio aberto por não haver vaga para regime de internação na Comarca em que residem seus familiares. O princípio contido no referido dispositivo legal visa garantir a continuidade da convivência entre o adolescente

Acesso ao Sumário

infrator e seus familiares, como medida salutar em seu processo socioeducativo.

E para tal finalidade, há previsão de concessão de auxílio financeiro para despesas decorrentes do deslocamento da família de adolescentes que cumprem medida em unidades de internação da "Fundação CASA", o que possibilita, ainda que minimamente, a presença dos familiares no processo de ressocialização.

Destarte, a medida de internação aplicada ao paciente não comporta reparo, eis que justificada sua excepcionalidade e necessidade.

Logo, inexiste qualquer ilegalidade a ensejar a pretendida aplicação de medida em meio aberto.

Ausente o apontado constrangimento ilegal, a denegação da ordem é de rigor.

Isto posto, pelo meu voto, **DENEGO A ORDEM** de *habeas corpus* impetrada em favor de **J.M.N.**, nos termos acima descritos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2208382-76.2014.8.26.0000, da Comarca de Itapecerica da Serra, em que é impetrante D.P.S. e paciente L.L.R.C. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40183)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), XAVIER DE AQUINO (DECANO) e LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 19 de setembro de 2016.

ADEMIR BENEDITO, Vice-Presidente e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *Habeas corpus* – ato infracional – conduta tipificada no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06 – procedência da representação – aplicação de medida socioeducativa de internação – ordem denegada.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por D.P.S., Defensor Público, em favor do adolescente L.L.R.C., contra o constrangimento

ilegal supostamente imposto pelo M. Juiz Lucas Pereira Moraes Garcia, da 3ª Vara da comarca de Itapecerica da Serra, que aplicou a medida socioeducativa de internação, em razão da prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

Sustenta, em síntese, a ilegalidade da decisão porque ausentes as taxativas hipóteses autorizadoras da excepcional medida previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente e também porque o adolescente é primário.

Requer, assim, a concessão liminar da ordem para colocação do adolescente em liberdade e, no mérito, a substituição da medida de internação por outra em meio aberto (fls. 1/6).

Foi proferida decisão monocrática (fls. 39/41), julgando extinto o *habeas corpus*, com fundamento no artigo 267, VI, do CPC, em razão da inadequação da via eleita.

O Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar *habeas corpus* impetrado em favor do paciente, não conheceu do *habeas corpus*, mas concedeu a ordem de ofício para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo aprecie o mérito da impetração (fls. 54).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem, ou, pela confirmação da extinção do *habeas corpus*, com fulcro no artigo 267, VI, do CPC (fls. 60/68).

É o relatório.

Segundo consta, o menor foi representado pela prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, tendo recebido, ao final, medida socioeducativa de internação (fls. 30/33).

A sentença, para impor a internação, amparou-se não somente na gravidade do ato infracional, como também nas condições pessoais do paciente e em sua periculosidade ao meio social, inexistindo, assim, afronta à súmula 492 do STJ.

Ressalte-se que a gravidade do ato e a conduta do paciente foram fundamentos da sentença de fls. 30/33:

> ***"Pois bem, denota-se que o adolescente foi apreendido com enorme quantidade de droga, mais de 90 (noventa) quilogramas de maconha, recebendo para o transporte da droga R$ 5.000,00 (cinco mil reais) para fazer o transporte interestadual da droga, a demonstrar seu íntimo envolvimento no tráfico de drogas.", fls. 32.***

E, após, concluiu:

> ***"Assim, para a ressocialização do menor, a única medida cabível é a internação, com reavaliação semestral, de forma a conter a sequência de condutas antissociais praticadas pelo adolescente.", fls. 32.***

Fica claro, portanto, que a adequação da medida de custódia foi analisada

Acesso ao Sumário

no caso concreto.

E a medida socioeducativa imposta na origem encontra suporte na jurisprudência majoritária desta Câmara Especial (*habeas corpus* nº 2035217-22.2013.8.26.0000, relator Des. Walter de Almeida Guilherme, Decano, julgado em 3.2.2014; *habeas corpus* nº 2063280-57.2013.8.26.0000, relator Des. Pinheiro Franco, Presidente da Seção de Direito Criminal, julgado em 27.1.2014).

De acordo com o princípio da proteção integral, a medida de internação visa proporcionar reabilitação aos infratores que, como o paciente, não encontraram orientação e mecanismos de contenção suficientes em sua família e que, com a medida, poderão contar com suporte psicológico, pedagógico e profissionalizante.

Além disso, será o paciente reavaliado periodicamente, no máximo a cada 6 (seis) meses, e poderá reverter a medida quando demonstrar inequívoca aptidão para retornar ao meio aberto, respeitados os limites do artigo 121, § 3º e 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, a aplicação da medida socioeducativa de internação está devidamente fundamentada.

Do exposto, denega-se a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2178460-19.2016.8.26.0000, da Comarca de Praia Grande, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente A.F.C. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.442)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 3 de outubro de 2016.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

RELATOR

Acesso ao Sumário

Ementa: *HABEAS CORPUS*. ATO INFRACIONAL. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA DE ADOLESCENTE.

– Impetração contra *decisum* que impôs ao paciente internação provisória, a teor do art. 108 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei n. 8.069, de 13-7-1990).

– Ato infracional equiparado ao delito tipificado no enunciado do *caput* do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (de 23-8).

– Infração de extrema gravidade, que, de princípio, justifica a medida imposta, não se entrevendo ilegalidade no internamento cautelar.

Denegação da ordem.

VOTO

RELATÓRIO:

1. Cuida-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor do menor A.F.C., internado provisoriamente por força da decisão de e-págs. 12-3, que recebeu a representação formulada em face do paciente pela prática de ato infracional equiparado ao crime previsto no *caput* do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (de 23-8).

2. *Ad summam*, alega a impetrante, ausência de fundamentação legal exigida pelo artigo 93, IX, da Constituição Federal, e que a medida socioeducativa aplicada não respeitou as determinações do Estatuto da Criança e do Adolescente, em especial o disposto no parágrafo único do art. 108 e do art. 122. Argumenta, ainda, que o paciente é primário e praticou ato infracional sem grave ameaça ou violência, não sendo cabível a medida socioeducativa de internação, pleiteia a liminar para que seja determinada a imediata desinternação do paciente, e, no mérito, pugna pela confirmação da ordem (e-págs. 1-8).

Houve indeferimento da liminar (e-págs. 26-8), e, com as informações da origem (e-pág. 33-4), a digna Procuradoria Geral de Justiça opinou no sentido de se julgar prejudicado o pedido, ou, se assim não for, pela denegação (e-págs. 36-8).

É o relatório do necessário.

VOTO:

3. O M. Juízo *a quo*, em decisão fundamentada e atenta aos ditames do parágrafo único do art. 108 do Estatuto da Criança e do Adolescente, concluiu bastantes a prova da materialidade, a posse de significativa quantidade de drogas, sua variedade, e, por fim, a existência de indícios de autoria, para aplicar a disputada medida provisória, que se teve por de imperiosa necessidade (e-págs. 9-14).

Acesso ao Sumário

Observou-se, no caso, o princípio do livre convencimento motivado, consoante pacificada orientação jurisprudencial e doutrinária, com fundamento no inciso IX, do art. 93 da Constituição federal.

4. É de todo razoável a ideia de ostentar perigosidade em ato o adolescente que pratique o tráfico de drogas, ilícito equiparado a crime hediondo, pois tem aquele o intuito do lucro fácil, sem esforço, com menosprezo do trabalho honesto, em prejuízo da vida de pessoas indeterminadas, com reflexos no seio da comunidade.

A decretação do internamento provisório, na hipótese concreta, atende ao princípio da proteção integral, pois afasta o adolescente do ambiente deletério que o levou à prática ilícita, para o início imediato de sua reestruturação, beneficiando-o com medidas pedagógicas ou terapêuticas necessárias a sua reeducação.

Preenchidos, assim, os requisitos previstos no art. 174 da Lei n. 8.069/1990 (de 13-7), deve ser mantido o r. *decisum* que decretou a internação provisória do ora paciente.

DO EXPOSTO, pelo meu voto, denego a ordem.

Acesso ao Sumário

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001861-03.2015.8.26.0614, da Comarca de Tambaú, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE TAMBAÚ.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto nº 29.537)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, RICARDO DIP e SALLES ABREU.

São Paulo, 15 de setembro de 2016.

PEREIRA CALÇAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida – Cédula rural pignoratícia – Prazo de garantia dissociado do prazo de vencimento da obrigação – Impossibilidade – Precedentes deste Conselho – Apelação desprovida.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação tirado de r. sentença que manteve a recusa do registro de cédula rural pignoratícia, sob fundamento da impossibilidade de dissociação entre os prazos da garantia e do vencimento da obrigação garantida.

O recorrente alega, em síntese, que a interpretação do Sr. Oficial deixa de levar em conta razões de ordem sistemática, bem como os princípios da boa-fé e da função social do contrato. Sustenta que o Conselho Monetário Nacional permite a renovação simplificada, prevista no título levado a registro. Para afastar o risco de extinção da relação jurídica, as cédulas necessitariam ser emitidas com prazo de vencimento compatível com o previsto para as renovações simplificadas. Assim, renova-se o financiamento, periodicamente, até o prazo final de vencimento do título. Requer a modificação da r. sentença, para que se julgue improcedente a dúvida.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

À luz do art. 61 do Decreto-Lei 167/67:

"Art. 61. O prazo do penhor rural, agrícola ou pecuário não excederá o prazo da obrigação garantida e, embora vencido o prazo, permanece a garantia, enquanto subsistirem os bens que a constituem.

Parágrafo único. A prorrogação do penhor rural, inclusive decorrente de prorrogação da obrigação garantida prevista no caput, ocorre mediante a averbação à margem do registro respectivo, mediante requerimento do credor e do devedor."

Já o artigo 1.439 da Lei Civil estipula:

Art. 1.439. O penhor agrícola e o penhor pecuário não podem ser convencionados por prazos superiores aos das obrigações garantidas.

§ 1º Embora vencidos os prazos, permanece a garantia, enquanto subsistirem os bens que a constituem.

§ 2º A prorrogação deve ser averbada à margem do registro respectivo, mediante requerimento do credor e do devedor.

Desta feita, contraria os expressos termos da lei a emissão de cédula de crédito rural pignoratícia cujo prazo de vencimento seja superior ao da obrigação garantida. Frise-se que as redações de ambas as normas foram atribuídas pela Lei 12.873/13, afastando debates preteritamente havidos acerca da recepção do texto original do art. 61 da Lei 167/67, pela Carta Magna de 1988.

Na hipótese dos autos, a cédula de crédito rural levada a registro tem vencimento em 19/10/20 (fls. 4). A obrigação garantida pelo penhor, todavia, tem vencimento em 25/1/17 (fls. 5, v), é dizer, cerca de quarenta e cinco meses antes do vencimento da cédula de crédito rural.

Incide, pois, a vedação explicitamente traçada pelos artigos antes compilados. De todo ilegal a prática de renovação automática de crédito, garantida por cédula rural pignoratícia, como pretendido pelo recorrente em voga. Note-se que a situação subsume-se a óbice expressamente veiculado por lei ordinária, que, à evidência, sobrepõe-se hierarquicamente a eventuais resoluções ou recomendações de órgãos gestores do sistema financeiro pátrio.

Acesso ao Sumário

Idêntica orientação está de todo sedimentada por este Egrégio Conselho Superior da Magistratura:

"Registro de Imóveis – Recusa de ingresso de cédula rural pignoratícia – Prazo de garantia dissociado do prazo de vencimento da obrigação – Impossibilidade – Precedentes desse Conselho – Apelação desprovida." (Apelação Cível 0006933-25.2014.8.26.0575, Rel. Des. Pereira Calças, j. 2/6/16, com citação de diversos outros julgados no mesmo sentido)

Bem postada a recusa do Sr. Oficial, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0023897-25.2015.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante OLINDA COMÉRCIO E PARTICIPAÇÃO LTDA., é apelado 1º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE SANTO ANDRÉ.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, v.u. Declarará voto convergente o Desembargador Ricardo Dip.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto nº 29.535)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, RICARDO DIP e SALLES ABREU.

São Paulo, 15 de setembro de 2016.

