REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 18 – ANO 3

NOVEMBRO E DEZEMBRO 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- Jurisprudência Cível:

Seção de Direito Privado:

a) Ações Rescisórias 26

b) Agravos de Instrumento 36

c) Agravos Regimentais 124

d) Apelações 126

e) Embargos de Declaração 338

f) Embargos Infringentes 357

g) Mandados de Segurança 364

Seção de Direito Público:

a) Agravos de Instrumento 367

b) Agravos Regimentais 417

c) Apelações 420

d) Apelações/Reexames Necessários 547

e) Embargos de Declaração 558

f) Reexames Necessários 562

2- Jurisprudência Criminal:

a) Apelações 567

b) Embargos de Declaração 665

c) *Habeas Corpus* 675

d) Mandados de Segurança 688

e) Recursos em Sentido Estrito 691

f) Revisões Criminais 707

3- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 730

b) Agravos Regimentais 792

c) Arguições de Inconstitucionalidade 813

d) Conflitos de Competência 827

e) Mandados de Injunção 852

4- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Agravos de Instrumento 860

b) Apelações 862

c) Conflitos de Competência 895

d) *Habeas Corpus* 900

5- Conselho Superior da Magistratura 912

6- Noticiário 924

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. 18, nov./dez. 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
Desembargadora 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 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
Desembargador ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JÚNIOR
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 BRAZIL
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
Desembargadora CARMEN LUCIA DA SILVA**

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 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 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
Desembargadora CLAUDIA LUCIA FONSECA FANUCCHI**
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**
Desembargador LAURO MENS DE MELLO**

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 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 Antonio SÉRGIO COELHO de Oliveira***
Desembargador ROBERTO Caruso Costabile e SOLIMENE
Desembargador AMARO José THOMÉ Filho
Desembargador CARLOS Fonseca MONNERAT
Desembargador JULIO CAIO FARTO SALLES**

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 MARCELO COUTINHO GORDO**
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 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 MAURÍCIO VALALA**
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)

Denise Andréa Martins Retamero
Kenarik Boujikian
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 Aparicio 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

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2136009-76.2016.8.26.0000, da Comarca de Caraguatatuba, em que é autor SAMUEL DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é réu JOSÉ TRINDADE DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos julgaram improcedente a ação e cominaram multa. Vencidos o 3º e 7º juízes, bem como a 5ª juíza que declara voto vencido.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22426)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA (Presidente), NELSON JORGE JÚNIOR, CAUDURO PADIN, LÍGIA ARAÚJO BISOGNI, HERALDO DE OLIVEIRA e FRANCISCO GIAQUINTO.

São Paulo, 7 de outubro de 2016.

CARLOS ABRÃO, Relator

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - ILEGITIMIDADE PROCESSUAL - DÚVIDAS EM RELAÇÃO AO EXATO ENDEREÇO DO RÉU E PARA FINS DE EXECUÇÃO DO MANDADO JUDICIAL - GRATUIDADE CONCEDIDA - AFASTADO O DEPÓSITO CAUÇÃO - LIMINAR DEFERIDA PARA SUSTAR A ORDEM DE REINTEGRAÇÃO - CADASTRO MUNICIPAL ALTERADO - CANCELAMENTO - CONDUTA ATENTATÓRIA CARACTERIZADA - MÁ-FÉ - EFEITO SUSPENSIVO REVOGADO - AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE, COMINADA MULTA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de ação rescisória agitada com base no art. 485, inciso VI, do revogado CPC, o qual teria sido violado na medida em que, na tramitação da ação possessória, o demandante conseguiu demonstrar que ocupa imóvel de número 312 e não aquele objeto da reintegração, sob o numeral 320, postulou gratuidade, tutela de urgência para sustar a ordem decorrente do v. acórdão proferido pela 14ª Câmara de Direito Privado, bate-se pela integral procedência da demanda (fls. 01/14).

Recurso tempestivo, instruído com documentos (fls. 15/329).

Regularmente processada a ação rescisória com efeito suspensivo concedido, além da gratuidade e da dispensa do depósito caução, comunicando-se ao douto juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Caraguatatuba (fls. 330/335).

O Ministério Público se absteve da manifestação (fls. 356).

Contestação com expresso pleito de litigância de má-fé e alteração sobre a verdade dos fatos para fins de revogação do efeito suspensivo, improcedência da demanda (fls. 357/362).

Documentação (fls. 363/444).

Veio procuração (fls. 445/446).

Decorrido o prazo sem oposição ao julgamento virtual.

Concedeu-se prazo de 05 dias, em réplica, para fala do autor (fls. 449/450).

Réplica (fls. 452/454).

Documentos (fls. 455/484).

Pronunciamento do réu (fls. 485/486).

Documentos (fls. 487).

Determinação (fls. 490/491).

Manifestação da municipalidade de Caraguatatuba com documentos (fls. 495/497).

Pronunciamento do requerido (fls. 498/501).

Deliberação (fls. 503).

Petição da municipalidade (fls. 505).

Fala do requerido, com documentos (fls. 508/510).

É O RELATÓRIO.

A ação deve ser julgada improcedente, revogado o efeito suspensivo, cominada multa.

No caso versado, buscou o autor, de todas as formas, confundir, em atenção ao exato numeral objeto da decisão de reintegração de posse, ***na etapa de liquidação do julgado, gerando dúvida inclusive em relação à própria municipalidade de Caraguatatuba, a qual, na correspondência datada de***

Acesso ao Sumário

31/08/2016, cancelou ambos os cadastros.

E aqui cabe enfatizar o comportamento desleal do autor da ação rescisória, haja vista que, na sua contestação (fls. 92/99), em nenhum momento alegou a questão do numeral ou sua ilegitimidade passiva, além disso, também relevante, na petição de 01/07/2016, o autor requereu prazo de 45 dias para desocupação voluntária do imóvel, tendo o juízo deferido apenas 30 dias para o desiderato.

E, no momento de cumprimento do mandado, o senhor oficial de justiça solicitou concurso policial em virtude da resistência do autor e de familiares, o que, efetivamente, demonstra que a inserção de numeral 312, ao que tudo indica, somente teve a finalidade de confundir, prejudicar e possibilitar dúvida em relação ao numeral 320, tanto assim que o juízo ordenou que a determinação fosse cumprida no numeral 312.

Buscou assim o demandante, mediante fotos e demais documentos, caracterizar a sua ilegitimidade passiva, considerando que o imóvel ocupado não seria aquele de nº 320, alvo da reintegração de posse, mas sim 312, o qual, de há muito habitaria com seus familiares.

Essa circunstância anômala relatada pelo autor veio a ser constatada no momento da reintegração de posse, quando o próprio oficial de justiça levou ao conhecimento do juízo dúvida sobre o exato local que deveria cumprir aquela diligência, consoante certidão espelhada às fls. 246/247.

O próprio demandante requereu ao juízo prazo de 45 dias para desocupação voluntária do imóvel no dia 01 de julho de 2016 (fls. 269).

Veio a ser concedido o prazo de 30 dias para saída voluntária (fls. 270).

Apresentando documentos e fotos aéreas relacionadas à localização do imóvel na cidade e comarca de Caraguatatuba, procurou o autor enfatizar que sua posse nada se referiria àquela do réu, sob nº 320 (fls. 322).

Catalogou, ainda, desenho sob forma de planta para identificação os lotes (fls. 323).

Acesso ao Sumário

Ensaiada assim a tentativa última de permanecer no imóvel, os fatos mencionados foram pulverizados pelo protestante, inclusive comprovando que a municipalidade de Caraguatatuba cancelou o registro e cadastro do imóvel do autor por determinação do secretário de assuntos jurídicos (fls. 442).

Nessa toada, o autor, reputado esbulhador, visando inibir ou confundir o cumprimento da ordem judicial, ***adrede, alterou a numeração do imóvel para prejudicar o cumprimento do mandado judicial.***

Analisada assim essa percepção, cancelou-se o cadastro feito em nome do autor, inclusive lançamentos de IPTU, para que prevalecesse aquela em nome do réu José Trindade dos Santos (fls. 438), posteriormente a municipalidade resolveu cancelar ambos os cadastros no último parecer que fora encaminhado

(fls. 509/510).

Elencados esses fatos e definidas todas as circunstâncias a respeito do estado possessório, sem sombra de dúvida, a existência mansa e pacífica é corroborada pelo informe da municipalidade, a teor do documento de fls. 431.

Não logrou, portanto, o autor, comprovar ser parte ilegítima ou, por meio de documentos novos, catalogar confusão entre o numeral da ação e aquele mencionado para evitar o cumprimento da reintegração de posse.

Bem analisados todos esses aspectos, a tentativa frustrada do autor, consubstanciada na troca de numeral, representa fato grave, inovação no curso do processo, inclusive induzindo a erro o setor de cadastramento da prefeitura local (fls. 360).

Nessa percepção, pelo que se depreende, o autor, adrede, propositadamente, alterou o número 320 para 312 e o fez com propósito de impedir a reintegração e evitar que o oficial de justiça se munisse de certeza e segurança para o cumprimento do ato, tanto assim que solicitou que o juízo determinasse a forma de cumprimento da sentença transitada em julgado.

E aqui se constata litigância de má-fé do próprio autor, o qual, embora afirme ser parte ilegítima, requereu prazo para desocupação voluntária, não alegou sua ilegitimidade durante toda a tramitação da causa e, ao perceber que estaria na iminência de desocupar o local, projetou maneira pouco ética de levar à justiça pretensão sem forma e nem figura de juízo.

Assim, atento a essa realidade, no despacho da exordial, advertimos de forma clara e expressa essa noção no item 18, assim redigido:

"Fica advertido, o autor, para a hipótese de eventual litigância de má-fé ou violação de princípios processuais, inclusive ato atentatório à dignidade da Justiça, quando então será revogado o benefício e também cobrada a caução, à luz da legislação em vigor, atual CPC e a Lei Estadual 11.608/03."

Cabe ainda assinalar que o fato de não ter requerido, autor da possessória, posse direta, não autorizaria que ocupasse e esbulhasse o local, aliás, fora lavrado boletim de ocorrência pela cedente Maria Isaura Freitas em agosto de 2012, consoante fls. 36/37, além disso, o cadastro municipal da cedente, encerrando área de 600 m2, demonstra que em 2008 fora incluída a área predial de 48 m2 e até agosto de 2016 figurava o nome do requerido José Trindade dos Santos (fls. 496).

Noutro giro, o cadastro do autor da ação rescisória envolvendo área de 500 m2 somente fora lançado pela primeira vez em 04/03/2016, contendo área predial de 55,25 m2 (fls. 497), no entanto essa anomalia não pode prevalecer e a circunstância da ausência de prova técnica, como mencionado pela municipalidade, não é de molde a impedir ação de reintegração, considerando a inovação trazida pelo autor da rescisória e seu exclusivo propósito de gerar

Acesso ao Sumário

dúvida, confusão e incerteza.

Direcionada assim a matéria, exteriorizada a conduta e a forma de agir do autor, além de ato atentatório à dignidade da Justiça, feriu o art. 77, incisos IV e VI, do CPC, praticando inovação ilegal no estado de fato, de bem ou direito litigioso, razões suficientes para revogação da gratuidade, pagamento da caução, fixação de litigância de má-fé, tudo para coactar comportamento desse jaez, nos termos do art. 80, incisos I, II, III, V, VI, todos eles do vigente CPC.

Pagará o autor, com base no art. 77, incisos IV e VI, do CPC, multa de 5% em prol do Estado, e também 5% a favor do réu pela conduta temerária e manifestamente de litigância de má-fé, sem prejuízo do recolhimento das custas e do depósito de caução, que reverterá em prol do requerido.

Fica expressamente revogada a tutela liminar, a gratuidade, com imposição de multa, em razão dos fatos narrados e do comportamento, constituindo-se verdadeiro atentado à dignidade da Justiça.

No que se refere ao pleito formulado pelo requerido de gratuidade processual (fls. 508), não há elementos suficientes, razão pela qual não colhe prestígio, sem prejuízo de revolver a matéria perante o juízo singular.