PEREIRA CALÇAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida – Carta de Arrematação – Ordens de indisponibilidade emanadas de Juízos diversos daquele em que arrematado o imóvel – Provimento 39/14 do CNJ que, em seu artigo 16, permite o registro, ainda que faça alusão à menção, na carta de arrematação, de "prevalência da alienação judicial em relação à restrição oriunda de outro juízo" – Prescindibilidade de previsão expressa – Prevalência ínsita à própria expedição da carta de arrematação – Entendimento pacífico e reiterado deste Conselho Superior da Magistratura – Precedentes das Câmaras de Direito Privado e de Direito Público deste E. TJSP, bem como do C. STJ – Dúvida improcedente – Recurso provido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação tirado de r. sentença do MM. Juiz Corregedor Permanente do 1º Oficial de Registro de Imóveis e Anexos de Santo André, que julgou procedente dúvida suscitada para o fim de obstar registro de carta de arrematação, referente a imóvel sobre o qual recaem ordens judiciais de indisponibilidade, emanadas de Juízos distintos daquele em que havida a arrematação.

O apelante afirma, em síntese, que o artigo 16 do Provimento 39/14 do

CNJ merece interpretação diversa daquela que lhe deu o MM. Juízo singular, a viabilizar o registro obstado. Versa sobre a preferência legalmente atribuída ao crédito trabalhista, que originou a execução em que realizada a hasta.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

À luz do artigo 16 do Provimento 39/14 do E. CNJ:

> "As indisponibilidades averbadas nos termos deste Provimento e as decorrentes do § 1º, do art. 53, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, não impedem a inscrição de constrições judiciais, assim como não impedem o registro da alienação judicial do imóvel desde que a alienação seja oriunda do juízo que determinou a indisponibilidade, ou a que distribuído o inquérito civil público e a posterior ação desse decorrente, ou que consignado no título judicial a prevalência da alienação judicial em relação à restrição oriunda de outro juízo ou autoridade administrativa a que foi dada ciência da execução.
>
> **Parágrafo único**. Consistindo eventual exigência para o registro de alienação judicial de imóvel atingido por ordem de indisponibilidade na falta de indicação, no título, da prevalência da alienação judicial em relação à restrição oriunda de outro juízo ou autoridade administrativa a que foi dada ciência da execução, será o fato comunicado ao Juízo que expediu o título de alienação, visando sua complementação, ficando prorrogada a prenotação por 30 dias contados da efetivação dessa comunicação."

Consoante se verifica da parte inicial do caput do art. 16, ordens judiciais de indisponibilidade não impedem que se providencie válida alienação judicial do imóvel, com respectivo registro. Esta, a regra. O dispositivo em voga prevê a condicionante de que a alienação tenha emanado do mesmo juízo que decretou a indisponibilidade, ou de que esteja "consignado no título judicial a prevalência da alienação judicial em relação à restrição oriunda de outro juízo ou autoridade administrativa a que foi dada ciência da execução".

Na específica hipótese dos autos, as ordens de indisponibilidade partiram dos MM. Juízos da 2ª Vara do Trabalho de São Bernardo do Campo, da 3ª Vara Cível da Comarca de Santo André, da 3ª Vara Federal da Comarca de Santo André e da 1ª Vara da Fazenda de São Bernardo do Campo. A arrematação, a seu turno, ocorreu em execução que tramitou perante a 3ª Vara do Trabalho de Santo André.

Apesar de os decretos de indisponibilidade advirem de Juízos distintos daquele que providenciou a alienação forçada, é de se amainar a necessidade de que a carta de arrematação contenha expressa menção de prevalência da venda judicial. Deveras, a preferência da alienação judicial sobre eventuais decretos de indisponibilidade é ínsita à expedição da carta de arrematação. A finalidade

Acesso ao Sumário

precípua da carta de arrematação é viabilizar o registro da venda forçada. Seria de todo incongruente que o Juízo em que efetuada a hasta pública expedisse carta de arrematação, se não fosse para que o arrematante pudesse levá-la a efetivo registro. Quando da ordem de expedição da carta de arrematação, o Juízo que providenciou a alienação já está afirmando, porque consequência imanente ao ato, que o respectivo registro há de ser efetuado, ainda que Juízo distinto tenha decretado a indisponibilidade do bem arrematado.

Note-se que o registro não trará, em tese, prejuízo àquele cuja demanda tenha ensejado o decreto de indisponibilidade. O crédito que possui sub-roga-se no preço da arrematação, sem alteração alguma na ordem de preferência.

Tampouco se olvide que o destinatário da determinação judicial de indisponibilidade é o próprio devedor. A ordem presta-se a obstar que o devedor, *sponte propria*, por alienação entre particulares, desfaça-se de seu patrimônio, furtando-se ao pagamento da dívida. Todavia, a ordem de indisponibilidade não impede a venda judicial do bem.

Há, aliás, expressa previsão em similar sentido, no item 405, do Capítulo XX, Tomo II, das NSCGJ:

> "As indisponibilidades averbadas nos termos do Provimento CG. 13/2012, e na forma do § 1º, do art. 53, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, não impedem a alienação, oneração e constrição judiciais do imóvel."

É, ademais, entendimento sedimentado por Este Egrégio Conselho Superior da Magistratura que eventual decreto judicial de indisponibilidade apenas diz respeito à venda voluntária do bem pelo devedor. Não impede que se o penhore, que se o leve à hasta, nem que se registre a alienação forçada.

> "REGISTRO DE IMÓVEIS – Título judicial – Carta de arrematação – Propriedade do imóvel em nome de terceiro estranho à execução – Falta de registro dos direitos dos executados no fólio real – Direito real de aquisição sobre o imóvel pertencente a terceiro – Vaga de garagem não especificada – Ofensa aos princípios registrais da continuidade, disponibilidade e da especialidade objetiva – **Averbação de indisponibilidade que não constitui óbice à alienação judicial** – Dúvida procedente – Recurso desprovido.
>
> Em arremate, a mencionada averbação n.º 1 também faz expressa alusão à indisponibilidade dos bens em nome do promitente comprador Sergio Saccab, averbada sob o n.º 6 na matrícula n.º 29.896 do 3.º RI desta Capital. Quanto a isso, entretanto, o obstáculo levantado pelo suscitante não merece prevalecer. Consoante orientação retirada do item 405 do Cap. XX das NSCGJ, tal indisponibilidade não impede a alienação, oneração e a constrição judicial do imóvel por ela atingido." (APELAÇÃO CÍVEL: 1077741-71.2015.8.26.0100, Rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, DJ 16/6/16)

Acesso ao Sumário

"Registro de Imóveis – dúvida – carta de arrematação – imóveis indisponíveis – penhora em execução fiscal a favor da Fazenda Nacional – recusa de registro com base no artigo 53, § 1°, lei 8.212/91 – alienação forçada – registro viável – recurso provido." (APELAÇÃO CÍVEL: 3000029-33.2013.8.26.0296, Rel. Des. Elliot AKEL, DJ 5/5/14)

"REGISTRO DE IMÓVEIS – dúvida inversa – imóvel penhorado com base no art. 53, § 1°, da Lei 8.212/91 – Indisponibilidade que obsta apenas a alienação voluntária – Possibilidade de registro da Carta de Arrematação – Recurso provido" (Apelação Cível n. 0004717-40.2010.8.26.0411 – Relator Desembargador Renato Nalini, DJ 27/8/12).

Para o mesmo Norte, aponta a remansosa jurisprudência das Câmaras de Direito Privado e de Direito Público desta Alta Corte Bandeirante:

"A decretação de indisponibilidade atinge apenas os atos voluntários do titular do bem, não o tornando impenhorável para outras execuções. Assim, o decreto de indisponibilidade do imóvel pela averbação na matrícula em desfavor do executado não é fato impeditivo para a realização da constrição.

De fato, a decretação de indisponibilidade de bens tem apenas a finalidade de impedir que o réu de determinada ação aliene ou grave por vontade própria seu patrimônio, esvaziando-o em prejuízo de eventuais credores, o que não impede que sobre ele também recaia penhora." (Agravo de Instrumento nº 2006767-64.2016.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Ponte Neto, j. 25/5/16)

"Agravo de instrumento – Ação de execução de título extrajudicial – Alegação de nulidade por ausência de fundamentação que não prospera – Decisão que esclareceu o motivo pelo qual indeferiu a penhora – Penhora – Indeferimento tendo em vista a indisponibilidade do bem, decorrente de execução promovida pela Fazenda Pública – Alegada possibilidade da constrição – Acolhimento – Indisponibilidade que impede tão somente atos de disposição do devedor, não obstando penhora do bem, nem alienação judicial – Necessidade de observância, apenas, da preferência do crédito fiscal – Recurso provido. (Agravo de Instrumento 2200292-45.2015.8.26.0000, Relator: Jacob Valente, 12ª Câmara de Direito Privado, j. 30/11/2015)

EXECUÇÃO. Decreto de indisponibilidade de bens proferido em ação civil pública não impede a penhora determinada em outras exceções movidas contra o mesmo devedor. Precedentes. RECURSO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento 2187730-04.2015.8.26.0000, Relator: Paulo Alcides, 6ª Câmara de Direito Privado, j. 02/10/2015).

Não bastasse, é a firme posição do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR. IMÓVEL PENHORADO EM EXECUÇÃO FISCAL. INDISPONIBILIDADE. ART. 53, § 1º, DA LEI 8.212/91. NOVA PENHORA EM OUTRO PROCESSO. POSSIBILIDADE. ARREMATAÇÃO.

Acesso ao Sumário

AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO CREDOR HIPOTECÁRIO. EFICÁCIA DO ATO FRENTE AO EXECUTADO E AO ARREMATANTE. ALIENAÇÃO JUDICIAL DE BEM PENHORADO. LAPSO TEMPORAL RAZOÁVEL ENTRE A AVALIAÇÃO DO BEM E A HASTA PÚBLICA. REAVALIAÇÃO. DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE. SIMPLES ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA.

A indisponibilidade de que trata o art. 53, § 1º, da Lei 8.212/91, refere-se à inviabilidade da alienação, pelo executado, do bem penhorado em execução movida pela Fazenda Pública, o que não impede que recaia nova penhora sobre o mesmo bem, em outra execução. Precedentes. (...) Agravo a que se nega provimento" (AgRg na MC nº 16.022/SP, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 27.4.2010).

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. PENHORA. INDISPONIBILIDADE. IMÓVEL PENHORADO EM EXECUTIVO FISCAL. ART. 53, § 1º, LEI 8.212/91. ALIENAÇÃO FORÇADA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 711 DO CPC.

I – A indisponibilidade a que se refere o art. 53, § 1º, da Lei nº 8.212/91, traduz-se na invalidade, em relação ao ente Fazendário, de qualquer ato de alienação do bem penhorado, praticado *sponte propria* pelo devedor-executado após a efetivação da constrição judicial.

II – É possível a alienação forçada do bem em decorrência da segunda penhora, realizada nos autos de execução proposta por particular, desde que resguardados, dentro do montante auferido, os valores atinentes ao crédito fazendário relativo ao primeiro gravame imposto." (RECURSO ESPECIAL Nº 512.398-SP (2003/0031765-1) RELATOR: MINISTRO FELIX FISCHER, j. 17/2/04)

Por todo o aduzido, dou provimento ao recurso, para viabilizar o registro do título.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 42.534)

1. Acompanhando o digno voto de Relatoria, provejo o recurso.

2. *Nihil novum sub sole*: no séc. XIX, a instituição do sistema hipotecário (1846) e, depois, do registro geral (1864) teve como um de seus principais escopos fazer desaparecer as *hipotecas ocultas e gerais de bens presentes e futuros*, que – é escusado dizer – embaraçavam não só a circulação negocial dos imóveis, mas ainda prejudicavam a eficácia das execuções forçadas, por implicarem confusão nos privilégios creditórios.

Ora, neste início do séc. XXI, fazem as vezes daqueles antigos "ônus" as **indisponibilidades**, que também visam a resguardar, do modo mais amplo possível, os mais variados interesses, à custa do tráfego jurídico (*vidē* PASSOS,

Acesso ao Sumário

Josué Modesto. *A arrematação no registro de imóveis*. 2.ed. São Paulo: RT, 2015, *passim*).