Isto posto, pelo meu voto, JULGO IMPROCEDENTE a ação, revogando expressamente o efeito suspensivo e o benefício da gratuidade processual em prol do autor, condenando-o a pagar, com base no art. 77, incisos IV e VI, do CPC, a favor do Estado juiz, multa de 5% sobre o valor conferido à causa, além do depósito caução e, pela litigância de má-fé, igualmente, 5%, revertendo-se em proveito do requerido, ficando advertido para as demais cominações em perdas e danos, concedendo-se prazo de 05 dias para voluntária desocupação do imóvel, sob pena de evacuação forçada.

O prazo fluirá a partir da publicação dessa decisão, a ser comunicada ao douto juízo singular.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Acesso ao Sumário

(Voto nº 22688)

Ousei, com a devida vênia, divergir parcialmente do entendimento da douta maioria da Turma Julgadora, composta pelos eminentes Desembargadores **Carlos Abrão**, **Nelson Jorge Júnior**, **Lígia Araújo Bisogni** e **Heraldo de Oliveira**; pois, pelo meu voto, deixava de cassar a gratuidade anteriormente concedida.

Com efeito, pela litigância de má-fé e pela prática de ato atentatório à dignidade da Justiça, o Douto Relator revogou a gratuidade concedida, determinou o pagamento da caução e de multa de 5% em favor do Estado (CPC,

art. 77, incisos IV e VI) e de 5% em favor do réu.

Data venia, entendi que, a despeito do que constou da decisão de fls. 330-331 (item 18), verificada a litigância de má-fé e a prática de ato atentatório à dignidade da Justiça, não cabe a consequente revogação da gratuidade.

Essa consequência não está legalmente prevista nos artigos 77 e 81 do Código de Processo Civil, os quais preveem as penas que devem ser aplicadas para punir os desvios de conduta das partes.

Saliente-se que a penalidade prevista no parágrafo único, do artigo 100 do Código de Processo Civil se aplica em casos em que a própria afirmação da necessidade da gratuidade decorre de má-fé da parte e não para todo e qualquer caso em que a parte se desvia do comportamento ético que lhe é exigido.

Não há nos autos indícios de que inexiste a condição de "*insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios*" (CPC, art. 98), tampouco de que teria havido alteração das circunstâncias financeiras do autor.

Nesse contexto, entendi que deveria ser mantido o reconhecimento do direito à gratuidade.

Diante do exposto, pelo meu voto, mantinha a gratuidade deferida ao autor, acompanhando no mais o bem elaborado voto do ilustre Desembargador Relator.

ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA, 5ª Desembargadora

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2079165-09.2016.8.26.0000, da Comarca de São João da Boa Vista, em que é autora PRISCILA RIBEIRO GOMES, é réu CENTRO UNIVERSITÁRIO DAS FACULDADES ASSOCIADAS DE ENSINO-FAE.

ACORDAM, em 10º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram a inicial. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(VOTO nº 13765-D)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores REBELLO PINHO (Presidente sem voto), CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA, RICARDO NEGRÃO, JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA, MARIO DE OLIVEIRA, ÁLVARO TORRES JÚNIOR e CORREIA LIMA.

São Paulo, 10 de outubro de 2016.

Acesso ao Sumário

ROBERTO MAIA, Relator

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA - Ação originária visando tutela relacionada com obrigação de fazer, consistente na imposição da rematrícula da autora em estabelecimento de ensino - Sentença de improcedência - Acórdão que a confirmou - Recurso especial não conhecido - Trânsito em julgado - Insurgência, nesta sede de juízo rescisório, alegando "a não apreciação de questão posta em juízo", bem como "a aplicação de preceito legal equivocado" - Sem razão - Os julgados, que ora se pretende rescindir, apreciaram toda a matéria questionada, assim como se pronunciaram corretamente a respeito da aplicação conjunta dos artigos 5º e 6º, § 1º, da Lei nº 9.870/99 - Inadmissibilidade manifesta da pretensão rescisória - Falta de interesse de agir (modalidade da adequação) - Indeferimento da petição inicial.

VOTO

RELATÓRIO:

Trata-se de ação rescisória movida por *Priscila Ribeiro Gomes* em face de *Centro Universitário das Faculdades Associadas de Ensino - FAE*, com fundamento no artigo 966, V, VII e VIII, do Novo Código de Processo Civil.

Afirma a autora, em resumo, que ingressou com ação de obrigação de fazer, processo nº 0003030-47.2007.8.26.0568, objetivando sua rematrícula no 3º ano do curso de psicologia no ano letivo de 2007, esclarecendo que frequentou o curso, por alguns meses, naquele primeiro semestre.

Aduz que, tanto a sentença, quanto o acórdão, não conheceram, nem enfrentaram a questão posta em juízo, e o recurso especial interposto não foi conhecido. Aplicaram eles preceito legal equivocado, uma vez que a questão envolvia a aplicação do artigo 6º, § 1º, da Lei nº 9.870/99 e, no entanto, foi ela analisada somente sob a ótica do artigo 5º do mesmo diploma legal, em prejuízo ao direito da autora e com violação ao Código de Defesa do Consumidor e aos artigos 205 a 214 da Constituição Federal. Fatos não impugnados pela ré.

Além disso, pendia ação de execução fiscal, processo nº 0005832-52.2006.8.26.0568, movida em face da autora pela universidade ré, a qual foi "julgada improcedente", motivo pelo qual o pai da autora não podia rever os débitos de 2005 e 2006, devendo ser observado que "ninguém está obrigado a quitar quantia que entende não devida, sem antes a discutir no Judiciário".

Acesso ao Sumário

Sendo assim, postula a rescisão do acórdão mantenedor da sentença que julgou improcedente o pedido, em razão de "violar manifestamente norma jurídica", requerendo sejam as peças dos autos originários digitalizadas e autenticadas, ou eles requisitados e apensados a este processo.

Requer o deferimento da assistência judiciária gratuita, esclarecendo que foi dela também beneficiária no processo originário. Postula a dispensa de efetuar o depósito prévio. Invoca os artigos 5º, LXXIV, da Constituição Federal e os artigos 98 a 102 do novo Código de Processo Civil.

FUNDAMENTAÇÃO:

Ante a documentação trazida ao processo, defiro os benefícios da assistência judiciária gratuita, o que também implica na dispensa do depósito referido no artigo 968, II, do Novo Código de Processo Civil.

Quanto à "requisição dos autos originais para apensamento", incabível o pedido, além de desnecessário, desde que as peças do processo estão aqui digitalizadas.

Examino, a seguir, a viabilidade do ajuizamento desta ação rescisória.

Pretende a autora, aqui, a rescisão do v. acórdão que confirmou a r. sentença de improcedência do seu pedido de rematrícula em instituição de ensino. Foram eles prolatados na ação de obrigação de fazer, processo nº 0003030-47.2007.8.26.0568, transitada em julgado em 15.4.2014, conforme certidão a fls. 513 e 524. Na visão da autora, referidos decretos judiciais não conheceram, nem enfrentaram, a questão referente a ser aplicado o § 1º, do artigo 6º, da Lei nº 9.870/99, ao invés do artigo 5º da mesma lei.

Pois bem.

Pelo que se observa do processo, o v. acórdão copiado a fls. 398/404, relatado pelo nobre Des. Ricardo Negrão em 7.5.2012, que ora se pretende rescindir, manteve a r. sentença (fls. 327/328) por considerar corretos os seus fundamentos. Entendeu o colegiado que não houve conduta ilegal da universidade ré, uma vez que a inadimplência foi confirmada pela autora e por seu pai, em depoimento prestado a fls. 302. E, assim, não se justificava a pretensão de rematrícula, nos termos expendidos pelo juízo singular, *verbis*:

> *Também é necessário registrar que o fato de estar havendo cobrança judicial da dívida não autorizava a requerente a obter matrícula para o ano de 2007, porquanto ainda vigia e ainda vige o art. 5º da Lei nº 9.570/99 que autoriza a instituição a não renovar a matrícula para alunos inadimplentes* (fls. 401).

Ainda, complementou-se, a fls. 401/402: *tem-se por certo que o aluno regularmente matriculado não pode ser impedido de participar das atividades escolares, mas não há direito subjetivo à rematrícula de aluno inadimplente.*

Acesso ao Sumário

Citou-se, ademais, entendimento proferido no AgRg no REsp 951.206/SC, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 18.12.2007, DJE 3.3.2008), que dispôs sobre a aplicação do artigo 6º da Lei nº 9.570/99, que alega a autora "não ter sido aplicado, nem conhecida e enfrentada a questão a ele afeta em relação ao seu parágrafo primeiro".

Confira-se o teor do r. decisum do STJ supra mencionado:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. OMISSAO NA CORTE A QUO NÃO SANADA POR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ADUÇÃO DE OFENSA A NORMAS LEGAIS AUSENTES NA DECISÃO ATACADA. SÚMULA Nº 211/STJ. INSTITUIÇÃO PARTICULAR DE ENSINO SUPERIOR. INADIMPLÊNCIA. REMATRÍCULA. PRECEDENTES. ANÁLISE DE OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento a recurso especial.

2. O acórdão a quo indeferiu matrícula em razão de inadimplência da recorrente.

3. Ausência do necessário prequestionamento do art. 178 do CPC. Dispositivo indicado como afrontado não-abordado, em momento algum, no aresto a quo . Incidência da Súmula nº 211/STJ.

4. A jurisprudência do STJ envereda no sentido de que:

- "a Constituição Federal, no art. 209, I, dispõe à iniciativa privada o ensino, desde que cumpridas as normas gerais da educação nacional. A Lei 9.870/99, que dispõe sobre o valor das mensalidades escolares, trata do direito à renovação da matrícula nos arts. 5º e 6º, que devem ser interpretados conjuntamente. A regra geral do art. 1.092 do CC/16 aplica-se com temperamento, à espécie, por disposição expressa da Lei 9.870/99. O aluno, ao matricular-se em instituição de ensino privado, firma contrato oneroso, pelo qual se obriga ao pagamento das mensalidades como contraprestação ao serviço recebido. O atraso no pagamento não autoriza aplicar-se ao aluno sanções que se consubstanciem em descumprimento do contrato por parte da entidade de ensino (art. 5º da Lei 9.870/99), mas está a entidade autorizada a não renovar a matrícula, se o atraso é superior a noventa dias, mesmo que seja de uma mensalidade apenas" (REsp nº 660439/RS, Relª Minª Eliana Calmon, DJ 27/06/2005);

- "a regra dos arts. 5º e 6º da lei 9.870/99 é a de que o inadimplemento do pagamento das prestações escolares pelos alunos não pode gerar a aplicação de penalidades pedagógicas, assim como a suspensão de

Acesso ao Sumário

provas escolares ou retenção de documentos escolares, inclusive para efeitos de transferência a outra instituição de ensino. Entretanto, no afã de coibir abusos e de preservar a viabilidade financeira das instituições particulares de ensino, a lei excluiu do direito à renovação da matrícula (rematrícula), os alunos inadimplentes. 'A negativa da instituição de ensino superior em renovar a matrícula de aluno inadimplente, ao final do período letivo, é expressamente autorizada pelos arts. 5º e 6º, §1º, da Lei 9.870/99' (Resp 553216, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 24/05/2004)" (AgRg na MC nº 9147/SP , Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 30/05/2005).

5. No curso de recurso especial não há lugar para se discutir, com carga decisória, preceitos constitucionais. Ao STJ compete, unicamente, unificar o direito ordinário federal, em face de imposição da Carta Magna. Na via extraordinária é que se desenvolvem a interpretação e a aplicação de princípios constantes no nosso Diploma Maior. A relevância de tais questões ficou reservada, apenas, para o colendo STF. Não pratica, pois, omissão o acórdão que silencia sobre alegações da parte no tocante à ofensa ou não de regra posta na Lei Maior.

6. Agravo regimental não-provido. **(grifos não originais)**

Acresce a isso que a r. sentença (mantida pelo v. acórdão, pelos mesmos fundamentos) enfrentou a questão de que a aluna estava frequentando as aulas mesmo sem a rematrícula, nos seguintes termos: *Por fim afasta-se também a alegação de que a requerente teria iniciado, ou melhor, quase completado o primeiro semestre de 2007, numa alusão a concordância tácita da instituição com sua frequência ao curso. Conforme se verifica da distribuição da ação perante a Justiça Federal, a mesma se deu em 26.3.2007, o que contraria as declarações do senhor Wilmar de que a requerente teria quase completado o semestre e depois foi impedida de continuar o curso, o que motivou o ajuizamento da ação* (fls. 328). Sendo assim, deixou claro que não era aplicável ao caso § 1º do artigo 6º da Lei nº 9.570/99.

Igualmente enfrentou-se, na mencionada sentença, a matéria prevista nos artigos 6º e 205 da Constituição Federal, 476 do Código Civil e, ainda, no Código de Defesa do Consumidor, pois expressamente constou, no pronunciamento do juízo singular (fls. 328), mantido pela decisão colegiada pelos próprios fundamentos, que o artigo 5º da Lei nº 9.570/99 *não contraria qualquer outra da legislação brasileira*.

Observa-se, enfim, que, a pretexto de supostas "falta de enfrentamento de matéria trazida a juízo" e "aplicação equivocada de legislação", aqui se almeja, impropriamente, eternizar a controvérsia, dado o inconformismo diante da decisão contrária aos interesses da autora. Olvida-se, esta última, ser vedado,

Acesso ao Sumário

em sede de ação rescisória, o simples reexame de questões e de legislação já suficientemente apreciadas no decorrer do processo original.

Assim se posiciona a melhor doutrina: *A ação rescisória constitui remédio extremo, e assim não pode ser confundida como mero recurso* - Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, Manual do Processo de Conhecimento, Editora Revista dos Tribunais, 5ª Ed., p. 651.

Termos em que, estamos diante da hipótese de inadmissibilidade manifesta da pretensão rescisória, por falta do interesse de agir (modalidade da adequação)

DISPOSITIVO:

Termos em que, voto pelo **indeferimento da petição inicial** *ex vi* dos artigos 968, §3º, e 330, III, do Novo Código de Processo Civil, com taxa judiciária e despesas processuais pela autora, ficando isenta enquanto beneficiária da assistência judiciária gratuita acima deferida.

Ao arquivo, oportunamente, observadas as formalidades de praxe.

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2148557-36.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante GISELE CRUSCA, é agravado RN INCORPORADORA E CONSTRUTORA LTDA.

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 ao recurso, vencido o 3º Juiz, que declara. M.V.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.872)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente sem voto), PERCIVAL NOGUEIRA e EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE.

São Paulo, 11 de outubro de 2016.

VITO GUGLIELMI, Relator

Ementa: COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. IMÓVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS, INCLUSIVE PELA

Acesso ao Sumário

INCIDÊNCIA DA PENA CONVENCIONAL E RESSARCIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APONTADA DEMORA NA OBTENÇÃO DE FINANCIAMENTO BANCÁRIO PARA QUITAÇÃO DO IMÓVEL. PLEITO DE RESSARCIMENTO DA INTEGRALIDADE DAS QUANTIAS PAGAS. CULPA DA REQUERIDA NÃO DEMONSTRADA. DEVER DE ENTREGA DA UNIDADE CONDICIONADO AO PAGAMENTO TOTAL DO PREÇO AVENÇADO. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE CULPA DA RÉ QUANTO A ALEGADA DEMORA PARA OBTENÇÃO DO FINANCIAMENTO, A AFASTAR QUALQUER ESPÉCIE DE INDENIZAÇÃO, QUE REQUER A EXISTÊNCIA DE CONDUTA CULPOSA PELO CAUSADOR DO DANO. RESSARCIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, ADEMAIS, QUE, SE DETERMINADO, CONFIGURARIA "BIS IN IDEM", JÁ ARBITRADAS AS VERBAS SUCUMBENCIAIS. RESTITUIÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS QUE DEVE LIMITAR-SE A 90%, EM VIRTUDE DO INADIMPLEMENTO TER DECORRIDO DE CULPA DA AGRAVANTE. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. VOTO VENCIDO.

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto em ação rescisória cumulada com indenizatória por danos morais e materiais, relativa a contrato de compromisso de compra e venda de imóvel, contra decisão interlocutória que, em julgamento antecipado parcial de mérito, julgou parcialmente procedente a ação, para condenar a ré ao pagamento dos tributos e taxas condominiais, bem como para rescindir o contrato e declarar a nulidade das cláusulas 4.11 e 6.2 da avença, condenando a ré, ainda, a restituir à autora 90% das quantias pagas, excluída a comissão de corretagem, com atualização desde cada desembolso e acrescidas de juros de 1% a.m. desde a data da citação. Julgou, ainda, parcialmente procedente a reconvenção, para rescindir o contrato e declarar a nulidade das cláusulas 4.11 e 6.2 do instrumento.

A autora promoveu a ação alegando que, diante da demora da requerida no fornecimento à instituição financeira dos documentos necessários à obtenção do financiamento bancário, não pôde contratá-lo, o que lhe haveria trazido

Acesso ao Sumário

prejuízos de ordem moral e material. Pugnou, assim, pelo ressarcimento dos danos sofridos e pela rescisão contratual.

Em reconvenção, a ré alegou que, em razão do inadimplemento da reconvinda, deixou de vender a unidade para outro adquirente e teve de arcar com o pagamento das taxas condominiais e demais tributos. Requereu, ademais, a rescisão contratual e a aplicação das cláusulas 6.2 e 4.11 do contrato, que preveem a devolução de 90% das quantias pagas, feitas as deduções contratualmente pré-estipuladas a título de custos administrativos e promoção de venda, no valor de R$ 5.179,68.

O MM. Juízo (fls. 54/61) julgou parcialmente procedente a ação, para condenar a ré ao pagamento dos tributos e taxas condominiais, bem como para rescindir o contrato e declarar a nulidade das cláusulas 4.11 e 6.2 da avença, condenando a ré a restituir à autora 90% das quantias pagas, excluída a comissão de corretagem, com atualização desde cada desembolso e acrescidas de juros de 1% a.m. desde a data da citação. Julgou, ainda, parcialmente procedente a reconvenção, para rescindir o contrato e declarar a nulidade das cláusulas 4.11 e 6.2 da avença. Consignou que cada parte arcaria com o pagamento de metade das custas e das despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios de seus respectivos patronos. Suspendeu, por fim, o processo no tocante à comissão de corretagem e à taxa SATI, por força de decisão proferida na Medida Cautelar nº. 25.323/SP, da relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Inconformada, a autora interpôs este agravo de instrumento. Diz que, após a finalização das obras, buscou financiamento imobiliário junto à Caixa Econômica Federal para pagamento do saldo do preço do bem, sem conseguir obtê-lo em virtude do atraso da agravada em remeter à instituição financeira Certidão de Resíduos Sólidos, emitida pela CETESB, referente ao empreendimento. Esclarece que, desde novembro de 2009, vinha tentando entregar toda a documentação necessária à obtenção do financiamento, mas debalde, por força da inércia da agravada. Aponta que só conseguiu entregar a sua parte da documentação em maio de 2010, porquanto a CEF recusava-se a receber qualquer documento na pendência da entrega da Certidão de Resíduos Sólidos. Argumenta que a agravada teve culpa exclusiva no atraso na obtenção do financiamento. Pugna, pois, pela restituição integral dos valores gastos com a celebração do negócio jurídico, atualizados com juros e correção monetária, totalizando o valor de R$ 36.418,51, além da incidência da multa referente à cláusula penal de 2% sobre esse valor. No que concerne aos danos morais, assevera ser-lhe devida indenização em decorrência de toda a decepção, aborrecimento e expectativas frustradas que experimentou. Alega que, além de não haver podido ingressar na posse do bem, sofreu cobranças de condomínio e foi ré em ação de notificação judicial. Sustenta que, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade civil do fornecedor é objetiva no

Acesso ao Sumário

tocante a danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços. Pleiteia, ainda, indenização pela perda de uma chance, que, no caso, seria a de auferir frutos civis com a locação do bem. Por fim, pede indenizada dos valores dispendidos com honorários advocatícios, que, alega, não se confundem com os sucumbenciais. Conclui pela reforma.

Recebido e processado o recurso (fl. 1.508), em que não se pleiteou concessão de efeito suspensivo ou ativo, vieram aos autos as contrarrazões (fls. 1.510/1.518).

A ré interpôs recurso adesivo (fls. 1.519/1.525).

Intimadas a manifestar eventual oposição ao julgamento virtual (fl. 1.528), as partes quedaram inertes.

É o relatório.

2. Preliminarmente, deixa-se de conhecer do recurso adesivamente interposto (fls. 1.519/1.525), por ausência de interesse-adequação recursal, uma vez que, nos termos do artigo 997, § 2º, inciso II, do Novo Código de Processo Civil, o recurso adesivo só será admissível na apelação, no recurso extraordinário e no recurso especial:

> "**Cada parte interporá o recurso independentemente, no prazo e com observância das exigências legais.**
>
> **§ 2º: O recurso adesivo fica subordinado ao recurso independente, sendo-lhe aplicáveis as mesmas regras desde quanto aos requisitos de admissibilidade e julgamento no tribunal, salvo disposição legal diversa, observado, ainda, o seguinte:**
>
> **II - será admissível na apelação, no recurso extraordinário e no recurso especial.**"

Prejudicado, portanto, está o recurso adesivo.

Com relação ao recurso principal, cuida-se de ação promovida sob o fundamento de que o atraso na entrega da documentação necessária à obtenção do financiamento bancário importou em prejuízo material e moral à autora, que, além de ter o saldo devedor corrigido, alega ter sofrido danos morais e materiais em virtude de não ter ingressado oportunamente na posse do bem.

Em primeiro lugar, como bem observou a D. magistrado *a quo*, e pelo que se depreende dos autos, não se pode concluir, peremptoriamente, que a não efetivação do contrato de crédito haja se dado por ato ou omissão culposa da agravada.

Nem se argumente que a responsabilidade da agravada, no caso presente, seria objetiva, *ex vi* do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor. A responsabilidade civil objetiva prevista na legislação consumerista diz respeito à situação em que, em virtude de defeitos no produto ou no serviço prestado,

Acesso ao Sumário

gera-se dano ao consumidor. Bem diversa é a hipótese dos autos, em que a indenização pleiteada tem por causa inadimplemento contratual.

Posto isso, não se vislumbra, dos documentos acostados às fls. 158/173, qualquer conduta da requerida que tenha contribuído para a morosidade no processo de financiamento, não tendo a agravante trazido aos autos qualquer comprovação dos fatos constitutivos de seu direito, o que lhe incumbiria fazer, nos termos do artigo 373, *caput*, inciso I, do Novo Código de Processo Civil.

Como se não bastasse, encaminhado ofício à Caixa Econômica Federal - Agência Antônio de Barros, em que a agravante alega haver solicitado o financiamento imobiliário -, para que esta elucidasse o porquê da não aprovação da operação de crédito (fl. 1.357), a resposta da instituição financeira foi inconclusiva (fl. 1.428), consignando que a aprovação da capacidade de pagamento da requisitante do financiamento - Sra. Maria Helena Ciapina - deu-se apenas em 01/07/2010. Ao que se colhe das informações concedidas pela CEF, a comprovação da capacidade de pagamento da solicitante do financiamento - que, frise-se, sequer foi a própria agravante, mas terceira - seria etapa prévia à efetivação do contrato de crédito imobiliário, para cuja conclusão far-se-ia necessária a análise da documentação exigida. Nessa perspectiva, parece haver evidência de que a não obtenção do financiamento decorreu da própria demora da agravante em comprovar sua capacidade de pagamento do financiamento.