3. São casos de indisponibilidade (sem que este rol se pretenda exaustivo) os previstos:

(a) nos arts. 1.445 e 1.449 do Código Civil (inalienabilidade de animais e coisas empenhados, no **penhor pecuário, industrial e mercantil**);

(b) nos arts. 1.848 e 1.911 do Código Civil (**cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade**);

(c) no art. 185-A do Código Tributário Nacional (indisponibilidade dos **bens do devedor tributário** que, citado, não paga nem apresenta bens à penhora no prazo legal);

(d) nos arts. 59 e 69 do Dec.-lei n. 167, de 14-02-1967 (inalienabilidade e impenhorabilidade dos **bens vinculados a cédulas de crédito rural**);

(e) no art. 59 do Dec. n. 60.459, de 13-3-1967 (regulamento do Dec.-lei n. 73, de 21-11-1966), com a redação dada pelo art. 1º do Dec. n. 6.643, de 18-11-2008 (inalienabilidade das **reservas técnicas e fundos das seguradoras**);

(f) no art. 36 da Lei n. 6.024, de 23-3-1974 (indisponibilidade de bens das instituições financeiras em regime de **liquidação extrajudicial**);

(g) no art. 5º da Lei 6.840, de 3-11-1980, combinado com o art. 57 do Dec.-lei 413, de 9-1-1969 (inalienabilidade dos bens vinculados a **cédula de crédito industrial e comercial**);

(h) no art. 1º, par. único, da Lei n. 8.004, de 14-3-1990 (proibição de **venda de imóvel hipotecado no regime do Sistema Financeiro da Habitação**);

(i) no § 1º do art. 53 da Lei n. 8.212, de 24-7-1991 (indisponibilidade dos bens penhorados em execução forçada da **dívida ativa da União, suas autarquias e fundações**);

(j) no art. 7º da Lei n. 8.429, de 02-6-1992 (indisponibilidade dos **bens de indiciado por ato de improbidade administrativa**);

(k) no art. 18 da Lei n. 8.929, de 22-8-1994 (impenhorabilidade de **bens vinculados à cédula de crédito rural**);

(l) no § 2º do art. 82 da Lei n. 11.101, de 09-02-2005 (indisponibilidade dos **bens particulares dos réus em ação de responsabilização**).

Além disso, referem-se os itens 11 (letra *b*, n. 23), 110.1, 110.3, 120.1, 124, 139 (letra *g*), 145 e 393-405 do cap. XX do tomo II das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, com remessa ao art. 247 da Lei n. 6.015/1973,

Acesso ao Sumário

a ordens administrativas e judiciais de indisponibilidade.

4. Em nenhum desses casos, todavia, há suficiente razão de direito para que a indisponibilidade constitua óbice à execução forçada, se esta estiver fundada em título com gradação de preferência igual ou mais elevada do que o crédito que ela se destine a tutelar.

Afinal, em quaisquer das hipóteses o beneficiário da indisponibilidade poderá exercer seu direito sobre o valor da arrematação, a qual, ademais, pode ser mesmo desfeita se houver desrespeito à ordem de preferências (inc. V do art. 889 do novo Código de Processo Civil, conjugado com o inc. III do art. 54 da Lei 13.097, de 19-1-2015).

Desta maneira, parece de menor eficácia – perante um contraste de dispositivo jurisdicional – o comando **administrativo** que condicione o registro *stricto sensu* de arrematação, em todo e qualquer caso, à expressiva referência de que a alienação judicial prevalecerá sobre a indisponibilidade que porventura exista sobre o prédio arrematado.

TERMOS EM QUE, dou provimento à apelação, acompanhando o correto r. voto de relatoria.

RICARDO DIP, Desembargador Presidente da Seção de Direito Público

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1059789-79.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MBL TECIDOS E CONFECÇÃO LTDA. ME e apelado 4º OFÍCIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto nº 29.532)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, RICARDO DIP e SALLES ABREU.

São Paulo, 20 de setembro de 2016.

PEREIRA CALÇAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Alienação fiduciária de bem imóvel – Mora do fiduciante – Pedido de intimação para purgação da mora, prenotado –

Acesso ao Sumário

Circunstância que impede o registro de contrato de locação, cujo protocolo é posterior – Fiduciante que, a partir da mora, não pode dispor sobre o bem – *Tempus regit actum* – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou procedente dúvida, impedindo o registro de contrato de locação do bem imóvel.

O entendimento do Oficial, albergado pela sentença, é no sentido de que, tendo havido prenotação do pedido de intimação do fiduciante, para purgação da mora, ele já não poderia registrar contrato de locação do bem, pois já perdera a disponibilidade sobre ele.

O recorrente afirma que, ao tempo em que elaborado o contrato, o fiduciante tinha plena disponibilidade sobre o bem e que a mera notificação, para purgação da mora, não lhe retira o *jus fruendi*. Diz, também, que o prazo do contrato era inferior a um ano, estando em consonância, portanto, com o art. 37-B, da Lei n. 9.514/97.

A D. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Dispõe o art. 37-B, da Lei n. 9.514/97: *Será considerada ineficaz, e sem qualquer efeito perante o fiduciário ou seus sucessores, a contratação ou a prorrogação de locação de imóvel alienado fiduciariamente por prazo superior a um ano sem concordância por escrito do fiduciário.*

Baseado nesse artigo, interpretado a contrário senso, o apelante entende que, sendo seu contrato de prazo inferior a um ano – 10 meses –, ele seria eficaz perante o fiduciário e, portanto, passível de registro.

Diz o apelante, também, que, ao tempo em que firmado o contrato, não havia pedido do fiduciário para a constituição em mora do fiduciante. E, mesmo havendo, isso não seria fator impeditivo do exercício do *jus fruendi*.

As razões do apelante, porém, não vingam.

Em primeiro lugar, o disposto no art. 37-B pressupõe adimplência do fiduciante. Pressupõe que ele não esteja em mora e, dessa forma, possa dispor sobre a posse do bem. Mas não é esse o caso do fiduciante em questão.

Ainda que, quando firmado o contrato, não houvesse mora (o que não se comprovou), ou pedido de intimação para sua purgação, na medida em que o contrato foi levado a registro, importa verificar a situação ao tempo desse registro: *tempus regit actum*, ou seja, o título se sujeita às condições vigentes ao

Acesso ao Sumário

tempo de sua apresentação a registro, pouco importando a data da celebração do negócio.

De acordo com a informação do Oficial, ao suscitar a dúvida, quando apresentado o título a registro, já estava prenotado o pedido de intimação do fiduciante para purgação da mora.

Ainda, sobre a mora, especificamente, Melhim Namem Chalhub, seguindo a lição de Orlando Gomes, observa:

"Na linha desses princípios, e fiel à natureza da propriedade resolúvel de que está investido o credor, o art. 26 da Lei 9.514/97 considera constituído em mora o devedor desde que vencida e não paga a dívida, prevendo que nessa hipótese opera-se a automática consolidação da propriedade no credor.

Não obstante, a Lei n. 9.514/97 exige que, depois do vencimento, o credor aguarde o decurso do prazo de carência que tiver sido pactuado no contrato e após expirado esse prazo emita comunicação ao devedor para que este satisfaça, 'no prazo de quinze dias (...) a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros...' (§ 1º do art. 26).

Importa notar que a interpelação do devedor 'é ato de vontade destinado apenas a dar ciência, porquanto os efeitos da mora decorrem do inadimplemento', não tendo a interpelação a função de suscitar os efeitos da mora, pois esta já terá ocorrido." (*Negócio Fiduciário*, Renovar, 4ª ed., p. 249).

Logo, operada a mora do fiduciante e, repita-se, já prenotado o requerimento para a sua intimação, a fim de purgá-la, é evidente que não poderia ser registrado o contrato de locação. O primeiro título prenotado é contraditório ao segundo. Esse deve aguardar a solução daquele. Em outras palavras, a segunda prenotação, do contrato de locação, só poderia desaguar em registro caso purgada a mora. Não purgada, consolidada a propriedade em poder do fiduciário, restou prejudicado o registro do contrato.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1107811-71.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ALLPARK EMPREENDIMENTOS, PARTICIPAÇÕES E SERVIÇOS S.A. (ESTAPAR), é apelado 10º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DA CAPITAL.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este

Acesso ao Sumário

Acórdão. **(Voto nº 29.526)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, RICARDO DIP e SALLES ABREU.

São Paulo, 20 de setembro de 2016.

PEREIRA CALÇAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: GARAGEM – CONDOMÍNIO COMERCIAL – VENDA A TERCEIROS – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE EXPRESSA AUTORIZAÇÃO NA CONVENÇÃO CONDOMINIAL – IMPEDIMENTO PREVISTO NO ART. 1.331, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação tirado de r. sentença que julgou procedente dúvida suscitada, para o fim de manter a recusa a registro de compra e venda de unidades condominiais de garagem, firmada ente condômino e terceiro, ao argumento de não constar, da convenção condominial, autorização expressa para que pessoas alheias ao condomínio adquiram vagas de garagem.

O apelante afirma, em síntese, que as vagas de garagem adquiridas são unidades autônomas, individuadas, de uso exclusivo, e situadas em prédio comercial, de modo que escapariam da regulamentação do artigo 1.331, § 1º, do Código Civil. Seria inexigível, assim, que a convenção condominial autorizasse a venda de vagas de garagens a terceiros.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

À luz do artigo 1.331, § 1º, do Código Civil:

"§ 1º As partes suscetíveis de utilização independente, tais como apartamentos, escritórios, salas, lojas e sobrelojas, com as respectivas frações ideais no solo e nas outras partes comuns, sujeitam-se a propriedade exclusiva, podendo ser alienadas e gravadas livremente por seus proprietários, **exceto os abrigos para veículos, que não poderão ser alienados ou alugados a pessoas estranhas ao condomínio, salvo autorização expressa na convenção de condomínio.**"

Para a alienação de vagas de garagem a terceiros, pessoas alheias ao condomínio, essencial que haja, na convenção condominial, autorização expressa. E afigura-se incontroverso que a apelante não seja proprietária de qualquer das unidades condominiais. Perante o condomínio, é, seguindo-se a

Acesso ao Sumário

dicção legal, "pessoa estranha".

Seria de rigor, pois, para validade do negócio jurídico em análise, que a venda de unidade de garagem a terceiros viesse expressamente autorizada pela convenção do condomínio aludido. Não obstante, o documento de fls. 42/132, elaborado, frise-se, mais de ano depois da entrada em vigor da atual redação do art. 1.331, § 1º, da Lei Civil, não contempla permissão alguma para tal. O silêncio, como resulta da norma retromencionada, há de ser tomado como óbice intransponível às pretensões da apelante.

O intuito do legislador parece ter sido o de aprimorar a segurança das unidades condominiais, ao vedar, ressalvado explícito consentimento na convenção, que pessoas a elas alheias circulassem pelo edifício apenas porque proprietárias de vagas de garagem. Assim é que se faz de todo irrelevante averiguar se o propósito do condomínio é residencial ou comercial. A regra em berlinda incide indistintamente, como, aliás, decorre da alusão a "apartamentos, escritórios, salas, lojas e sobrelojas", na parte inicial da respectiva redação.

Conforme os magistérios do eminente magistrado Francisco Eduardo Loureiro:

> "As limitações da parte final do § 1º alcançam apenas as vagas de garagem indeterminadas, **ou mesmo as vagas determinadas que se encontrem vinculadas a uma unidade autônoma principal, seja habitacional ou empresarial**.
>
> (...) A vedação à alienação ou locação das vagas de garagem a pessoas estranhas não é absoluta, pois pode ser admitida por expressa previsão da convenção de condomínio. **No silêncio, persiste a restrição**." (Código Civil Comentado, 7ª edição, SP: Manole, p. 1.340)

Nem se olvide que, previamente à alteração do artigo mencionado, a hipótese era regulada pelo art. 1.339, § 2º, do mesmo Diploma Legal, que se apresentava ainda mais restritivo, ao exigir, para alienação a terceiros de parte acessória da unidade, que a faculdade constasse do ato constitutivo do condomínio, e que a ela não se opusesse a assembleia geral. A regra vigente, todavia, segue impondo, em casos tais, expressa autorização havida na convenção condominial, ausente, reitere-se, na situação sob análise.

Novamente calham os ensinamentos de Francisco Eduardo Loureiro:

> "Ainda que tenha a garagem – ou outra parte acessória – matrícula, fração ideal de terreno e individualização própria, encontra-se a alienação a terceiros subordinada a requisito de autorização expressa na convenção de condomínio.
>
> (...) Prevalece a regra do art. 1.331, § 1º, lei posterior que trata da mesma matéria de alienação de vagas de garagem para terceiros estranhos ao condomínio" (op. cit., p. 1.367/1.368)"

Desta feita, bem postada a recusa do Sr. Oficial, nego provimento ao

NOTICIÁRIO

LUÍS SOARES DE MELLO NETO (Desembargador)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da inauguração do Retrato do Desembargador José Renato Nalini (biênio 2014-2015), na galeria de ex-presidentes. (Cerimônia realizada em 01.09.2016)

José Renato, querido amigo, eis-me, uma vez mais, por delegação respeitável do digno ***Presidente Paulo Dimas,*** **na fácil - *árdua,*** *é verdade e às vezes* – tarefa de falar de Vossa Excelência e para Vossa Excelência, como outras e tantas vezes já o fiz.