Ressalte-se, outrossim, que o contrato condiciona a entrega das chaves ao cumprimento de todas as obrigações assumidas pela agravante no contrato (cláusula 6.1 - fl. 115):

> *"**Para o recebimento das chaves, o(s) COMPRADOR(ES) deverá(ão) estar adimplente(s) com todas as obrigações decorrentes deste instrumento, inclusive com o pagamento das despesas relativas às ligações dos serviços públicos, cujo custeio é por ele(s) assumido, sob pena de a VENDEDORA exercer o direito de retenção da unidade na forma permitida pelo artigo 52 da Lei 4.591/64.**"*

Cumpre lembrar, a propósito, que, *ex vi* do artigo 476 do Código Civil, que enuncia a exceção do contrato não cumprido, "*nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.*"

Ademais, a responsabilidade civil tem por pressuposto a prática de um ato ilícito e a configuração de um dano, o que se afasta nos casos em que a conduta da parte se realizou em exercício regular de direito, como no caso presente. É o que dispõe o artigo 188, caput, inciso I, do Código Civil:

> "***Não constituem atos ilícitos:***
>
> ***I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.***"

Acesso ao Sumário

E, não se tendo comprovado qualquer conduta culposa por parte da requerida, não há que se falar em indenização por danos morais ou materiais, tampouco em aplicação da pena convencional, uma vez que, *ex vi* do artigo 408 do Código Civil, a cláusula penal apenas incide em havendo culpa da parte inadimplente, o que, como demonstrado, não é o caso dos autos:

> "***Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.***"

De outra banda, o contrato prevê, expressamente, em sua cláusula 3.15 (fl. 111), reajuste do preço mediante correção monetária, prática comum em contratos desta espécie e que visa, tão somente, à atualização do valor nominal do preço, não implicando real majoração:

> "***Se, por qualquer motivo, o(s) COMPRADOR (ES) não obtiver(em) o financiamento tratado nesta cláusula, a parcela do preço a ele correspondente deverá ser liquidada, devidamente reajustada na forma pactuada neste contrato, com recursos próprios do(s) COMPRADOR(ES), na data fixada para o seu vencimento, sob pena da caracterização do seu inadimplemento e aplicação das disposições adiante previstas***."

Ora, se os autores não leram as cláusulas pactuadas quando concordaram em subscrever o contrato, certamente essa omissão só a eles pode ser imputada.

No que tange à restituição das quantias pagas, visto que declarada a rescisão do contrato pelo MM. Juízo, contra o quê as partes não se rebelaram, cumpre determinar o percentual a ser restituído à agravante.

Sobre esse tema - quatro situações, genericamente consideradas, devem ser anotadas. Primeira, a mora exclusiva da vendedora, que, por exemplo, não entrega a obra no prazo. A segunda, quando o comprador se coloca em mora, não efetuando o pagamento, mas de imediato pleiteia a rescisão. A terceira, quando o comprador se coloca em mora e somente depois de tempos é que toma a iniciativa. A quarta, quando a iniciativa é tomada pela própria alienante, diante da mora. A isso se acrescentem mais duas situações: *o imóvel haver sido ou não ocupado, e bem a permanência nele, ainda, do comprador.*

Aliás, a referência nessa ordem não foi aleatória. Objetiva, claramente, demonstrar a gradação que a restituição deve ter em função desses elementos. A jurisprudência, por sinal, tem admitido a retenção de 10% a 30%, conforme as várias hipóteses.

A leitura dessa matéria, todavia, é algo diversa. A insuportabilidade do contrato pode decorrer de culpa do adquirente - quando menos, em atentar para obrigação que assumiu - ou, efetivamente em razão da imprevisão, de que cuida o artigo 477 do Código Civil, e bem da onerosidade excessiva, de que cuida seu artigo 478.

Acesso ao Sumário

O adquirente que não obrou, em tempo algum, em mora, suspendendo o pagamento quando do vencimento dos prazos contratuais para entrega da obra, notificando, de imediato, sua intenção em não mais prosseguir no contrato, não pode ser tratado como aquele que, simplesmente, deixa de pagar e, quando instado, toma alguma iniciativa. Quem deixa de pagar e não diz por que o faz quebra a expectativa de recebimento do credor e pode causar outros prejuízos que não exclusivamente aqueles decorrentes da falta do valor devido.

Daí que, nessas hipóteses - e bem quando a mora é do construtor, incorporador, do loteador, do vendedor etc. - a restituição deve ser integral, sem qualquer retenção. Não tendo dado causa seja ao atraso seja à mora, não pode ser por isso punido.

Quando o comprador, todavia, acaba por colocar-se em mora, por *culpa sua*, esse raciocínio já não pode ser aplicado. Causou, com o inadimplemento, prejuízo ao credor, não só pelo não pagamento, mas pelo conjunto de consequências que aí decorrem. Pode, por exemplo, comprometer todo o empreendimento. Pode causar prejuízo a todos os participantes. Ou pode gerar um custo financeiro para o credor, que haverá de suportar aquela parcela para a continuidade do empreendimento.

É obvio, não se desconhece, que essa prova demandaria debate amplo e específico, nem sempre possível ou de interesse das partes.

Mas - **e como é o caso** - *não se verificando quer a onerosidade excessiva quer a teoria da imprevisão* - ao contrário, a desistência da autora quanto ao prosseguimento do negócio, a retenção é devida.

Aliás, alguma consequência para o descumprimento há de ser fixada, pena de incentivo ao inadimplemento, o que o direito não deve admitir. Ademais, sem ciência do intento de rescindir, não pode o credor repassar o bem a terceiro.

Como se decidiu:

"***Promessa de compra e venda. Extinção do contrato. Comprador inadimplente. A orientação que terminou prevalecendo na Segunda Seção, depois de inicial controvérsia, é no sentido de que o promissário comprador que se torna inadimplente em razão da insuportabilidade do contrato assim como pretendido executar pela promitente vendedora tem o direito de promover a extinção da avença e de receber a restituição de parte substancial do que pagou, retendo a construtora uma parcela a título de indenização pelo rompimento do contrato. Esta quantia a ficar retida varia de caso para caso: ordinariamente tem sido estipulada entre 10% e 20%, para cobertura das despesas com publicidade e corretagem, podendo ser majorada quando o imóvel vem a ser ocupado pelo comprador. Não há razão para que tudo ou quase tudo do que foi pago fique com a vendedora, uma vez que por força do desfazimento***

Acesso ao Sumário

do negócio ela fica com o imóvel, normalmente valorizado, construído também com o aporte do comprador. Precedente. Recurso conhecido e provido em parte" (STJ - Resp. n. 476.775-MG - 4ª T - Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar - j. 20.05.2003).

Sem que o credor prove dano maior - o que, em tese, se admite - parece adequado limitá-lo a 10%. Esse percentual, de resto, vem admitido usualmente como prefixação das perdas e danos.

Por fim, a par dos pedidos indenizatórios, a autora igualmente formulou pleito de indenização, consistente na verba honorária contratual avençada, em ajuste particular, com seu advogado. E tal pretensão era mesmo de ser rejeitada, como bem entendeu o juízo.

Não há, com efeito, de se cogitar de indenização por danos materiais concernentes ao ressarcimento do valor dos honorários convencionais despendidos. Como tive oportunidade de salientar no julgamento da Apelação Cível nº 0000066-74.2010.8.26.0601 da Comarca de Socorro, a cobrança de honorários convencionais - ***e pouco importa se o valor é razoável ou não*** - cumulativamente com aqueles decorrentes da sucumbência é vedado, por constituir verdadeiro *bis in idem*.

Ademais, permitir o ressarcimento dos gastos nessas circunstâncias é autorizar que cliente e advogado criem débito para terceira pessoa sem qualquer participação desta.

Como se decidiu:

"***Honorários Advocatícios Contratuais - Pretensão de receber 'perdas e danos' pelos honorários a serem pagos pela Apelante ao seu causídico - Inadmissibilidade - Ausência de respaldo legal.***" (TJSP - Apelação Cível nº 990.09.320337-5 - Osasco - 37ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. Tasso Duarte de Melo - j. 12.05.2010).

"***Dano material - Inocorrência - Honorários contratuais para o ajuizamento das ações que não podem ser cobrados da parte contrária, cuja obrigação se restringe aos honorários sucumbenciais - Recurso provido em parte.***" (TJSP - Apelação Cível nº 1180950-2 - São José dos Campos - Rel. Des. Rui Cascaldi - 12ª Câmara de Direito Privado - j. 24.09.2008).

Melhor, portanto, a manutenção da decisão agravada, que não está a merecer as críticas que lhe são dirigidas.

Bem arbitrada a sucumbência, a qual também se mantém.

3. Nestes termos, por maioria de votos, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 22.773)

Trata-se de agravo tirado contra decisão que, de um lado, julgou parcialmente o mérito de ação rescisória c.c. indenizatória, para, confirmando a liminar concedida, condenar a requerida ao pagamento de tributos e taxas condominiais, rescindir o contrato, declarar a nulidade das cláusulas 4.11 e 6.2 e determinar a restituição de 90% do valor pago pela requerente com exclusão da comissão de corretagem, bem como, de outro, julgou parcialmente procedente a reconvenção para, confirmando a liminar concedida, rescindir o contrato e declarar a nulidade das cláusulas 4.11 e 6.2.

Sustenta a agravante que não logrou obter financiamento em decorrência de falta de documentação de responsabilidade da ré, que é culpada pela rescisão do contrato e por isso deve restituir integralmente os valores. Busca a aplicação de multa contratual, indenização por lucros cessantes e por danos morais e ressarcimento de honorários advocatícios contratuais.

Recurso regularmente processado e respondido (fls. 1.510/1.518), com recurso adesivo (fls. 1.519/1.525).

É o relatório.

O d. relator negou provimento ao agravo e não conheceu do recurso adesivo.

Ouso divergir somente no que toca aos honorários advocatícios contratuais.

Isso porque, por força do princípio da restituição integral, devem ser ressarcidos tais honorários, que integram o montante referente aos danos materiais causados.

Nesse sentido entende o C. STJ:

"*CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. VALORES DESPENDIDOS A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. PERDAS E DANOS. PRINCÍPIO DA RESTITUIÇÃO INTEGRAL. 1. Aquele que deu causa ao processo deve restituir os valores despendidos pela outra parte com os honorários contratuais, que integram o valor devido a título de perdas e danos, nos termos dos arts. 389, 395 e 404 do CC/02. 2. Recurso especial a que se nega provimento.*" (REsp nº 1.134.725/MG - Rel. Min. Nancy Andrigui - j. 14/06/2011).

E, ainda, esta 6ª Câmara:

"*Apelação Cível - Compromisso de compra e venda - Atraso inequívoco na entrega do imóvel adquirido pelos autores - Inexistência de justificativas razoáveis para a demora - Danos materiais devidos.*

Apelação Cível - Inversão das cláusulas penais em favor do autor -

Acesso ao Sumário

Impossibilidade.

Apelação Cível - Embargos de declaração tidos como manifestamente protelatórios - Inocorrência - Multa não aplicável na espécie.

Apelação Cível - Honorários advocatícios contratuais - Restituição devida - Princípio da restituição integral. Recurso parcialmente provido." (Ap. nº 0014562-15.2012.8.26.0577, rel. José Roberto Furquim Cabella, 6ª Câmara de Direito Privado, j. 24/09/2015)

Dessa forma, a restituição é devida.

Seu valor, contudo, deve respeitar o padrão utilizado por esta 6ª Câmara, correspondente ao montante estabelecido pela Tabela de Honorários da OAB vigente à época do ajuizamento da ação. Parcialmente procedente a lide, tal quantia deve ser reduzida à metade.

Incidem sobre o valor correção monetária desde o desembolso e juros de mora a partir da citação.

Por isso, meu voto daria parcial provimento ao recurso da autora, não conhecido o recurso da ré.

EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE, Desembargador, 3º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2162251-72.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes OSVALDO VERDADE RIBEIRO DOS REIS e FÁTIMA APARECIDA KOVATCH, é agravado PAULO JOÃO CERONE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª 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 24.250)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ELCIO TRUJILLO (Presidente sem voto), J.B. PAULA LIMA e ARALDO TELLES.

São Paulo, 26 de outubro de 2016.

CARLOS ALBERTO GARBI, Relator

Ementa: AGRAVO. FRAUDE À EXECUÇÃO. ALIENAÇÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRELEVÂNCIA. SUSCETIBILIDADE DE INSOLVÊNCIA. SUMULA 375 DO STJ QUE SOMENTE FAVORECE O TERCEIRO

Acesso ao Sumário

ADQUIRENTE.

1. A decisão recorrida não tem lesividade para os agravantes, tendo em vista que ainda não foi declarada a fraude à execução, que, nos termos do art. 792, § 4º, do Código de Processo Civil, deve ser precedida da intimação dos adquirentes para que possam apresentar embargos. Ausência de interesse para interposição de agravo de instrumento.

2. Fraude à execução consubstanciada na alienação de bens imóveis no curso da demanda e antes da averbação da penhora. É certo que a jurisprudência se consolidou no sentido de que também o registro da penhora é necessário para que se reconheça a fraude à execução, conforme entendimento sedimentado com a edição da Súmula 375 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. A exigência definida pela jurisprudência, contudo, visa proteger o terceiro adquirente que, desconhecendo a existência de demanda passível de reduzir o devedor alienante à insolvência, uma vez não levada a registro a penhora para conferir-lhe oponibilidade *erga omnes*, presumiu sua solvência e não divisou qualquer prejuízo aos interesses de credores.

3. A inexistência de averbação da penhora como impedimento ao reconhecimento da fraude à execução, dessa forma, não pode ser aproveitada pelos agravantes, porque não se admite a defesa de direito alheio em nome próprio (art. 18, CPC de 2015).

4. Recurso não provido. Decisão mantida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Insurgiram-se os agravantes contra decisão proferida pelo Doutor **Douglas Iecco Ravacci** que determinou a intimação dos adquirentes dos imóveis que alienaram no curso da demanda, nos termos do art. 792, § 4º, do Novo Código de Processo Civil. Sustentaram, no recurso, que ambos os imóveis foram alienados antes do trânsito em julgado e antes de existir averbação de penhora nas respectivas matrículas, de modo que o reconhecimento da fraude à execução encontra impedimento na Súmula nº 375 do Superior Tribunal de Justiça. Sustentaram, ainda, que a exequente poderia ter providenciado a averbação da execução nas matrículas correspondentes, mas mantiveram-se

inertes, não podendo, agora, impugnar a alienação dos imóveis.

Indeferido efeito suspensivo ao recurso, foram dispensadas as informações.

O agravado, intimado, apresentou resposta. Preliminarmente, sustentou que: ***a-)*** há irregularidade quanto à indicação do nome dos patronos da partes, nos termos do art. 1.016, IV, do CPC; ***b-)*** não foi comprovada a interposição do agravo na origem, conforme determina o art. 1.018, § 2º, do CPC; ***c-)*** não foi juntada a cópia da contestação, peça reputada essencial nos termos da Lei. No mérito, pediu a manutenção da decisão agravada.

As partes não manifestaram oposição à possibilidade de julgamento virtual do recurso.

É o relatório.

Na interposição do presente recurso, verifica-se que os agravantes, de fato, não indicaram o nome do advogado que atualmente patrocina os interesses do agravado, tendo juntado aos autos a cópia da procuração outorgada em julho de 2003 à Doutora *Shirley Aparecida de Souza Lobo*, em nome de quem, inclusive, foi publicada a decisão de fls. 74/77, conforme consulta feita ao Diário da Justiça Eletrônica do dia 29/08/2016.

Ainda assim, a despeito da evidente infringência ao disposto nos arts. 1.016, IV, e 1.017, II, ambos do CPC em vigor, não se verifica prejuízo ao direito de defesa do agravado, na medida em que foi ele intimado pessoalmente, por carta, a responder ao recurso (fls. 80/82), possibilitando, dessa forma, a apresentação de contraminuta.

Também da falta da contestação - peça obrigatória à interposição do agravo de instrumento nos termos do art. 1.017, I, do CPC - resultaria a irregularidade formal do recurso. Sucede que, não fosse a necessidade de intimação prévia dos agravantes para sanar o vício (§ 3º do mesmo art. 1.017), não seria razoável negar seguimento ao agravo quando a juntada da contestação era absolutamente irrelevante ao conhecimento da irresignação dos agravantes e julgamento do recurso, interposto contra a decisão proferida já na fase de cumprimento de sentença, para apuração da ocorrência de fraude à execução.

Há, ainda, a questão da comprovação da interposição do recurso junto aos autos do processo principal.

A comprovação da interposição do agravo de instrumento tem o objetivo de permitir o exercício do juízo de retração pelo D. Magistrado que proferiu a decisão impugnada, e, dessa forma, caracteriza um ônus do agravante. Embora a Lei tenha conferido imperatividade ao cumprimento da medida nos processos não eletrônicos (art. 1.018, § 2º, CPC de 2015, reproduzindo norma anteriormente prevista no art. 526, parágrafo único, do CPC de 73), para resultar em inadmissibilidade do recurso, o não cumprimento do disposto neste artigo deve ser arguido e provado pelo agravado, certo que a prova só pode ser feita

Acesso ao Sumário

pela certidão expedida pelo escrivão judicial, conforme já restou sedimentado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça no julgamento de recurso repetitivo, apoiado na doutrina de José Carlos Barbosa Moreira:

> "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 526 E § ÚNICO DO CPC. NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO DO AGRAVADO. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO EX OFFICIO, AINDA QUE NÃO CITADO O AGRAVADO [...] o descumprimento das providências enumeradas no *caput* do art. 526 do CPC, adotáveis no prazo de três dias, somente enseja as consequências dispostas em seu parágrafo único se o agravado suscitar a questão formal no momento processual oportuno, sob pena de preclusão. 3. Doutrina clássica sobre o tema leciona que: 'No parágrafo, introduzido pela Lei nº 10.352, optou-se por solução de compromisso. A omissão do agravante nem é de todo irrelevante quanto ao não conhecimento do recurso, nem acarreta, por si só, esse desenlace. Criou-se para o agravado o ônus de arguir e provar o descumprimento do disposto no art. 526. Conquanto não o diga o texto *expressis verbis*, deve entender-se que a arguição há de vir na resposta do agravado, pois essa é a única oportunidade que a lei lhe abre para manifestar-se. ***A prova será feita, ao menos no comum dos casos, por certidão do cartório ou da secretaria, que ateste haver o prazo decorrido in albis***. Na falta de arguição e prova por parte do agravado, o tribunal não poderá negar-se a conhecer do agravo - salvo, é claro, com fundamento diverso -, ainda que lhe chegue por outro meio a informação de que o agravante se omitiu. A disposição expressa do parágrafo afasta a incidência do princípio geral segundo o qual o órgão *ad quem* controla *ex officio* a admissibilidade do recurso.' (José Carlos Barbosa Moreira, 'Comentários ao Código de Processo Civil', vol. 5, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 511/512)" (STJ - REsp 1008667/PR - rel. Ministro Luiz Fux - CORTE ESPECIAL - DJe 17/12/2009).

Tal prova não foi apresentada nos autos, de modo que não há razão para deixar de conhecer o recurso, sobretudo porque a comunicação do indeferimento do efeito suspensivo ao recurso levou ao conhecimento do D. Magistrado também a existência do presente agravo, permitindo, consequentemente, eventual retratação.

Para adequado entendimento da impugnação recursal reproduzo a decisão recorrida:

> "Vistos.
>
> Fls. 494/500, 505/510 e 512/525: Nos termos do artigo 792 do CPC,

Acesso ao Sumário

a fraude à execução pode ser reconhecida, independente de averbação na matrícula se a alienação reduz o devedor à insolvência.

Não se aplica ao caso o antigo artigo 615-A do antigo CPC que trata das execuções de títulos extrajudiciais, ressaltando que o trânsito em julgado da sentença somente ocorreu após a alienação, que se deu dias antes.

Intime-se por carta os adquirentes Eduardo Cimino Carvalho e Regina Célia dos Santos (fls. 522/523) e Eduardo Palone Brunello (fls. 525) nos termos do artigo 792, IV do CPC, providenciando o exequente o recolhimento da respectiva taxa.

Sem prejuízo, comprove a executada o recebimento dos valores pagos pela aquisição dos imóveis informando a existência de outros para garantia do débito.

Comprove o executado Osvaldo que as debentures (fls. 411/413) ainda se encontram em seu nome, para formalização da penhora.

Intime-se." (fls. 18/19).

O agravado peticionou nos autos para requerer fossem declaradas em fraude à execução a alienação dos imóveis descritos nas matrículas nº 23.850 e 27.696, ambas do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de São Sebastião - SP, porque realizadas no curso de demanda que poderia reduzir os agravantes à insolvência. O juiz, então, determinou a intimação dos adquirentes dos referidos bens. Daí a interposição do presente recurso.

Inicialmente, oportuno esclarecer que a decisão recorrida não tem lesividade para os agravantes, tendo em vista que ainda não foi declarada a fraude à execução, que, nos termos do art. 792, § 4º, do Código de Processo Civil, deve ser precedida da intimação dos adquirentes para que possam apresentar embargos. E ainda que não fosse a ausência de interesse e legitimidade dos agravantes para interposição de agravo de instrumento, o recurso também não comportava provimento.

Inicialmente, observa-se que a Lei não exige o trânsito em julgado para que a alienação de patrimônio de devedor seja considerada em fraude, bastando, para tanto, que ao tempo da venda corra contra eles demanda capaz de leva-los à insolvência.

Questionam os agravantes, também, o fato de não ter sido levada a registro qualquer constrição na matrícula dos imóveis alienados.

Não se olvida que, com a edição da Súmula 375 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, o registro da penhora tornou-se requisito indispensável do reconhecimento da fraude à execução.

A exigência definida pela jurisprudência, contudo, visa proteger o terceiro

Acesso ao Sumário

adquirente que, desconhecendo a existência de demanda passível de reduzir o devedor alienante à insolvência - uma vez não levada a registro a penhora para conferir-lhe oponibilidade *erga omnes* - presumiu sua solvência e não divisou qualquer prejuízo aos interesses de credores. Daí porque não averbada a penhora é possível presumir a boa-fé do terceiro adquirente, que cede somente em face da prova do conluio.

Tal presunção, portanto, não pode favorecer os próprios executados, que conheciam exatamente em que fase se encontrava o processo e as consequências dos atos por eles praticados.

A esse respeito, oportuno lembrar o voto da Ministra Laurita Vaz no julgamento do REsp 796812/SP, de sua relatoria, que decidiu caso semelhante: "*A priori, importante ressaltar que os Recorrentes são os executados na demanda, que não desconheciam que contra eles corria ação. Sendo assim, nos termos do inciso II do art. 593 do Código de Processo Civil, ressalvadas as hipóteses de constrição legal, para a caracterização da fraude de execução, é necessário a ocorrência de dois requisitos: a) existência de ação em curso, com citação válida; b) pendência de demanda capaz de reduzir o alienante à insolvência. Vê-se, no caso dos autos, que mencionados requisitos restaram atendidos, haja vista que os executados, ora Recorrentes, tinham conhecimento de que havia contra si um processo de execução e, mesmo assim, alienaram o único bem que poderia garanti-lo [...] Nesse cenário, não se há de examinar a questão do registro da penhora, tendo em vista que, como bem decidido pela Corte de origem, os executados-alienantes agiram de má-fé, frustrando a pretensão do exequente [...] Por fim, apenas por apreço ao debate jurídico, saliento que a exigência do registro do imóvel penhorado visa à proteção do terceiro de boa-fé e não é ato essencial à formalização da constrição judicial. Esta Corte Superior de Justiça entende que, em relação ao terceiro, somente se presume fraudulenta a alienação de bem imóvel realizada posteriormente ao registro de penhora ou arresto. Tal orientação restou sumulada no enunciado n.º 375 do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe 'O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.' Ocorre que, na hipótese em questão, como bem apontado pelos ora Recorrentes, nas razões recursais, acerca da 'inexistência de registro da penhora, um dos requisitos essenciais à comprovação de má-fé do terceiro adquirente'; é certo que tal fato elide apenas a má-fé do terceiro que adquiriu o imóvel constrito antes de ser registrada a penhora, e não a dos executados-alienantes que tinham conhecimento da ação de execução contra eles intentada. É forçoso que reconheçam, por conseguinte, que cabe a ele - terceiro - deduzir a pretensão nesse sentido*" (STJ - DJe 08/09/2009).