Fácil, porque você é pessoa gigantescamente **repleta** de predicados, mas tormentosa, por vezes, porque difícil selecionar **o que** exatamente buscar neste imenso arcabouço de virtudes de que você é portador, para se poder, **precisamente,** colocar.

De frente a essas dúvidas, revi e reli **diversas** falas que direcionei a Vossa Excelência, e dali busquei alguma coisa, mesclando com os sentimentos mais recentes, especialmente aqueles vivenciados em sua **feliz gestão** nesta Colenda Corte, hoje presidida pelo brilhante amigo ***Paulo Dimas.***

Por certo, pelo menos disso tenha certeza, **Zé Renato,** e isso já se lança ao nascedouro da fala, **jamais** texto algum estará ao nível de seu merecimento.

Conheci-o – *...e* ***como*** **o** ***tempo corre, querido amigo!!*** – já lá se vão mais de 36 anos, na sua querida e trabalhosa comarca de Jundiaí, ainda ao raiar de minha carreira, nesta gloriosa magistratura paulista.

Amigo dos amigos.

Se há algo que define você com tanta precisão, é isso.

Verdadeiro, sincero, dedicado, isto era, sempre foi e continuará persistente, traço **marcante e definitivamente prazeroso** de se cultuar em qualquer relação com você, desde **o primeiro contato.**

Porque você sabe, **José Renato,** como ninguém, conciliar, aproximar, aparar arestas, diminuir o fogo, sem apagar as chamas às vezes inevitáveis.

Amado pelos que o cercam, admirado por todos e até mesmo pelos que não o conhecem pessoalmente, sabe bem você a dimensão disto, sem que lhe toque o ego, a ponto de querer estrelar mais do que as próprias estrelas.

Ver simplicidade em você é **admirável e invejável,** sabendo-o **imensa e gigantescamente grande.**

Acesso ao Sumário

Homem de bem, justo, **extremamente justo,** na administração não pensa antes em nenhum juiz, sem antes lembrar dos funcionários.

Dos mais humildes aos mais graduados, dos mais simples ao mais qualificados. Sempre tem palavra de apego, carinho e amizade, a quem quer que lhe procure.

É um homem que se dedica e preserva efetivamente patrimônios morais, por isso que é nome sempre lembrado **por todos** para posições de destaque, mesmo após desvestida a toga, como agora se vê, na hercúlea missão de **Secretário da Educação do Estado de São Paulo.**

Orgulho para todos nós que a mente privilegiada deste homem verdadeiramente extraordinário e extremamente competente, e de uma visão criativa para muito além da comum, e com uma fertilidade brilhante e sem tamanho, estivesse na direção desta festejada Corte, em seu tempo de tanta e tamanha lucidez.

Onde esteve na vida, comandou, e de forma absolutamente invejável. Tem o **dom** do comando, da disciplina e da ordem.

Foi predestinado a isso.

Conhece, como ninguém, todos os assuntos que o cercam, de forma invejável e, **impressionante,** tem uma cultura geral tão vasta, mas tão vasta, que em qualquer assunto a que seja chamado, domina e passa a protagonizar a cena, em todos os sentidos, deixando a todos boquiabertos e felizes por poderem absorver o que há de culto e maravilhoso nesse homem inteligente para além da conta.

Em qualquer ambiente que esteja e sem jamais ser invasivo, passa a ter a liderança e captação das atenções, tão prazerosa que é sua fala, tão gostosa que é sua prosa, tão cativante que é a luz que emana de seus olhos.

Tanto por isso e costumeiramente, suas ações transcendem essa Corte querida e desde há muito, que já ainda muito jovem tornou-se membro da **Academia Paulista de Letras,** onde também ali esteve à testa e por muito tempo, exercendo a **Presidência.**

No **Tribunal de Alçada Criminal,** o querido **TACrim,** de saudosa memória, onde ocupou também os cargos de **Vice-Presidente** e **Presidente** daquela Corte, fez com que nós, os juízes de então de lá, e a própria sociedade paulistana, vivêssemos grande período de glória e glamourização, posto que nunca dantes se vira tantas e tantas palestras de gente de peso e importância, eventos, cerimônias e correlatos, sempre em prol da sociedade e seus juízes.

Aqui, na Corte Maior bandeirante, não bastou-lhe ser apenas um destacado e para lá de competente **Corregedor-Geral,** mas foi buscar e obteve, com todo o mérito, a **direção maior.**

Ama o que faz.

Ama o Judiciário e o Tribunal de Justiça. Verdadeiramente.

E isso é muito, muitíssimo nítido.

Cada ação que determina, cada movimento que faz, cada providência que procura, cada julgado que proferiu, teve a carga e ímpeto **idênticos** à da vibração de quando havia entrado na carreira.

É um moço, enfim e ainda, com idêntica e exata intensidade de vibração tal qual possuía no mesmo dia em que passou a exercer há tantos e tantos anos funções públicas.

É desses predestinados, não se tem dúvida mínima ao se afirmar isso, a quem a Providência encarrega a liderança, a condução e a segurança para os dirigidos, que se sentem aninhados pela sempre boa e profícua administração.

Homem sempre preocupado em governar mostrando aproximação não só para com aqueles que dirige, como e mais ainda para com a sociedade destinatária, como um todo, deixa certo, ao mínimo contato que com ele se tenha, que dentro da toga reside um ser humano extremamente **bom, carinhoso, extremadamente sensível, mortal** e **exatamente** igual àqueles a quem a Justiça se destina.

Sua lucidez tremenda e descortínio invulgar, aliados à simplicidade própria da natureza dos grandes homens, deixa tranquilos aqueles que dele dependem.

Extremamente solícito, invariavelmente simpático e atento a todos que o procuram, trata a esses como iguais, e sente-se, a qualquer palavra com ele, e seja quem for, sua invariável dedicação à causa daqueles que o buscam, seja para o que for.

Mesmo ao mais simples cidadão, ao mais humilde funcionário, sua palavra é indubitavelmente acolhedora e os problemas que se lhe oferecem se tornam tão importantes como o são ao interlocutor, o que faz com que aquele que é atendido se sinta tão importante como o próprio **Presidente do Tribunal.**

Dotado igualmente de um humor característico dos grandes homens, jamais se o enxerga cabisbaixo ou tristonho, ao contrário, mesmo diante das adversidades.

Ao final, sempre tem a boa solução para tudo.

Está sempre disposto, bem animado, contente e com semblante invariavelmente alegre e cordial, ainda e mesmo que fatigado.

Pai especialmente exemplar, marido querido e avô dos melhores, interessa-se pela família também e sempre na mesma medida que o faz no meio profissional, dando a certeza a todos aqueles que com ele convivem, da sensação

Acesso ao Sumário

do aconchego, da paz e da tranquilidade.

Privar com esse homem justo e maravilhoso, como o faço há quase 37 anos, é privilégio dos mais importantes de minha vida, que em grande parte é moldada nos exemplos que ele expõe e escancara a quem com ele convive.

Sua passagem por aqui, **José Renato,** será inesquecível.

Não a olvidarão os magistrados, não a esquecerão os servidores e não a esquecerão cada parede, cada janela, cada porta, cada um destes corredores ou salas deste prédio frondoso.

Desnecessário elencar a série enorme e polpuda de suas realizações em sua feliz gestão, **Presidente Nalini,** ainda e porque o momento é mais de agradecimento pelos seus feitos, e para tocar seu coração, nada obstante o registro de que você trouxe muita, mas **muita modernização** a este Tribunal, notadamente na área de informática, como o ***100% digital,*** de que tive e ainda tenho a honra de participar, hoje totalmente implantado e mantido – *a duras penas,* é certo.

Enfim, amigo querido.

Obrigado pela sua amizade, pela sua gestão e pela sua dedicação à causa da Justiça, e tenho certeza que o faço não apenas em meu nome, mas no de todos os direcionários da prestação jurisdicional e do fruto de seu trabalho.

Que o nosso bom Deus continue a iluminar sua estrela brilhante e invejável. Que a vida só lhe traga o que há de bom e de melhor.

Que ela lhe reserve o lugar dos bons.

E que a sua vida, junto àqueles que o amam, seja e continue a ser recheada de felicidade.

Se eu e todos os que o admiram e o amam pudermos seguir o seu ***modelo*** de homem de bem, brilhantíssimo administrador, jurista de proa e pai de família exemplar, tenha certeza de que todos irão se sentir felizes e realizados.

Deus o proteja amigo **José Renato.**

E que Ele continue a guiá-lo pelas estradas do bem, exatamente porque a sociedade precisa, efetivamente, de você.

Termino, com uma certeza.

Não tenho a mínima dúvida, **Zé Renato,** que a sempre gentil, doce e querida ***Dona Benedicta,*** e também o ***Sr. Baptista Nalini,*** que tenho certeza estão a seu lado e em sua presença todos os segundos de sua vida, e que hoje ocupam certamente um tranquilo e especial lugar, neste momento, junto ao Criador, continuam a ter um orgulho *danado,* como sempre tiveram, deste filho maravilhoso e que só trouxe alegria e emoção aos pais queridos, cuja **forja precisa** sempre ecoou e ainda vai ecoar não só em você, mas em todos os seus

descendentes, até o último dos seus dias.

Muito obrigado, **Zé Renato** e a todos, pela honra de me ouvirem.

JOSÉ RENATO NALINI (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião da inauguração de seu retrato na galeria de ex-presidentes do Tribunal de Justiça (Cerimônia realizada em 01.09.2016)

DISCURSO DE DESCERRAMENTO DO RETRATO NA GALERIA DE EX-PRESIDENTES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO - 1º/IX/2016

Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente, PAULO DIMAS DE BELLIS MASCARETTI, em cujo honrado nome saúdo todos os meus amigos, colegas, parceiros e autoridades.

Relutei em aceitar o insistente convite para o descerramento deste retrato. É que, inconscientemente, ele simboliza a derradeira despedida, o desligamento sem volta e sem apelo do glorioso Poder Judiciário de São Paulo.

Era inevitável, contudo, que eu aqui estivesse e me dispusesse a ocupar este espaço memorial, juntamente com os demais venturosos ex-Presidentes do Tribunal de Justiça de nosso Estado.

É a oportunidade para reiterar minha gratidão a todos quantos contribuíram para que neste ambiente eu permanecesse durante os quarenta mais felizes anos de minha existência.

Foi nesta sala que me submeti aos exames orais do 142º Concurso de Ingresso à Magistratura; foi no recinto nobre do "Salão Ministro Costa Manso" que tomei posse em 19.8.1976, relutando em me exonerar do amado Ministério Público, no qual permaneci, idealista e entusiasta, desde 13 de janeiro de 1973.

Aqui aprendi a vivenciar a jurisdição em todas as suas expressões. Neste mesmo Palácio substituí em Varas Criminais, depois fui assessor da Corregedoria Geral, na gestão memorável do Desembargador Sylvio do Amaral, assessorei duas Presidências, os legendários Desembargadores Nereu César de Moraes e Aniceto Lopes Aliende.

Aprendi muito com esses luminares, mais os notáveis Desembargadores Antonio Carlos Alves Braga, com quem trabalhei em várias comissões, notadamente no concurso de acesso e promoção à carreira extrajudicial, Marcos Nogueira Garcez e Young da Costa Manso. Curiosamente, foi a meiga D. Vera Maria Brandão Teixeira da Costa Manso quem primeiro vaticinou que eu seria um dia Presidente do Tribunal. Honra que me parecia utópica, inviável e remota.

Fui muito feliz no saudoso e extinto Tribunal de Alçada Criminal, modelo de gestão racional, enxuta e inteligente, no qual cheguei a ser Vice-Presidente e Presidente. Último desembargador promovido, ao lado de Ary Casagrande, antes da grande unificação da Segunda Instância em 2005, meu centro de atividades marcou o retorno a este esplêndido Palácio, no qual estive nestes últimos doze anos.

Presidir o 6º Concurso de Ingresso e Promoção à carreira das delegações extrajudiciais, integrar a Banca do 180º Concurso de Ingresso à Magistratura, depois presidir o 183º Concurso de Ingresso, ser eleito para o Colendo Órgão Especial, integrar a Câmara Especial, depois Câmara Reservada ao Meio Ambiente, foi tudo tão rápido e surpreendente, que me impregnou de feliz devoção e encantamento.