Também e nesse sentido a orientação da jurisprudência do Tribunal:

"Cumprimento de sentença. Fraude à execução configurada nos

Acesso ao Sumário

termos do artigo 593, II, do CPC. Desconsideração da personalidade jurídica da executada e penhora de bem da sócia. Existência de diversas execuções em andamento quando da alienação do imóvel. Súmula 375 do STJ que veio pacificar a controvérsia a partir da alteração dos arts. 615-A e 659, § 4º, do Código de Processo Civil, ocorridas com a Lei nº 11.382, de 06.12.2006. Ausência de registro da penhora que elide tão-somente a má-fé do terceiro adquirente e não do executado que há anos tem conhecimento da execução e aliena o único bem disponível para a satisfação do crédito. Recurso provido para reconhecer a fraude à execução." (TJSP - Ag. 2159313-75.2014.8.26.0000 - rel. Des. Maia da Cunha- j. 30/10/2014).

E ainda: *TJSP - Ag. 2059830-72.2014.8.26.0000 - rel. Des. Irineu Fava - j. 19/09/2014; TJSP - Ag. 0132088-56.2010.8.26.0000 - rel. Des. Viviani Nicolau - j. 09/11/2010; TJSP - Ag. 2029412-88.2013.8.26.0000 - rel. Des. João Camillo de Almeida Prado Costa, j. 27/01/2014*.

Assim, a inexistência de averbação da penhora como impedimento ao reconhecimento da fraude à execução não pode ser aproveitada pelos agravantes, porque não se admite a defesa de direito alheio em nome próprio (art. 18, CPC de 2015). Caberá assim, aos terceiros adquirentes, presumidamente de boa fé, demandar a proteção do seu direito mediante apresentação de embargos de terceiro.

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2263050-60.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MERCANTIL BRASILEIRA DE COMÉRCIO ELETRÔNICO LTDA., é agravado MAPPIN LOJAS DE DEPARTAMENTOS S.A. (MASSA FALIDA).

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 ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11022)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente) e PERCIVAL NOGUEIRA.

São Paulo, 2 de dezembro de 2016.

JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Falência - Decisão agravada que deferiu a quebra de sigilo fiscal da agravante - Cabimento - Indícios de confusão patrimonial que autorizam a medida, a qual visa apurar suposta má utilização da empresa, o que poderá vir a permitir, futuramente, a desconsideração da sua personalidade jurídica - Inexistência de cerceamento de defesa ou de violação do princípio do devido processo legal, tendo em vista que a medida foi tomada em incidente no qual a agravante faz parte e tem total possibilidade de se defender - Poder geral de cautela do juiz que autoriza, ademais, que tal providência seja deferida *inaudita altera pars*, a fim de se garantir o resultado pretendido - Recurso desprovido.

VOTO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento, interposto por Mercantil Brasileira de Comércio Eletrônico Ltda., recurso por meio do qual, nos autos da falência de Mappin Lojas de Departamento S/A, postula a agravante a reforma da decisão de primeiro grau, cuja cópia encontra-se a fls. 16, que, dentre outras providências, deferiu a quebra do seu sigilo fiscal, determinou a busca de bens através de pesquisa via ARISP e de expedição de ofícios ao BACEN e à Delta Records e deferiu a expedição de alvará autorizando a obtenção de informações patrimoniais, pelo síndico, junto a entidades autárquicas, agências reguladoras e outros órgãos.

Sustenta a agravante que, no presente caso, não estão presentes os requisitos legais autorizadores da quebra do seu sigilo fiscal e consequente investigação patrimonial. Aduz, ainda, violação ao princípio do devido processo legal e cerceamento de defesa, tendo em vista que a medida foi tomada sem que tenha havido condenação desconsiderando a sua personalidade jurídica.

Acesso ao Sumário

O efeito suspensivo pleiteado foi deferido (fls. 101/102).

Contraminuta a fls. 105/116.

Informações do Juízo *a quo* a fls. 161/162.

A Procuradoria Geral de Justiça apresentou, a fls. 165/171, parecer pugnando pelo desprovimento do recurso.

É, em síntese, o relatório.

Em acórdão anterior, proferido no Agravo de Instrumento nº 0277705-13.2011.8.26.0000, este Tribunal entendeu que a desconsideração da

personalidade jurídica da agravante era, naquela oportunidade, prematura. Isto porque, em obediência ao princípio do devido processo legal, a análise do pedido de desconsideração somente poderia ser feita após a citação da ora recorrente (fls. 24/32).

Cumpre ressaltar que a decisão objeto do agravo anterior havia sido proferida, *inaudita altera pars*, no incidente processual nº 1056, o qual tem por fim a extensão, a outras empresas (dentre as quais a ora agravante), da desconsideração das personalidades jurídicas da falida. Com a decisão deste Tribunal determinando que, antes da desconsideração, era necessária a citação das empresas envolvidas, o referido incidente retomou o seu curso, tendo a agravante sido regularmente integrada no polo passivo da demanda para apresentar a sua defesa.

A decisão ora agravada, por sua vez, foi proferida após a citação da recorrente, sendo certo que, por entender presentes indícios de confusão patrimonial, o magistrado *a quo* determinou a quebra do sigilo fiscal da agravante, bem como determinou a busca de bens através de pesquisa via ARISP e expedição de ofícios ao BACEN e à Delta Records, tendo deferido, ainda, a expedição de alvará autorizando a obtenção de informações patrimoniais, pelo síndico, junto a entidades autárquicas, agências reguladoras e outros órgãos.

Feito este breve relato sobre os fatos discutidos neste feito, cumpre ressaltar que, ao contrário do que dá a entender a agravante, o objeto do presente recurso em nada se assemelha ao que foi decidido no Agravo nº 0277705-13.2011.8.26.0000.

De fato, aquele primeiro Agravo de Instrumento questionava a ordem de desconsideração da personalidade jurídica da recorrente, tendo este Tribunal decidido que tal medida somente seria possível após as empresas envolvidas serem devidamente citadas para defenderem-se.

Já o presente Agravo de Instrumento volta-se contra a decisão que, visando buscar elementos para deferir, ou não, o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, quebrou o sigilo fiscal da recorrente e determinou a sua investigação patrimonial.

Vale dizer: a decisão ora agravada nada mais fez do que dar efetividade à ordem no sentido de que a desconsideração da personalidade jurídica das empresas envolvidas no incidente somente seria possível após a devida instrução processual.

E, exatamente por tal motivo, é que não se exige prévia condenação da agravante para que a quebra do seu sigilo fiscal seja deferida. Ora, se o objeto do referido incidente é, justamente, a desconstituição da personalidade jurídica das pessoas envolvidas, é evidente que a quebra do sigilo fiscal das empresas deverá ocorrer previamente à decisão final, tendo em vista que tal medida busca,

Acesso ao Sumário

exatamente, auferir elementos para que o julgador acolha, ou não, o pedido.

Ademais, como bem ressaltou o Douto Procurador de Justiça no parecer de fls. 165/171, não houve qualquer cerceamento ao direito de defesa da agravante, na medida em que a decisão agravada foi proferida em incidente processual no qual ela faz parte, e, inclusive, já apresentou defesa.

Além disso, cumpre destacar que o deferimento da quebra de sigilo *inaudita altera pars* decorre do poder geral de cautela que é atribuído ao juiz da falência, o qual, nos termos do art. 798 do Código de Processo Civil de 1973, poderá "*determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave ou de difícil reparação*".

Destaca-se, por oportuno, o parecer exarado pelo Ministério Público a fls. 165/171: *"Como constou da decisão guerreada, há fundadas suspeitas de a agravante (juntamente com outras pessoas jurídicas) servir ao representante da falida MAPPIN em abuso de responsabilidade jurídica e confusão patrimonial em detrimento da Massa Falida". A ilustre promotora ainda registrou: "No caso presente, há sim fundadas suspeitas de que a agravante serve aos propósitos de Ricardo Mansur que administra de fato diversas empresas por meio de seus presta-nomes, sendo imprescindíveis as informações sobre bens das pessoas jurídicas. A investigação sobre a existência de desvio de bens por interpostas pessoas jurídicas tem respaldo nos princípios de direito que reconhecem a preponderância do direito coletivo sobre o particular, e, no caso presente, há de se considerar que a agravante tem acesso ao incidente e poderia, em querendo, trazer as informações necessárias, limitando-se a negar qualquer envolvimento com o falido".*

Assim, o julgador poderia - como, aliás o fez - determinar, sem a oitiva da parte contrária, a quebra do sigilo fiscal da agravante.

Nesse sentido, bem observa Cândido Rangel Dinamarco que: *"**A direção do processo é exercida em primeiro lugar mediante o impulso do procedimento, do qual a lei expressamente encarrega o juiz (CPC, art. 262, parte final o impulso oficial): não-obstante seja das partes o interesse primário pela solução dos conflitos em que estão envolvidas, nem por isso se pode desconsiderar que o processo é o instrumento público de exercício de uma função pública - a jurisdição. Embora possam as partes ter a disponibilidade das situações de direito material pela qual litigam, não pode o Estado-juiz permanecer inteiramente à disposição do que elas fizerem ou omitirem no processo, sem condições de cumprir adequadamente sua função. O processo não é um negócio, ou mesmo um jogo entre os litigantes, mas uma instituição estatal**" (Instituições de Direito Processual Civil, vol. I, Ed. Malheiros, 6ª ed., pg. 227).*

Acesso ao Sumário

No processo falimentar e nas demandas a ele acessórias, como é o caso dos autos, há uma exacerbação legal das atividades do juiz, que deve agir de forma ainda mais atuante, autorizado pela necessidade de resolver as complexas questões nele envolvidas e pelo grande número de credores, inclusive privilegiados, em relação aos quais a massa falida é responsável.

Portanto, a decisão judicial não padece de qualquer irregularidade, na medida em que atuou o magistrado como a lei lhe autoriza. Vale lembrar, a propósito, a doutrina de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, acerca do art. 5º, inc. LV, da Constituição da República: *"**Só será lícito afastar o direito fundamental ao contraditório quando sua aplicação importar em risco de lesão a outro direito fundamental, caso em que o juiz deverá arbitrar o conflito. (...) Nessa obra de ponderação mostra-se indispensável verificar a proporcionalidade entre o prejuízo processual causado pela inobservância do princípio e o provável prejuízo que a outra parte sofrerá sem o deferimento da tutela cujo adiamento se pretende, verificada ainda a provável existência do direito afirmado. Atendidas essas coordenadas, o contraditório poderá ficar postergado para momento posterior ...**" (Comentários à Constituição do Brasil, coords. J.J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck, Ed. Saraiva, Almedina e IDP, 2013, p. 435/436).*

No mais, a análise sumária do quadro dos autos, adequada à fase em que se encontra o incidente, indica que a decisão recorrida deve ser mantida tal como proferida, porquanto há elementos suficientes a revelar as graves suspeitas que recaem sobre a agravante.

De fato, há decisão, transitada em julgado, que, com o fim de atingir o patrimônio do sócio Ricardo Mansur, desconsiderou a personalidade jurídica das empresas Mappin Lojas de Departamentos S.A., Casa Anglo, Mappin Empreendimentos Imobiliários e Mappin Telecomunicações. Vide, neste sentido, parte de decisão proferida em 15 de janeiro de 2015, que assim dispôs (grifo nosso): *"Vistos. Fls. 8714: Requer o administrador judicial à serventia a certificação de que ocorreu a desconsideração da personalidade jurídica das falidas Mappin Lojas de Departamentos S.A., Casa Anglo, Mappin Empreendimentos Imobiliários e Mappin Telecomunicações para ser atingido o patrimônio de seu sócio Ricardo Mansur. A certidão a fls. 8717, que certificou que não ocorreu o trânsito está equivocada. Os Acórdãos versaram apenas sobre a desconsideração inversa da personalidade jurídica.* ***Logo, quanto à desconsideração da personalidade de Mappin Lojas de Departamentos S.A., Casa Anglo, Mappin Empreendimentos Imobiliários e Mappin Telecomunicações para atingir o sócio administrador Ricardo Mansur, a decisão de desconsideração da personalidade não foi objeto de recurso. A decisão desconsiderou as personalidades jurídicas das referidas sociedades e, por consequência, atingiu o patrimônio de Ricardo Mansur, tratado pela***

Acesso ao Sumário

***decisão, inclusive, expressamente como falido e cujos bens pessoais devem responder pelas dívidas da Massa** (...).”*

Como se vê, o sócio Ricardo Mansur deverá responder, com o seu patrimônio, pelas dívidas decorrentes da falência do grupo Mappin. Consequentemente, mostra-se indispensável a realização de investigações nas empresas que possuem como sócio Ricardo Mansur ou pessoas com quem ele guarda estreita relação.

No caso da empresa agravante, afirmou o síndico da massa falida, em sua contraminuta, que Ricardo Mansur não figura como sócio direito, mas se utiliza de interpostas pessoas na aquisição de participações societárias, valendo transcrever quanto ao tema e também no que tange aos indícios de confusão patrimonial, os seguintes trechos da defesa recursal:

> “*No caso da Recorrente, o falido RICARDO MANSUR não é sócio direto, mas sim, pessoas físicas e jurídicas a ele ligadas, expediente utilizado pelo falido, qual seja, se utilizar de interpostas pessoas na aquisição de participações societárias, sendo que é público e notório que sua esposa não possui qualquer fonte de renda, da mesma forma que a Agravante sequer fez prova da origem dos recursos utilizados pela sócia majoritária na aquisição da participação societária e nenhuma alegação que contrarie as provas e alegações trazidas pela Massa Falida no pedido exordial.*
>
> *Porém, há ainda mais provas da promiscuidade entre a Recorrente e outras empresas pertencentes ao falido, RICARDO MANSUR, posto que fazem ou fizeram parte do quadro societário da Recorrente as seguintes pessoas físicas e jurídicas havendo ai mais uma evidência de promiscuidade entre o falido e as empresas investigadas pela MASSA FALIDA, a saber:*
>
> *JOSÉ MANSUR FARHAT;*
>
> *MACLEVI ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA.;*
>
> *MIGUEL DE OLIVEIRA;*
>
> *RUBENS MARQUES;*
>
> *SAND HILL PARTICIPAÇÕES, atual BANKPLUS ADMINISTRAÇÃO DEBENS E PARTICIPAÇÕES LTDA., (Sócios: Miguel de Oliveira, Rubens Marques, Silverson S.A., Salvador do Pozzo, Valdemir Varanda, PremiereEditora e Promoções Ltda.)*
>
> *SUN NORTH MOTORS LTDA.;*
>
> *SALVADOR DO POZZO;*
>
> *VALDEMIR VARANDA;*
>
> *PREMIERE PROMOÇÕES E EVENTOS LTDA.*

Acesso ao Sumário

VIVA FINANCIAL ADMINISTRAÇÃO DE BENS E LEILÕES.

A BANKPLUS (antiga SAND HILL) é sócia da empresa VIVA FINANCIAL ADMINISTRAÇÃO DE BENS E LEILÕES, que inclusive adquiriu bens da MASSA FALIDA da BARNET, empresa falida que pertenceu ao falido RICARDO MANSUR.

Por sua vez, a VIVA FINANCIAL é sócia da empresa SINGRA - SOLUÇÕES INTEGRADAS DE GESTÃO E RECUPERAÇÃO DE ATIVOS LTDA., tendo ainda como sócia outra empresa do mesmo grupo econômico de RICARDO MANSUR, qual seja, a OPHERA PARTICIPAÇÕES COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS E ARTIGOS DE USO DOMÉSTICO LTDA.

E o procurador da SILVERSON S.A., RUBENS MARQUES, foi sócio da BANKPLUS, cuja antiga denominação era SAND HILL, tendo se retirado da sociedade em 23.07.2002 e, no seu lugar, ingressou a offshore SILVERSON S.A., representada pelo mesmo procurador, ou seja, o Sr. Rubens.

E o outro sócio da empresa Recorrente, JOSÉ MANSUR FARHAT, mantém laços estreitos com o falido, RICARDO MANSUR, em especial com a empresa BANKPLUS, anteriormente denominada SAND HILL, conforme pode ser verificado nas informações prestadas no relatório em especial às fls. 28/30.

No que se refere às demais sócias, SUN NORTH MOTORS LTDA. e MACLEVI ADMINISTRAÇÃO DE BENS LTDA., restou apurado nos autos falimentares que a SUN NORTH teve como sócia a empresa SAND HILL (atual BANKPLUS), pela qual RICARDO MANSUR assinou Termo de Compromisso com outros sócios ajustando a utilização dos imóveis pertencentes a SUN NORTH, SAND HILL FACTORING e EXTRALEILÕES.

Pelo Termo de Compromisso, RICARDO MANSUR e JOSÉ MANSUR FARHAT, declaram que participam direta ou indiretamente de sociedades que detém a posse e propriedade dos imóveis da Rua Marques de São Vicente, 182 e Rua Joaquim Floriano, 503, ambas em São Paulo/SP (doc. anexo).

Atualmente a MACLEVI ADMINISTRADORA DE BENS entrou na sociedade no lugar da SAND HILL, evidenciando a ligação da primeira empresa com RICARDO MANSUR.

Na ação de alimentos, na qual RICARDO MANSUR figurou como réu, declarou em seu depoimento que: '...eu não presto serviços na SAND HILL, não conheço os sócios da SAND HILL. Meu contato com a empresa é com seu Diretor Miguel de Oliveira. Ele é meu personal trainer há

Acesso ao Sumário

15 anos. Não conheço o outro diretor da empresa. Conheço RUBENS MARQUES. Ele é contador da SAND HILL. Não sei se ele é diretor. Conheço há 12 anos. Ele também é meu contador. Sou mandatário da empresa e apenas assino alguns cheques esporadicamente'.

Na JUCESP há menção aos poderes de RICARDO MANSUR para assinar contratos e prestar fiança em nome da MACLEVI.

Pois bem! Rubens Marques, é contador do Sr. Mansur. Ou seja, essas pessoas ligadas ao falido, RICARDO MANSUR, trabalham ou prestam serviços a ele, não possuem patrimônio compatível para serem sócios de uma empresa de grande porte e apenas emprestam seus nomes para que o falido principal continue a atuar no mercado.

Portanto, há provas mais do que suficientes da promiscuidade societária entre as diversas empresas controladas por RICARDO MANSUR, motivo pelo qual, a manutenção da desconsideração da personalidade jurídica do falido para atingir sua participação societária nas empresas pertencentes ao grupo econômico é questão de justiça, uma vez que o estado falimentar do Sr. RICARDO MANSUR é incompatível com as dezenas de empresas que possui, seja diretamente, seja por interpostas pessoas, como é o caso da sua mulher ROBERTA ARRUDA MENEZES, seja por empresas que detém o controle acionário e que são sócias de outras empresas do mesmo grupo".

Está clara, portanto, a presença de fortes indícios de confusão patrimonial entre a agravante, as empresas falidas, e outras empresas do grupo econômico de Ricardo Mansur, a permitir a quebra de seu sigilo fiscal e a consequente investigação patrimonial.

Ressalte-se, por fim, que, no atual momento processual, está-se diante de indícios de confusão patrimonial e má utilização da empresa agravante. Tais fatos, a toda evidência, ainda deverão ser devidamente comprovados antes que, futuramente, se decida acerca do cabimento, ou não, da desconsideração da personalidade jurídica da recorrente.

E, justamente para que tal prova possa ser produzida, é que a quebra do sigilo fiscal da empresa agravante mostra-se imprescindível, assegurando-se, assim, o resultado prático do processo falimentar e a futura satisfação dos credores atingidos pela quebra do Mappin.

Daí porque, ante o acima exposto, pelo meu voto, nos termos supraconsignados, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2032915-15.2016.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante QUALICORP ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS S/A, é agravada ANDREIA CUNHA DE SOUSA.

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 30.006)**

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

São Paulo, 7 de novembro de 2016.

FÁBIO QUADROS, Relator

Ementa: Cautelar inominada. Decisão que deferiu liminar para que ambas as requeridas continuem a custear o tratamento de que necessita a agravada. Insurgência. Preliminar de não conhecimento do recurso não acolhida. Custas recolhidas. Decisão que merece ser alterada. Impossibilidade de se atribuir à ora agravante o custeio do tratamento. Função apenas administrativa. Obrigação de custeio que deve ser mantida apenas com relação à outra requerida. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento manejado por **QUALICORP ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS**, nos autos da cautelar inominada que ANDREIA CUNHA DE SOUSA move em face da agravada e de GOLDEN CROSS ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL DE SAÚDE LTDA., contra a decisão que deferiu a tutela antecipada para determinar que as requeridas continuem a custear o tratamento médico a que se submete a agravada em razão de ter sido diagnosticada com câncer de mama metastático para os pulmões.

Insurge-se a agravante sustentando, em síntese, que se encontra impossibilitada de manter o cumprimento da decisão, já que o encerramento da carteira se deu por solicitação da outra requerida Golden Cross e que o cumprimento da decisão judicial é impossível para a agravada. Aponta que não é responsável pela manutenção do plano ativo e que o cumprimento da

Acesso ao Sumário

decisão depende exclusivamente do contrato firmado com a operadora do plano de saúde. Busca seja conferido efeito suspensivo ao recurso e, ao final, seja-lhe dado provimento para eximir a agravante da responsabilidade pelo cumprimento da decisão.

O pedido liminar foi deferido, única e especificamente à agravante (fls. 232/233).

A agravada apresentou resposta (fls. 236/241).

Vieram informações do juízo de origem (fls. 250/253).

Não foi apresentada oposição ao julgamento virtual (fls. 248).

É o relatório.

A preliminar de não conhecimento do recurso não merece ser acolhida.

Às fls. 230 verifica-se que houve o recolhimento das taxas de preparo.

No mérito, o recurso merece parcial provimento nos termos da liminar aqui concedida.

Ocorre que a decisão agravada concedeu ordem liminar para que as requeridas (Golden Cross e Qualicorp) continuassem a custear o tratamento médico da agravada.

E como posta, a decisão dá margem a que a agravada cobre das duas requeridas a providência do custeio, enquanto que a função da ora agravante é apenas de administrar o plano de saúde e a emissão de boletos.

Dessa forma, a decisão merece ser reformada apenas para que se retire da agravante a obrigação de custear o tratamento da agravada, mantendo-se a decisão como proferida no tocante à outra requerida.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, nos termos acima postos.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2191650-49.2016.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é agravante J.P.L.G., é agravada R.A.S.

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 35.612)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA (Presidente), HAMID BDINE e ENIO ZULIANI.

São Paulo, 23 de novembro de 2016.

NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA, Relator

Ementa: Reconhecimento e dissolução de união estável, cumulada com partilha e alimentos. Interlocutória que arbitrou provisórios em um salário mínimo e meio por mês. Inadmissibilidade. Obrigação alimentar entre companheiros é excepcional. Inexistência de comprovação, de plano, da necessidade da agravada, que é mulher relativamente jovem, e nada consta de que esteja impossibilitada de exercer regular atividade laboral em busca do próprio sustento. Matéria que exige análise na fase processual pertinente, quando será observado, de modo pormenorizado, o trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade. Verba alimentar, por ora, não pode sobressair. Agravo provido.

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto tempestivamente contra a r. decisão de págs. 111/112 dos autos de origem, que, em ação de reconhecimento e dissolução de união estável, cumulada com partilha e alimentos, arbitrou os provisórios em um salário mínimo e meio por mês em favor de ex-convivente.