Tudo fiz com verdadeiro amor. A Magistratura foi a paixão da minha vida. Ofereci-me a desempenhar atribuições relevantes, como a Corregedoria Geral da Justiça e, em seguida, a mais elevada função, a Presidência do Poder Judiciário, compenetrado de que a responsabilidade era enorme e que eu precisava corresponder àqueles que em mim confiaram e que, generosamente, me honraram ao me escolher.

Sempre recebi da Providência, da família de sangue e da grande família escolhida que são os amigos, muito mais do que mereci e mereço. Foi muito rápida, efêmera e fugaz, a permanência nos cargos, nas funções, no convívio, na tentativa de muito fazer e nem sempre consciente de que existem barreiras naturais. Intransponíveis, quanta vez, por maior seja o empenho do gestor.

Só posso afirmar que tentei fazer o melhor. Congregar, somar, chamar todos a dividirem comigo esse árduo embate. Abri as portas da Justiça para a sociedade. Todos foram chamados a contribuir para a pacificação. O Conselho Interinstitucional foi uma conclamação a que a lucidez viesse a refletir sobre a excessiva judicialização e o crescente demandismo. Foi mais um passo concreto no chamamento à sociedade civil, para a implementação da prometida participação popular na administração da Justiça. Tentei envolver os maiores litigantes, incentivei a disseminação dos CEJUSCS. Os colegas foram solidários e parceiros. Procurei provê-los de condições, senão as ideais, ao menos as possíveis, para que o desempenho de sua missão de reduzir a angústia do jurisdicionado se concretizasse num ambiente saudável e fraterno.

Inúmeras Comissões e protagonismos individuais estiveram comigo a dar testemunho do devotamento com que se trata a Justiça em São Paulo. O clima de empatia que encontrei entre magistrados de primeiro grau e no respeitoso funcionalismo também foi enorme estímulo. Fui recebido com ternura até, em inúmeras comarcas. Encontrou eco favorável a insistência em honrar a memória dos antepassados, na celebração do Dia do Patrono e na denominação conferida a todos os Fóruns que ainda não haviam sido reservados aos nossos maiores.

O projeto cultural adquiriu relevância e repercutiu dentro e fora de

nossos espaços. As parcerias se multiplicaram, pois realizar o justo concreto, sob todas as suas modalidades, inclusive as pré e extra judiciais, é dever cívico de toda a cidadania. Sinto-me privilegiado por haver obtido apoio hábil a inaugurar a audiência de custódia, e aqui abro espaço para louvar as delegações extrajudiciais, sempre sensíveis à causa da Justiça, assim como para implementar a Digitalização 100%, a abrangente análise da vulnerabilidade de nossos próprios, que culminou com o Prêmio Mário Covas em 2015.

Com boa vontade, singeleza e transparência, procurei resgatar a lisura no relacionamento entre Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e advocacia e com todas as demais instituições públicas e privadas.

Nada fiz sozinho. Contei com a solidariedade do Egrégio Conselho Superior da Magistratura e do Colendo Órgão Especial e dispus de valorosa equipe de Juízes, numa pluralidade de concepções de serviço público, mas irmanada na oferta do trabalho diuturno, sério e consistente. E o que dizer de um funcionalismo da mais elevada estatura, Secretários que estão em condições de comandar setores os mais especializados em qualquer Governo ou na excelência da iniciativa privada? Vossa Excelência, Senhor Presidente, dispõe do melhor cerimonial e da melhor assessoria de Imprensa do Estado Brasileiro!

Mencionar os nomes que fizeram a gestão 2014/2015 revestir qualquer singular valia e distinção frente a qualquer outra, seria temerário. Asseguro que todos e cada qual têm lugar cativo em minha humilde gratidão. Mas não posso deixar de fazer referência ao Gabinete, fonte de perene apoio e de uma devoção comovedora. Em nome daqueles que estiveram em permanente vigília, o meu carinho à Secretária Cláudia Braccio Franco Martins e seu grupo fraterno, assim como ao Chefe de Gabinete, o meu querido poeta Paulo Bomfim. É uma glória poder contar com a poesia e a encantadora bondade do meu padrinho acadêmico e decano da centenária Academia Paulista de Letras durante essa peregrinação.

Muito devo também à Polícia Militar, que na gestão com que fui honrado foi confiada ao Coronel Washington Luiz Gonçalves Pestana, um dos mais brilhantes quadros da Instituição e que ora tem um comando compatível com seu talento. Não pude mantê-lo comigo, exatamente em virtude disso, mas não dispensei a continuidade dos préstimos de dois modelares integrantes da PM: o Capitão Eduardo Mosna Xavier e o cabo Jonathan Gisley da Cunha, ambos a me acompanhar nas atuais espinhosas incumbências.

Acesso ao Sumário

Levaria, se pudesse – e bem o tentei – todos os quadros da Magistratura para o desafio que um severo senso de dever e de insólita disposição ao sacrifício – ou quiçá a insensatez ou mesmo a insanidade – me fizeram aceitar. Em detrimento de cinco venturosos anos de convívio, arduamente conquistados, a serem desfrutados neste verdadeiro Paraíso que é o ambiente polido, respeitoso e mágico da Justiça bandeirante.

Decisão tomada, há de o restante de vida prosseguir, a despeito de revisões ou arrependimentos.

Só posso ratificar a Vossa Excelência, Desembargador PAULO DIMAS DE BELLIS MASCARETTI, meu jovem e dinâmico sucessor, que o Judiciário é um oásis de tranquilidade, se comparado às agruras a que o Executivo se vê hoje submetido, mercê de uma policrise que longe está de se diluir.

Transmita Vossa Excelência a todos os bem aventurados membros desta confraria sensível, consciente e lúcida, nicho amoroso onde deixo amados irmãos, que é urgente reservar um espaço em suas cogitações e em seu voluntariado, para que a educação pública do Brasil receba o reforço da família e da sociedade, como ordenou o constituinte de 1988 no pacto federativo, mais exatamente no artigo 205 da Constituição.

Em terreno adverso, verdadeiro campo minado, tento levar o meu acervo de boas experiências, de confiança na espécie e no gênero humano e de crescente e dolorosa saudade desta Instituição onde deixei coração e alma, e à qual, amorosamente, pertencerei até que meus dias terrenos cheguem a seu inevitável termo.

A Providência Divina continue presente nesta Casa e nos lares de todos os que a habitam e Deus lhes pague a todos!

DAGOBERTO JERONIMO DO NASCIMENTO (Juiz Diretor do Fórum)

Discurso proferido por ocasião da elevação da Comarca de São Caetano do Sul (Cerimônia realizada em 23.09.2016)

Excelentíssimo Senhor Desembargador **PAULO DIMAS DE BELLIS MASCARETTI,** digníssimo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;

Excelentíssimo Senhor Desembargador **JOSÉ BENEDITO FRANCO DE GODOI,** digníssimo Coordenador da 3ª Circunscrição Judiciária;

Excelentíssimo Senhor Desembargador **RENZO LEONARDI,** que neste ato representa o Presidente da Associação Paulista de Magistrados, Doutor **JAYME MARTINS DE OLIVEIRA NETO;**

Excelentíssimo Senhor Deputado Federal **ARNALDO FARIA DE SÁ;**

Excelentíssimo Senhor Deputado Estadual **ITAMAR BORGES;**

Excelentíssimo Senhor Prefeito Municipal de São Caetano do Sul, Doutor **PAULO NUNES PINHEIRO;**

Excelentíssimo Senhor Presidente da Câmara Municipal de São Caetano do Sul, **PAULO HIGINO BOTTURA**;

Excelentíssimo Senhor Doutor **SERGIO NOBORU SAKAGAWA,** Juiz de Direito da 3ª Vara Cível e Decano desta Comarca, na pessoa de quem cumprimento os demais Magistrados, Magistradas e Servidores que aqui trabalham;

Meus Senhores e minhas Senhoras;

Hoje é 23 de setembro de 2016 e estamos na aurora da primavera.

Para a nossa Comarca de São Caetano do Sul também é tempo de primavera. Sim, estação esta marcada pelo despertar mágico das flores, até onde então somente havia a dureza e a frieza do inverno.

E durante este, sabemos que quando a noite fica mais fria e mais escura é que se aproxima o raiar de um novo dia, o qual traz consigo a esperança renovada de que os intensos raios do Sol façam romper aquele estado de coisas, propiciando o surgir de flores em meio ao gelo ainda a derreter-se.

Para a Comarca de São Caetano do Sul, o seu inverno iniciou-se com a vigência da Lei Complementar nº 980, de 21 de dezembro de 2005, pela qual passou a ser classificada como Entrância Intermediária. Com isso, perdeu o *status* que até então ocupava em igualdade com as demais grandes Comarcas do Estado de São Paulo, então denominadas como Terceira Entrância e que se encontravam abaixo apenas da Comarca da Capital.

Com a devida vênia e sem a intenção aqui de individualizar responsabilidades, afirmo que se criou a partir de então, uma enorme e completa injustiça. Isso porque, não fosse somente a errônea reclassificação em si, os critérios então criados para a mudança administrativa desse estado de coisas, também prejudicaram por demais a Comarca de São Caetano do Sul, pois se basearam apenas no número de eleitores e na média quinquenal da distribuição anual de processos.

Dessa forma, a pujante São Caetano do Sul, que em 2005, segundo dados da Revista "***Valor Econômico"***[1], possuía renda *per capita* de US$ 16.500 (dezesseis mil e quinhentos dólares); renda familiar líquida média de R$ 2.212,00 (dois mil, duzentos e doze reais) e Produto Interno Bruto Municipal de US$ 2,3 bilhões de dólares, bem como que sempre abrigou demandas de idêntica complexidade e de altíssimos valores, ao exemplo do que acontece com a Capital e as demais comarcas circunvizinhas, todas já reclassificadas como Entrância Final, viu-se subjugada a uma situação de inferioridade e de impotência, por não conseguir fazer se ouvir, já que àquela altura, as poucas portas que se abriram, foram unânimes ao afirmar que nada podia ser feito.

Mas como um dia disse ***RICHARD BACH***, autor do romance, ***FERNÃO CAPELO GAIVOTA: "... A marca de sua ignorância é a profundidade da sua crença na injustiça e na tragédia. O que a lagarta chama de fim de mundo, o mestre chama de borboleta"***.

1 - Revista Livre Mercado, ed. 190, julho de 2005, págs.12/17.

Tínhamos então dois caminhos a seguir. Conformar-se com a injustiça ou lutar contra ela.

Sucedeu-se a partir daí uma longa e incansável luta que se arrastou por mais de dez anos e que por muitas vezes nos pareceu perdida.

Foram inúmeras as tentativas de reversão desse estado de coisas e incontáveis as desilusões.

Haja perseverança e paciência. Só para terem uma ideia, desde o primeiro instante em que a nossa Comarca foi incluída num Projeto de Lei como Entrância Final até o dia 17 de setembro p.p, quando finalmente entrou em vigor a Lei Complementar Estadual n° 1.274/2015, que a promoveu a esse *status*, passaram-se seis longos anos.

Mas o que agora importa, é que a vitória enfim chegou e que a JUSTIÇA foi restabelecida!

Porém, antes de comemorar, temos muito a agradecer àqueles que ao longo desses anos nos acompanharam nas peregrinações que fizemos.

Por isso, em nome do Poder Judiciário de São Caetano do Sul, quero agradecer à Presidência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não somente aos ilustres Presidentes que a ocuparam ao longo desses dez anos, mas também aos Juízes Assessores que sempre nos ouviram com muita paciência, dentre os quais ressalto a presença aqui hoje do Doutor JOSÉ MARIA CÂMARA JÚNIOR, do Doutor RÉGIS CASTILHO BARBOSA FILHO e do Doutor FERNANDO FIGUEIREDO BARTOLETTI.

Temos ainda que agradecer à Associação Paulista de Magistrados, à Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, à Câmara dos Deputados do Brasil, ao Ministério Público do Estado de São Paulo, à Câmara Municipal de São Caetano do Sul, à Subsecção local da Ordem dos Advogados do Brasil e à Prefeitura Municipal de São Caetano do Sul, tanto na pessoa do atual Prefeito Municipal, Dr. PAULO NUNES PINHEIRO, como na de seu antecessor, JOSÉ AURICHIO JUNIOR, que aqui também se faz presente e que muito nos ajudaram nessa conquista.

De igual modo, agradeço aos meus colegas Juízes e Juízas desta Comarca, aos zelosos servidores da Justiça de São Caetano do Sul e ao nosso Juiz Decano, SÉRGIO NOBORU SAKAGAWA, eterno companheiro desta e de tantas outras lutas.

E, de forma muito particular, peço vênia, para agradecer ao Desembargador WILLIAN ROBERTO DE CAMPOS, que aqui também se encontra e que – além de ser o meu Eterno Mestre – compareceu a todas as reuniões havidas ao longo desses anos, para a elevação de nossa Comarca à Entrância Final.

E como não podia deixar de ser, agradeço muito à minha amada esposa VANDA, que ilumina a minha vida, que tão bem me faz e que me apoia sempre,

principalmente nos momentos mais difíceis.

Vamos então comemorar e saborear o doce gosto da vitória!!!

Entretanto, como tudo na vida é um constante recomeço, agora que essa batalha foi vencida, existem ainda muitas outras que temos que enfrentar.

Observo, porém, que a mais difícil delas é a crise moral e ética pela qual passa o nosso país, cuja gravidade é tão acentuada ao ponto de comprometer a credibilidade das instituições, inclusive a do nosso Poder Judiciário.

E, embora seja Poder Judiciário composto em sua esmagadora maioria por pessoas sérias, honestas e completamente devotadas com a distribuição da JUSTIÇA; que muito já esteja sendo feito pelos Tribunais de todo o Brasil, para melhoraria da prestação jurisdicional; penso que é necessário algo a mais para reverter esse lamentável estado de coisas.

E, a respeito do que vou dizer, desde já, peço licença aos críticos de plantão, até porque não tenho aqui a pretensão da unanimidade. Quero apenas expressar um pensamento pessoal, com o único intuito de suscitar uma reflexão sobre o tema.

Penso que a reversão dessa situação somente será possível com muito trabalho, dedicação, ética, seriedade e, principalmente, mudança de comportamento.

Sim, é preciso e é hora de romper definitivamente com velhos hábitos.

E digo isso, porque o Direito é, sem dúvida, uma ciência instigante e envolvente, de modo que sempre provoca discussões acaloradas.

Porém, resguardadas as exceções dos casos mais complexos e que exigem uma análise mais profunda, o processo não é local para o desenvolvimento de teses jurídicas. A enorme demanda de feitos a que estamos sujeitos não mais permite a prolixidade, tanto dos Julgadores, como dos Advogados e todos demais que interveem nos processos. Hoje, em absoluto, não há mais espaço para aquela velha maneira burocrática e excessivamente formal de dar andamento às lides forenses.

Creio que também precisamos mostrar aos Legisladores que são necessárias leis objetivas, práticas e simples para que se possa dar efetiva celeridade aos processos, assegurando sim, o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem, contudo, eternizar no tempo essas garantias constitucionais, como hoje infelizmente ocorre.

E isso, meus caros, é obrigação de todos que integram o Poder Judiciário.

Saibam, porém, que é absolutamente irrelevante o tamanho do gesto de cada qual, pois o que realmente importa é que ele efetivamente exista.

As maiores conquistas do mundo, sem exceção, foram alcançadas por

meio de pequenos gestos que se somaram, se agigantaram e transformaram os destinos da humanidade.

Por isso, diante dessa batalha presente, ao exemplo do que disse inicialmente, temos sempre duas atitudes a seguir. Resta saber se vamos nos comportar como a lagarta ou como o Mestre.

Entretanto, o mais importante é não esquecer que estamos aqui para servir e não para ser servidos; que não percamos nunca o fervor dos primeiros dias e que jamais nos apartemos do ideal de JUSTIÇA, do qual por obra de DEUS, fomos chamados a distribuí-la.

Aqui, mais que um prédio que comporta cartórios, repartições administrativas e varas judiciais, é a CASA DA JUSTIÇA!!!

E como um dia disse o Desembargador WILLIAN ROBERTO DE CAMPOS:

– "Esta, pois, é a casa da Justiça, lar dos cidadãos, única semente do futuro alicerçada nos exemplos do passado. Quando todos os outros templos cerrarem suas portas, aqui haverá de estar, serena e vigilante, uma deusa que carrega uma balança.

Tem os olhos vendados para a pobre e parca superioridade que uns homens pretendem ter contra outros. Tem os olhos vendados para não se deixar guiar pelas aparências.

A tudo vê, no entanto. É extrema a sua sensibilidade. Sabe que além do pó dos nossos corpos restará a Justiça sobre a terra. Sabe que os atos são maiores que os homens e que os atos dos justos é o que os fazem deuses...".

Muito obrigado a todos!

Homenagem ao Presidente do Tribunal de Justiça, proferida por ocasião da elevação da Comarca de São Caetano do Sul (Cerimônia realizada em 23.09.2016)

Excelentíssimo Senhor Presidente PAULO DIMAS DE BELLIS MASCARETTI

Quero externar aqui a nossa alegria, pela feliz providência do destino, que quis que hoje neste momento de festa e de celebração para a nossa Comarca, fosse Vossa Excelência a comandá-la como Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Sim, porque Vossa Excelência foi testemunha e protagonista dessa luta,

porquanto por várias vezes, seja como Presidente da APAMAGIS, seja como integrante do Órgão Especial acompanhou-nos em muitas reuniões e agora nos propicia a celebração da festa da vitória!

Mas creia, Senhor Presidente, que a nossa maior alegria é ver que Vossa Excelência nunca deixou de ser o PAULO DIMAS de sempre. Atencioso, educado, democrático, lhano no trato, mas muito firme na luta por suas convicções, as quais visam sempre ao melhor para o Poder Judiciário Bandeirante e Nacional!!!

Parabéns, Presidente PAULO DIMAS!!! Receba aqui, os nossos sinceros agradecimentos, que queremos materializar e eternizar nesta singela placa alusiva que lhe passo às mãos.

PAULO DIMAS DE BELLIS MASCARETTI (Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso proferido em homenagem ao Poeta Paulo Bomfim, na outorga da medalha Paulo Bomfim – Príncipe dos Poetas (Cerimônia realizada em 29.09.2016)

Quem é Paulo Bomfim para a Justiça de São Paulo?

Ele conheceu cedo a Justiça. Começou auxiliando juiz de menores e passou por vários cargos. Foi assessor especial da Presidência, secretário de cerimonial, relações públicas e chefe de gabinete. Para o ele, o Tribunal de Justiça se resume na 'família espiritual'. "Ir ao tribunal é ver minha gente", disse certa vez e repete com frequência.

É o único homenageado no Tribunal de Justiça que, em vida, recebeu uma sala com o seu nome. Inaugurado em 2009, o "Espaço Cultural Poeta Paulo Bomfim" abriga o seu acervo pessoal (medalhas, livros, honrarias e cópia de seu retrato feito pela artista Anita Malfatti). Há, ainda, peças, utensílios e uniformes que pertenceram aos combatentes da Revolução Constitucionalista de 32. Quem por ali passa tem verdadeira aula!

Motivo de orgulho para o Judiciário paulista, ainda hoje, aos 90 anos na ativa – 75 deles dedicados à literatura e mais de meio século ao TJSP – Paulo Bomfim, recebeu, em 2012, o "Colar do Mérito Judiciário".

Sua história com o TJSP começou cedo. Ainda menino, na década de 30, ia com seu pai ao Palácio da Justiça, em construção, visitar o arquiteto Ricardo Severo que, com a morte de Ramos de Azevedo, assumiu as obras. Na década de 60, foi convidado pelo juiz de menores Aldo de Assis Dias para trabalhar

Acesso ao Sumário

nas comissões de cinema, rádio, televisão e teatro, em que atuou até 1970, quando saiu para trabalhar como presidente do Conselho Estadual da Cultura. Em 1973 retornou à Instituição como assessor a convite do então presidente, desembargador José Carlos de Oliveira.

É dele a letra dos hinos da Associação Paulista de Magistrados, Escola Paulista da Magistratura e Tribunal de Justiça, que em um trecho diz: "Tribunal, Tribunal de Justiça / Sobra a espada da Lei a balança / É o Saber que se faz Julgamento / É sentença que é sol de esperança".

Sua contribuição ao Museu da Corte é incalculável, não somente pelas peças que doou ao acervo, mas também por sua bagagem histórica que tanto auxiliou na montagem de exposições. Memórias não lhe faltam! Conta histórias da revolução de 32, do Judiciário, de figuras ilustres de São Paulo e do Brasil, de sua Academia Paulista de Letras (da qual é decano) como se tivessem acontecido ontem.

Mas... Para muitos, um dos maiores atributos de Paulo Bomfim é sua personalidade. Quem cruza com o poeta nesses corredores é brindado com sua simpatia e suprema educação. Atenção e sorriso são constantes.

EVERALDO DE MELO COLOMBI (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião da posse dos aprovados no 186º Concurso de Ingresso na Magistratura (Solenidade realizada em 04.10.2016)

Boa tarde, Senhoras e Senhores!

É com muita alegria e firme convicção de dever cumprido que cumprimento a todos. Saúdo o Exmo. Sr. Dr. Paulo Dimas Mascaretti, Digníssimo Desembargador Presidente deste Egrégio Tribunal de Justiça, em cujo nome reverencio as demais autoridades aqui presentes. Agradeço aos verdadeiros artífices desta jornada, meus inestimáveis colegas de banca, os doutos Srs. Marco Antonio Marques da Silva, Luís Francisco Aguilar Cortez, Renato Rangel Desinano, Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto e respectivos suplentes Roberto Caruso Costabile e Solimene, Paulo Sérgio Brant de Carvalho Galizia, Sérgio Seiji Shimura, Newton de Oliveira Neves, Lígia Cristina de Araújo Bisogni, Maria Cristina Cotrofe Biasi e Camilla do Vale Jimene; a todos os integrantes do SEMA (Serviço de Concurso de Ingresso na Magistratura), não esquecendo os demais funcionários, aqui tão bem representados por Patrícia Alonso.

De plano, gostaria de deixar claro que a nossa intenção inicial era o

aproveitamento das 217 vagas constantes do edital, mas, infelizmente, não foi possível. Temos um compromisso maior com a Magistratura Bandeirante. Nesse compromisso, a ética, moral e justiça nos impedem de sermos excessivamente condescendentes, pois, em última análise, os juízes hoje empossados serão os responsáveis pela continuidade do exercício jurisdicional.

Somos todos vencedores! Não só os aprovados neste concurso, mas todos os demais, que aqui estão pelas diversas escolhas que fizeram ao longo dessa jornada de vida, cada qual enfrentando a seu modo os percalços nela encontrados.

Aos aprovados, em especial, este é um dia de glória! É a conclusão de um período de firme dedicação, séria abstenção, de muita garra. Vocês venceram uma grande batalha, se credenciando a enfrentar outros desafios, que fatalmente surgirão. É um momento, no entanto, que não deve ser entendido como um fim. Não, não é um fim. É apenas o começo de uma linda e árdua caminhada rumo ao aperfeiçoamento.

Não somos e nunca seremos perfeitos. Devemos, porém, sempre almejar a perfeição, para que nosso trabalho tenha um sentido. Um serviço bem executado não se alcança sem que haja dedicação e busca por aprimoramento de nossas qualidades. Mas nem sempre o resultado pode ser primoroso, espetacular, digno de nota. No cotidiano profissional, muitas situações podem se repetir. Nenhum processo, porém, deve ser analisado de forma autômata, fria. Por trás deles, há pessoas e um coração a pulsar. Pessoas que necessitam da nossa decisão. Para um "sim" ou para um "não", uma resposta que possa trazer pacificação ao espírito.

Devemos ser humildes sempre, porque não se pode almejar a perfeição sem que tenhamos algo a aprender. Quem acredita que sabe tudo não enxerga o que está à sua volta. Ser humildes, porque não somos melhores que o outro. Somos um simples complemento de um grupo maior, que envolve a todos que estão ao nosso redor (partes, funcionários, advogados, delegados, promotores etc.). A soberba é inimiga da perfeição.

Acesso ao Sumário

Busquem aplicar o direito com serenidade. Procurem sempre se aperfeiçoar como seres humanos e profissionais. A melhor solução é a que reflete a bondade, o equilíbrio e a justiça.

Não temam a decisão. Decidir não é fácil e nem nunca será. Por isso, repetimos: são vidas por trás de cada caso. É um trabalho interno, intenso, que precisa ser próspero. Juízes que não têm capacidade de decidir se esquecem que a demora é uma faca que dilacera a esperança. Os jurisdicionados não merecem isso. Dizer o direito a destempo é ir matando, aos poucos, a verdadeira justiça...

Sejam bons, mas não condescendentes com a má-fé; procurem sempre a decisão que mais se amolda à justiça, à ética, à moral; prefiram o justo ao legal; lembrem-se de que a lei exige interpretações consonantes com os princípios

gerais do direito; trabalhem arduamente para que a morosidade da Justiça seja um capítulo ultrapassado.

Pondere-se, por fim, que tal qual ocorre em nossas próprias vidas, no dia-a-dia da magistratura nem sempre haverá sol. Com a tempestade irremediavelmente surge a lama. Não nos fixemos, contudo, nela. Lembremos a máxima segundo a qual: "dois presidiários olharam através das grades da prisão. Um olhou o chão e viu a lama. O outro olhou o céu e viu as estrelas."

Que a vossa trajetória seja uma constante busca da luz das estrelas...

Sejam todos muito bem-vindos!

AUGUSTO RACHID REIS BITTENCOURT SILVA (Juiz de Direito)

Discurso proferido em nome dos aprovados no 186º Concurso de Ingresso na Magistratura, em que foi o primeiro colocado (Solenidade realizada em 04.10.2016)

Excelentíssimo Senhor Desembargador PAULO DIMAS DE BELLIS MASCARETTI, digníssimo Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, na pessoa de quem cumprimento todos os membros da mesa e as demais autoridades presentes,

Queridos familiares e amigos,

Caros colegas juízes substitutos, a quem tenho a honra de ora representar,

Senhoras e senhores,

Hoje é um dia de indescritível felicidade para os 77 novos juízes substitutos do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Após longo período em que nos privamos do convívio da família e dos amigos, dedicando-nos a extensas rotinas de estudos, logramos aprovação no concorrido concurso de ingresso na Magistratura do Estado de São Paulo.

E hoje tomamos posse no sonhado cargo. Ingressamos na magistratura pela honrosa porta do Tribunal de Justiça de São Paulo, o maior e o mais tradicional tribunal do Brasil, onde encontraremos grandes referências jurídicas e humanas nessa nova trajetória.

Como realizar sonhos nunca é fácil, conosco não foi diferente. Nenhum de nós nasceu magistrado, construímos nossa trajetória em longos anos de

estudos e abnegação. Cansaço e esgotamento foram ignorados. O caminho até aqui foi rigoroso. Prova objetiva. Provas discursivas. Provas de sentenças. Exames médicos. Exame psicotécnico. Prova oral. Prova de títulos. A cada fase, uma nova esperança. Perseveramos e aqui chegamos. Porque acreditamos.

Nos trouxe até aqui a vontade de fazer Justiça. Mas, o que é Justiça? A definição de KANT sempre me impressionou por seu forte conteúdo humanista e capacidade de traduzir o sentimento inato que todos temos sobre o que é justo: justiça é o dever absoluto que consiste em tratar cada ser humano com respeito, isto é, como um fim em si mesmo e não como meio para obtenção de algo.

É isto o que nos move: nossa fé inabalável na Humanidade e nos elevados propósitos da Justiça. Mais difícil que ser aprovado nesse rigoroso concurso público, certamente o exercício da magistratura, em busca de Justiça, exigirá o melhor de nós pelo resto de nossas vidas. Amamos a causa da Justiça e a serviremos o tempo que preciso for.

É esta missão que nós abraçamos a partir de agora. Exercer a magistratura num País em desenvolvimento, onde os mais elementares direitos humanos são sonegados de milhões de brasileiros famintos de fome, de educação, de saúde, onde a corrupção se apresenta como real ameaça à democracia, exige coragem, altivez e determinação. Não há lugar para os juízes que lavam as mãos na bacia de Pilatos. E o Tribunal de Justiça de São Paulo tem se destacado como guardião intransigente da cidadania, dos direitos humanos e da moralidade administrativa, servindo de inspiração a todos magistrados brasileiros.

Rememoro as palavras do Ministro CEZAR PELUSO a respeito dos juízes do Tribunal de Justiça de São Paulo, que disse "Entre vossos colegas mais velhos, ativos e inativos, só para me cingir a esta Casa, há não poucos que, sem garantias constitucionais, puseram em risco a vida e a condição funcional, para, sem alarde nem reconhecimento público, garantir, em mais de uma circunstância histórica adversa, nas forças de sua competência, a ordem jurídica, a liberdade dos cidadãos, a dignidade do cargo e a punição de funcionários poderosos que descambaram para a criminalidade mais abjecta".

Portanto, embora muito felizes com o ingresso na magistratura, não podemos deixar de expressar a inquietação que toma conta de nós, diante da elevada responsabilidade do cargo que passamos a ocupar. Sabemos que cada decisão proferida tem reflexos nas vidas das pessoas. Jamais poderemos encarar um processo como apenas mais um.

Além disso, cada ato nosso será fiscalizado, cada deslize não será só nosso, mas de todo o Poder Judiciário.

Por isso, caros colegas, é esperado de nós um padrão de conduta que exige de um juiz os predicados da sensatez, equilíbrio, serenidade, sensibilidade, educação, profundos conhecimentos jurídicos, ética e prudência. Um juiz

vocacionado não busca a magistratura pelo status, honra ou poder, ele a busca por vocação e amor à causa da Justiça.

O juiz deve exercer a magistratura com fé, amor, humildade e alto senso de Justiça.

Este é o nosso Norte.

Em lugar de vantagens, avultam-se deveres.

Nas palavras de Eduardo Couture, o "direito valerá, em um país e um momento histórico determinados, o que valham os juízes como homens". Diante de tamanha responsabilidade, nunca nos esqueçamos que ninguém nos pediu para sermos juízes. Nós escolhemos. E juro ao povo brasileiro que nós, novos juízes do Tribunal de Justiça de São Paulo, somos plenamente conscientes de nossa função social, dos nossos deveres constitucionais e institucionais, e honraremos essa toga centenária com muito trabalho, dedicação e lealdade. Nos esforçaremos para honrarmos os cargos que passamos a ocupar, batalhando para sermos os juízes que o povo de São Paulo precisa e merece.

Serviremos à causa da Justiça com abnegação a fim de garantirmos ao cidadão brasileiro um Poder Judiciário em eterno compromisso com o Direito e com a promoção da dignidade da pessoa humana.

É chegado o momento de agradecermos a todos aqueles que contribuíram para essa vitória:

Agradecemos à DEUS, que sempre conduziu nossos passos e soube o momento exato em que cada um de nós estava maduro para o exercício da magistratura.

Agradecemos ao Excelentíssimo Senhor Desembargador EVERALDO DE MELO COLOMBI, Presidente da Comissão do Concurso de Ingresso na Magistratura, em nome de quem cumprimentamos todos examinadores e servidores pelo desvelo na condução do concurso.

Agradecemos, todos nós empossandos, aos nossos Pais e Mães, que sempre destinaram todo amor e todo empenho para auxiliar-nos a realizar nossos sonhos, quase sempre recusando a realização dos seus próprios.

Agradecemos aos nossos cônjuges, companheiros, filhos, familiares e amigos, que compreenderam as incalculáveis horas de estudos, sempre engajados em manter em nós acesa a chama da coragem e da perseverança para chegarmos até aqui.

É difícil fazer esse agradecimento, pois não falo em nome próprio, mas em nome de todos os 77 juízes substitutos recémempossados. Somente cada um de nós e cada um de vocês sabe o que passamos para chegarmos até aqui, o quanto foi difícil e o quanto é merecido este agradecimento.

Passamos por momentos angustiantes, em que duvidamos da nossa capacidade e nos deixamos abater pelo medo de não conseguir. Nesses momentos, vocês estavam lá, nos dando o amor, a força e o apoio sem os quais não estaríamos aqui.

Aproveito para relatar como experiência pessoal que o meu pior momento foram as 24 horas que antecederam a prova oral. E me arrisco a dizer que aquela noite também foi muito difícil para muitos dos novos colegas.

Na prova oral, olhamos para trás e vemos o quanto investimos nesse sonho e o quanto estamos perto de alcançá-lo. Inevitavelmente surge o medo de por tudo a perder e ter que começar de novo.

Nesse momento, precisamos de alguém que nos chame à razão. Alguém que nos inspire com fé e nos ampare com amor. Assim como eu não teria conseguido sem o amor da minha amada esposa NAGILA e das minhas filhas HELOÍSA e ISABELA, todos juízes substitutos recém-empossados também não teriam conseguido sem o amor de vocês.

Muito obrigado.

CRISTIANO CANEZIN BARBOSA (Juiz Diretor do Fórum)

Discurso proferido por ocasião da elevação da Comarca Ourinhos (Cerimônia realizada em 10.10.2016)

Pronunciamento para Cerimônia de Elevação da Comarca de Ourinhos

Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, Excelentíssima Senhora Prefeita do Município de Ourinhos, Sra. Belkis Gonçalves Santos Fernandes, Excelentíssimo Senhor Deputado Federal, Capitão Augusto, nas pessoas de quem saúdo as demais autoridades presentes,

Senhoras e Senhores,

É com imenso prazer que nos reunimos hoje para comemorar a elevação da Comarca de Ourinhos a entrância final.

Até 2005, Ourinhos estava no mesmo patamar que as grandes comarcas paulistas, excepcionada a Capital, na estrutura judiciária do Estado de São Paulo. A partir da reestruturação ocorrida naquele ano, Ourinhos foi reclassificada como comarca de entrância intermediária e deixou de gozar do status equiparado que tinha a comarcas como Guarulhos, Campinas, São Bernardo do Campo, Santo

Acesso ao Sumário

André, Osasco, apenas para citar as maiores.

Desde então, iniciou-se uma campanha para recolocar Ourinhos, sede de Circunscrição Judiciária, destacado polo regional, numa situação de igualdade às grandes comarcas paulistas.

A luta não foi fácil. Foram várias as reuniões, com a cúpula do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com Deputados Estaduais, com Secretários de Estado, para demonstrar a necessidade de remodelar o formato implementado pela lei de 2005 e a legitimidade do pleito ourinhense.

Neste esforço, uniram-se diversas autoridades públicas locais e regionais, cujos nomes não menciono apenas por receio da memória falhar e, assim, cometer uma indesculpável injustiça.

Não estávamos sós nesta luta, outras Comarcas do Estado, como é o caso da nossa vizinha Assis, haviam sofrido o mesmo prejuízo e também se empenhavam a corrigir esta situação.

Passados dez anos de luta, finalmente, no ano passado, num esforço do Tribunal de Justiça, da Assembleia Legislativa do Estado, e do Governo Paulista, produziu-se a Lei Complementar 1.274/2015, que entrou em vigor no último dia 19 de setembro, e elevou a comarca de Ourinhos de entrância intermediária para final.

Esta conquista tem importância histórica. Agora, a comarca de Ourinhos ocupa o mais alto degrau da estrutura das comarcas do Judiciário Bandeirante, em pé de igualdade com a própria Capital do Estado.

O feito trará benefícios inegáveis para a comarca. Cito, como exemplo, a primazia na implantação de projetos como o novo modelo de segurança dos fóruns, como o cartório do futuro, os quais começarão a ser implementados pelas comarcas de entrância final, conforme anunciado pelo Tribunal de Justiça.

Além disso, e mais importante, a elevação da comarca de Ourinhos é um passo fundamental para conquista e instalação de novas varas judiciais, uma vez que a atual estrutura judiciária ourinhense é insuficiente para absorver, com a celeridade que a população deseja e merece, as demandas ajuizadas.

Por tudo isso, não poderíamos deixar passar em branco este marco tão importante. Era necessário um memorial para registrar e festejar este grande feito. Era necessário também agradecer e homenagear aqueles que, de uma forma ou de outra, com maior ou menor esforço, contribuíram para construção desta nova realidade.

Agradeço, portanto, ao Tribunal de Justiça de São Paulo, aqui representado pelo seu Presidente, o Desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, à Assembleia Legislativa do Estado, nas pessoas dos seus Deputados, ao

Governador do Estado de São Paulo, Dr. Geraldo Alckmin, pela elevação da comarca de Ourinhos.

Homenageio aos juízes e servidores do judiciário ourinhense, aos promotores de justiça, advogados públicos e privados militantes nesta comarca, que pessoalmente lutaram para esta conquista. Homenageio também aos Prefeitos, Deputados, Vereadores e demais autoridades públicas locais que diretamente se engajaram nesta luta.

Os jurisdicionados certamente colherão muitos benefícios nos anos vindouros. Todos que se empenharam para concretizar este sonho prestaram um relevante serviço público à Comarca de Ourinhos.

Muito obrigado.

MARKUS HENRIQUE TAVARES SILVA (Secretário Municipal de Negócios Jurídicos de Cesário Lange)

Discurso proferido por ocasião da instalação do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Cidade de Cesário Lange – Comarca de Tatuí (Cerimônia realizada em 21.10.2016)

Excelentíssimo Desembargador Dr. Paulo Dimas de Bellis Mascaretti – Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;

Excelentíssimo Dr. Fernando Bartoletti, Juiz – Chefe de Gabinete da Casa Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;

Excelentíssimo Sr. Ronaldo Pais de Camargo – Vice Prefeito representando o Prefeito Municipal;

Acesso ao Sumário

Excelentíssimo Luiz Madureira – Secretário Adjunto da Secretaria de Justiça do Estado de São Paulo;

Excelentíssima Dra. Lígia Cristina Beraldi Possas – MMª Juíza Diretora do Fórum da Comarca de Tatuí;

Excelentíssimo Dr. Marcelo Nalesso Salmaso – MM. Juiz de Direito Titular da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal, da Vara da Infância e Juventude e Juiz Coordenador do CEJUSC da Comarca de Tatuí;

Excelentíssima Dra. Renata Xavier da Silva Salmaso – MMª Juíza de Direito Titular da 1ª Vara Judicial e Juíza Coordenadora do CEJUSC da Comarca de Tietê;

Excelentíssimo Dr. Rubens Petersen Neto – MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Tatuí;

Excelentíssimo Dr. Fabrício Orpheu de Araújo – MM. Juiz da 2ª Vara Criminal da Comarca de Tatuí;

Excelentíssimo Dr. Fabrizio Sena Fusari – MM. Juiz da Comarca de Cerquilho;

Excelentíssimo Sr. Edson Giriboni – Deputado Estadual;

Excelentíssimo Sr. Roque Manes – Vereador e Presidente da Câmara Municipal de Cesário Lange;

Ilmo. Dr. Luiz dos Santos Neto – Representando o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Subseção de Tatuí;

Ilmo. Dr. Oswaldo Vieira de Camargo Filho – representante dos Advogados de Cesário Lange;

Ten. Cel. PM Marcelo Amaral Oliveira – Comandante do 22º BPMI;

Sargento PM Luciano Martins Vieira Gomes – Comandante da Polícia Militar em Cesário Lange;

Excelentíssimo Sr. Flávio Paschoal – Prefeito do Município de Pereiras;

Excelentíssimo Sr. Manoel Davi – Prefeito do Município de Tietê;

A Construção da História de um povo passa pela visão, determinação, sensibilidade de homens e mulheres que não medem esforços, se doam, se envolvem, que se arriscam na causa alheia vocacionados pelo bem público. Sem dúvida, o alicerce desta construção histórica está fundamentado em bases imprescindíveis. Não há dúvida que o fundamento, em uma metáfora com a musicalidade desta terra, é a justiça quem dá o "tom" para a sinfonia da vida. É bem verdade que há momentos em que os músicos desafinam e a sensibilidade, coerência, e presença da verdadeira justiça pode trazer harmonia necessária. Esse é o maior desafio que temos que perseguir. Fazer, entender e buscar a justiça em sua mais completa essência.

Hoje mais um passo ao acesso à Justiça do povo de Cesário Lange. Uma trajetória que tem alguns marcos importantes, como a criação em 2000 pela Lei Complementar nº 877, do Foro Distrital de Cesário Lange, e a Lei Complementar nº 1.149 de 06 de outubro de 2011 que criou os cargos de Juiz para este foro. Uma incansável luta de colaboradores históricos que fizeram parte desta construção, alguns do passado outros que vieram somando ao longo do percurso, dentre vereadores de nossa cidade, Deputados, advogados.

Mesmo diante das limitações técnicas e financeiras que afligem o executivo, o legislativo e o judiciário, o que dificulta o avanço e a implementação de políticas de cada um dos poderes, sempre estamos ver o desenrolar da história. A Unidade

Avançada de Atendimento Judiciário do Município de Cesário Lange através do Provimento do Conselho Superior da Magistratura nº 1.077/2006, permitiu um significativo avanço no acesso à justiça de nosso povo. Seguiu-se à Unidade Digital de Atendimento Judiciário nos termos do Provimento nº 2.251/2015 como mais um passo para que nossa cidade definitivamente esteja com acesso completo à justiça. A Unidade de Atendimento Digital já está instrumentalizada para recepcionar e processar alimento de balcão, pedidos da competência dos Juizados Informais de Conciliação, ações dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, além de guarda e visita consensuais, autorizações de viagens, comunicação de acolhimento institucional de crianças e adolescentes, comunicações do Conselho Tutelar, habilitação de pretendentes à adoção, controle do comparecimento periódico em processos e em execuções criminais, orientação e obtenção de certidões dos serviços extrajudiciais, enfim, mais acesso, mais agilidade e mais presença da justiça em Cesário Lange, mais uma vez para ratificar a demanda que já temos e que justificam a implementação da justiça em nossa cidade.

As instalações foram disponibilizadas e adaptadas. A Secretaria da Justiça não mediu esforços no auxílio junto ao Governo do Estado. O Tribunal de Justiça num esforço e comprometimento peculiar, promoveu a transferência da competente servidora Ivone, bem como disponibilizou o mobiliário necessário para o atendimento.

Não podemos deixar de consignar o esforço conjunto para implantação da Justiça Restaurativa. A disponibilidade e envolvimento do Dr. Marcelo Salmaso, e a visão e comprometimento do Executivo Municipal na pessoa do Prefeito Ramiro que possibilitou, mesmo em momento economicamente difícil, a formação de 85 (oitenta e cinco) facilitadores da Justiça Restaurativa, envolvendo servidores municipais da administração, educação, social, saúde, secretaria de segurança pública, guarda municipal, conselho tutelar a sociedade civil, organizado e viabilizado pelo esforço de diversas pessoas que contribuíram para a realização deste curso que pode ser personificado na Secretária de Governo Dra. Silvia Ricci.

Hoje mais um passo para fazer e construir a história, com a **instalação do Posto do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania** – CEJUSC – da Comarca de Tatuí no Município de Cesário Lange.

Nas palavras de nosso querido Prefeito Ramiro, acreditamos que a verdadeira justiça se faz quando os órgãos responsáveis pela administração da Justiça estão mais próximos da população, mais integrados à realidade cotidiana e com condições de dar ou buscar as respostas necessárias às demandas. É um processo de construção, e nossa busca incansável é para que a justiça prevaleça, e esteja à disposição e na participação de todos.

Agradecemos a Deus e a todos que colaboraram para que estas conquistas se tornassem uma realidade em nossa cidade. Muito Obrigado!

Acesso ao Sumário

Markus Henrique Tavares G. Silva

Secretário Municipal de Negócios Jurídicos

RENATA XAVIER DA SILVA SALMASO (Juíza Diretora do Fórum)

Discurso proferido por ocasião da instalação do Setor de Execuções Fiscais da Comarca de Tietê (Cerimônia realizada em 21.10.2016)

Excelentíssimo Senhor Desembargador Doutor PAULO DIMAS DE BELLIS MASCARETTI, Digníssimo Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que muito nos honra com sua presença, em nome de quem cumprimento os demais Desembargadores e Juízes,

Excelentíssimo Senhor LUIZ SOUTO MADUREIRA, Secretário Adjunto da Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo,

Excelentíssimo Senhor MANOEL DAVID KORN DE CARVALHO, Prefeito do Município de Tietê, em nome de quem cumprimento os demais Prefeitos e Secretários de Município,

Ilustríssimo Senhor Doutor PEDRO CAMPOS, Presidente da Câmara dos Vereadores do Município de Tietê, em nome de quem cumprimento os demais Vereadores,

Ilustríssima Senhora Doutora MICHELLE VALLIM, Promotora de Justiça Secretária do Ministério Público de Tietê, em nome de quem cumprimento os demais representantes do Ministério Público,

Ilustríssima Senhora Doutora VIVIANE YUSSIF ALVES, representando o Presidente da Subsecção de Tietê da Ordem dos Advogados do Brasil, em nome de quem cumprimento os demais Advogados,

Demais Autoridades Civis, Militares e Eclesiásticas,

Servidores do Poder Judiciário,

Senhoras e Senhores, boa tarde!

Na presente data, a Comarca de Tietê tem a honra de receber o Excelentíssimo Senhor Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para instalação do Setor de Execuções Fiscais.

A criação e instalação do Setor de Execuções Fiscais representa, para além da mudança física dos processos para um Ofício específico, o processamento especializado das execuções fiscais.

É inegável que um Setor específico voltado para o atendimento exclusivo

das execuções fiscais, implica considerável melhora na qualidade dos serviços prestados pelo Poder Judiciário à Fazenda Nacional, Estadual, Municipais e respectivas autarquias, bem como aos próprios jurisdicionados.

Em tempos de crise financeira, o número de inscrições em dívida ativa tende a aumentar e, no mesmo sentido, a distribuição de execuções fiscais junto ao Poder Judiciário.

Nestas condições, a existência de um Setor destinado exclusivamente ao processamento das execuções fiscais garante maior efetividade e celeridade à prestação jurisdicional, concedendo atenção mais adequada às causas de interesse dos entes federativos e dos jurisdicionados endividados que, na realidade local, em muitas das vezes, desejam resolver a questão litigiosa, com a quitação das dívidas fiscais.

Por outro lado, a criação do Setor das Execuções Fiscais com a cessão de servidores públicos municipais contribui de maneira direta na melhora dos trabalhos realizados junto aos Ofícios Judiciais da Comarca de Tietê.

Com a retirada da atribuição do processamento das execuções fiscais dos Ofícios Judiciais desta Comarca, certamente haverá mais adequada e equilibrada distribuição dos serviços, com a consequente garantia de maior efetividade na prestação jurisdicional.

É considerável o número de pessoas envolvidas direta e indiretamente no êxito desta empreitada. No entanto, deve ser dado o devido destaque aqueles que contribuíram com especial dedicação, estendendo o agradecimento aos demais que a estes se vinculam.

Agradeço de forma muito especial aos servidores do Poder Judiciário local que apresentaram a proposta de criação da Seção de Execuções Fiscais e auxiliaram em todos os momentos de realização deste ideal, desde o requerimento inicial, a deliberação a respeito dos Escreventes a serem transferidos para a nova Seção, a reforma da sala a esta destinada, a transferência física dos processos, até o evento da presente data, preparando com todo carinho a recepção do Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça em nossa Comarca.

Agradeço aos Escreventes *Fernando José Pelusi Rodrigues Alves* e *Vanda Ambrosina de Campos Ciconelo* e às Servidoras Públicas Municipais Doraci e Ana Cláudia, pelo total empenho e entusiasmo no processo de instalação da Seção de Execuções Fiscais, desejando-lhes muito boa sorte e êxito nos trabalhos a serem desempenhados nesta nova seção.

Agradeço ao Ilustre Prefeito do Município de Tietê, Sr. Manoel David Korn de Carvalho, que, em sua gestão, sempre se mostrou pronto e com entusiasmo no acolhimento de todas as parcerias propostas pelo Poder Judiciário, o que não foi diferente na criação da Seção de Execuções Fiscais, para a qual não mediu esforços, colocando-se à disposição para o necessário, com a cessão de servidores públicos municipais gabaritados no assunto, a fim de contribuir para

a prestação jurisdicional aos entes federativos e aos cidadãos da Comarca de Tietê, de forma a demonstrar que, com seu espírito jovem, se contagia pelos ideais de oferecimento do pleno e total atendimento ao cidadão.

Agradeço ao Excelentíssimo Secretário Adjunto da Justiça e da Defesa da Cidadania, Dr. Luiz Souto Madureira, Ilustre Tieteense, que acolheu nossa proposta e se empenhou pessoalmente para a criação e instalação da Seção de Execuções Fiscais de nossa Comarca, demonstrando preocupação com as causas afetas à sua terra natal.

Agradeço, finalmente, ao Excelentíssimo *Desembargador Dr. Paulo Dimas de Bellis Mascaretti,* Digníssimo Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que dignifica o Poder Judiciário Bandeirante por meio de uma representatividade simpática, acolhedora e eficiente.

Agradeço, ainda, pela sensibilidade no acolhimento da nossa pretensão que, frente aos interesses das demais Comarcas que compõem o Poder Judiciário Paulista, pode parecer pequena, mas que, certamente, constitui uma grande conquista para os jurisdicionados desta pequena e querida Comarca de pouco mais de 40.000 habitantes.

Muito obrigada a todos.

Acesso ao Sumário