Alega o agravante que a agravada atua como fisioterapeuta, é jovem, saudável e não paga aluguel, pois reside graciosamente no imóvel que pertence à família do recorrente. Assevera que não se trata de uma mulher do lar, além de ressaltar que o réu colabora mensalmente com as contas da casa e dos filhos do casal. Menciona que a recorrida tem plenas condições de obter renda própria, o que inclusive vem ocorrendo mediante atendimentos em sua clínica. Aduz que a crise econômica assola a empresa do agravante, não podendo manter o mesmo padrão de vida que havia durante a convivência. Afirma que não tem condições de suportar a obrigação imposta e a agravada não demonstrou a necessidade de recebimento da pensão, portanto, os alimentos provisórios devem ser afastados, a fim de evitar que a recorrida seja beneficiada em prejuízo do sustento do recorrente. Afinal requer o provimento do recurso, antecedido da outorga de efeito suspensivo, para que sejam revogados os alimentos provisórios arbitrados em favor da ex-companheira.

Processado o agravo com a concessão de efeito suspensivo, pág. 56.

Apresentada contraminuta, sendo rebatida integralmente a pretensão do agravante, págs. 59/74.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

2. A r. decisão agravada merece reforma.

De início, cumpre anotar que a preliminar de não conhecimento do recurso não comporta acolhimento, visto que os autos do processo em primeira instância são eletrônicos, portanto, incabível a aplicação do disposto no artigo 1.018, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil em vigor.

Em que pese a agravada tenha comprovado, em análise perfunctória, a união estável com o agravante, não restou demonstrada, de plano, a suposta dependência econômica da recorrida em relação ao recorrente, que eventualmente justificasse a fixação de alimentos provisórios.

Ao contrário, os elementos constantes do instrumento são insuficientes para evidenciar a falta de recursos da autora, que conta com 40 anos de idade, ou seja, pessoa relativamente jovem e saudável, apta a exercer atividade laborativa, portanto, não se pode inferir, em juízo de cognição sumária, que a agravada não possua condições de prover o próprio sustento.

Ademais, não é demais lembrar que a fixação de alimentos entre cônjuges/conviventes é excepcional, não se presumindo a necessidade de quem os pleiteia.

Acerca do assunto, oportuna a transcrição jurisprudencial:

"*Alimentos. Provisórios. Fixação em face da ex-esposa. Inadmissibilidade. Obrigação entre ex-cônjuges que é excepcional. Hipótese em que não demonstrado o binômio necessidade-capacidade. Ausência dos requisitos para a antecipação da tutela. Decisão mantida. Recurso improvido.*

(...)

A primeira observação que se faz é que a obrigação alimentar, se existente, no caso, decorre do matrimônio e não do poder familiar. Assim porque a agravante é ex-esposa do agravado.

Não se presumindo, portanto, a necessidade da alimentanda, a fixação de alimentos provisórios só se pode autorizar como antecipação de tutela ('rectius': tutela de urgência), a exigir, portanto, a presença de seus requisitos específicos.

(...)

Alimentos, como se sabe, não podem ser repetidos, via de regra (a excepcionalidade só se manifesta em raríssimas hipóteses). Daí decorre que uma vez fixados, tornariam irreversível a tutela, a maltratar, portanto, a disposição do parágrafo 2º, do referido artigo 273.

(...)

Cabe lembrar, ademais, que a obrigação alimentar entre companheiros e ex-cônjuges é excepcional, só devendo ser admitida em caso de absoluta impossibilidade de um deles manter-se por conta própria." (Agravo de Instrumento nº 9.040.732-55.2009.8.26.0000. Relator Desembargador

Acesso ao Sumário

Vito Guglielmi. Sexta Câmara de Direito Privado. J. 27-08-2009).

Desta forma, de rigor revogar, por ora, os alimentos provisórios arbitrados em favor da recorrida, devendo ser aguardada a fase processual pertinente para discussão da matéria, a fim de que seja analisado, de modo pormenorizado, o trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade.

Assim, os requisitos autorizadores da concessão da tutela de urgência, em sede de alimentos, não estão presentes, já que os fatos alegados dependem de dilação probatória, ficando revogada a decisão agravada no que tange ao referido item.

3. Com base em tais fundamentos, **dá-se provimento ao agravo de instrumento.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2039438-43.2016.8.26.0000, da Comarca de Iepê, em que são agravantes JOSÉ PASQUAL MENDONÇA DA SILVA e MARIA DA PENHA ANGELO DA SILVA, é agravado COOPERATIVA AGRÍCOLA MISTA DE ALVORADA DO SUL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª 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 27003)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE LAZZARINI (Presidente sem voto), GALDINO TOLEDO JÚNIOR e MAURO CONTI MACHADO.

São Paulo, 31 de outubro de 2016.

PIVA RODRIGUES, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de usucapião de imóvel rural. Decisão que determinou a apresentação, pelos autores, de planta georreferenciada (Sigef). Inconformismo dos autores. Necessidade da apresentação da planta georreferenciada em ação de usucapião de imóvel rural inafastável e imediata, nos termos artigo 225, §3º, da Lei 6.015/73, Decreto nº 4.449/02, §9º do artigo 9º e artigo 2º, inciso I, do Decreto nº 5.570/05. Considerando, contudo, que os

Acesso ao Sumário

autores são beneficiários de gratuidade, caso não tenham condições de cumprir o determinado, a planta georreferenciada, nos moldes da decisão agravada, deve ser providenciada por perícia custeada pelo Estado. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão da E. Juíza de Direito Luciana Menezes Scorza de Paula Barbosa, da Vara Única da Comarca de Iepê que, no curso da demanda originária, determinou: "(...) No mais, intimem-se os autores para, no prazo de 20 (vinte) dias: (...) d) a juntada do Memorial Descritivo e Planta Georreferenciada (planilha-Sigef) da área usucapiendo, gerado automaticamente pelo Sigef, com base nas informações transmitidas e assinadas digitalmente pelo responsável técnico credenciado, onde deve gerar o código de certificação da área (art. 225, parágrafo 3° da Lei n.º 6015 de 31/12/1973), conforme parecer emitido pelo Cartório de Registro de Imóveis a fls. 47. Int". Decisão à fl. 17.

Os agravantes recorrem (fls. 01/06). Sustentam, em síntese, que a exigência para apresentação da planta georreferenciada é obrigatória somente após a prolação da sentença declaratória ou do cadastramento da área no INCRA. Requerem seja reformada a decisão agravada.

Efeito suspensivo concedido à fl. 56.

Informações às fls. 64/65.

As partes não se manifestaram em oposição ao julgamento virtual do recurso.

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

A necessidade da planta georreferenciada decorre do disposto no artigo 225, §3º, da Lei 6.015/73: "(...) § 3º Nos autos judiciais que versem sobre imóveis rurais, a localização, os limites e as confrontações serão obtidos a partir de memorial descritivo assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica - ART, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, geo-referenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional a ser fixada pelo INCRA, garantida a isenção de custos financeiros aos proprietários de imóveis rurais cuja somatória da área não exceda a quatro módulos fiscais.".

Por sua vez, o Decreto nº 4.449/02, estabelece, no §9º do artigo 9º, que: "A identificação do imóvel rural, na forma do § 3º do art. 176 e do § 3º do art. 225 da Lei no 6.015, de 1973, será obtida a partir de memorial descritivo elaborado, executado e assinado por profissional habilitado e com a devida

Acesso ao Sumário

Anotação de Responsabilidade Técnica - ART, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, georreferenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro, e com precisão posicional a ser estabelecida em ato normativo, inclusive em manual técnico, expedido pelo INCRA. (...) § 9º Em nenhuma hipótese a adequação do imóvel às exigências do art.176, §§ 3º e 4º, e do art. 225, § 3º, da Lei no 6.015, de 1973, poderá ser feita sem a certificação do memorial descritivo expedida pelo INCRA."

E a exigência do georreferenciamento em ações de usucapião de imóvel rural é imediata, conforme prevê o artigo 2º, inciso I, do Decreto nº 5.570/05: "A identificação do imóvel rural objeto de ação judicial, conforme previsto no § 3º do art. 225 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, será exigida nas seguintes situações e prazos: I - imediatamente, qualquer que seja a dimensão da área, nas ações ajuizadas a partir da publicação deste Decreto".

Neste sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTROS PÚBLICOS. AÇÃO DE USUCAPIÃO. IMÓVEL RURAL. INDIVIDUALIZAÇÃO. MEMORIAL DESCRITIVO GEORREFERENCIADO. NECESSIDADE. LEIS 6.015/1973 E 10.267/2001.

1- O princípio da especialidade impõe que o imóvel, para efeito de registro público, seja plenamente identificado, a partir de indicações exatas de suas medidas, características e confrontações.

2- Cabe às partes, tratando-se de ação que versa sobre imóvel rural, informar com precisão os dados individualizadores do bem, mediante apresentação de memorial descritivo que contenha as coordenadas dos vértices definidores de seus limites, georreferenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro. Inteligência do art. 225, caput e § 3º, da Lei n. 6.015/1973.

3- Recurso especial provido.

(REsp 1123850/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 27/05/2013).

Contudo, por se tratar de documento eminentemente técnico, e considerando se tratarem os autores de beneficiários da gratuidade de justiça, tal documento (prova técnica) deve ser custeado pelo Estado.

Neste sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Usucapião extraordinária. Exigência de memorial descritivo e georreferenciamento do local para identificação precisa do imóvel. Isenção de custas garantida aos proprietários de área não excedente a quatro módulos rurais. Inteligência do art. 225, § 3º, da Lei n. 6.015/1973 c/c art. 9º, § 9º, do Decreto n. 4.449/2002. Assistência judiciária gratuita concedida aos autores. Perícia que deve ser custeada

Acesso ao Sumário

pelo Estado. Decisão reformada em parte. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Relator(a): Paulo Alcides; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 03/04/2014; Data de registro: 09/04/2014);

APELAÇÃO - Ação de Usucapião - Sentença de extinção sem resolução do mérito - Inconformismo do autor - Acolhimento - Autor beneficiário da Assistência Judiciária - Admissibilidade de documento de menor complexidade para o ajuizamento da ação - Necessidade de complementação da planta e memorial descritivo deve ser solucionada por meio de perícia custeada pelo Estado (art. 3º, V, da Lei nº 1060/50), a fim de se garantir o direito fundamental de acesso à justiça - Sentença anulada - Recurso provido. (Relator(a): José Aparício Coelho Prado Neto; Comarca: Cândido Mota; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 12/04/2016; Data de registro: 15/04/2016).

Até porque, anote-se, os documentos trazidos pelos autores com a inicial (fls. 78/80) são suficientes para identificar o imóvel, de modo a permitir a elaboração da planta georreferenciada.

Por tais fundamentos, dá-se parcial provimento ao recurso para, mantida a necessidade do georreferenciamento, determinar que a providência, em caso de não apresentação pelos autores, deve ser realizada por meio de perícia custeada pelo Estado.

Na hipótese de apresentação de embargos de declaração contra o presente acórdão, ficam as partes intimadas à manifestação, no próprio recurso, a respeito de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011 do Órgão Especial deste Egrégio Tribunal, entendendo-se o silêncio como concordância.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2007839-86.2016.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Pardo, em que é agravante BANCO SANTANDER BRASIL S/A, é agravado PAULO VICENTE FAZOLI.

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 17085)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUÍS

FERNANDO LODI (Presidente), COUTINHO DE ARRUDA e JOVINO DE SYLOS.

São Paulo, 11 de outubro de 2016.

LUÍS FERNANDO LODI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação declaratória de inexistência de dívida cumulada com reparação por danos morais e materiais - Determinação judicial para que ambos os réus se abstenham de realizar novas cobranças por conta do débito discutido nos autos, sob pena de multa de R$ 500,00, para cada cobrança que fizerem, e multa de R$ 5.000,00, se houver negativação - Admissibilidade em caso de descumprimento da ordem - Descabimento da pretensão do agravante à supressão ou redução da multa imposta, dada a natureza inibitória das astreintes que justifica sua fixação em valor expressivo - Decisão mantida.

PRAZO - Postulação voltada à fixação de prazo razoável para cumprimento da obrigação - Inadmissibilidade - A obrigação determinada na decisão hostilizada é a de abstenção da prática de atos por parte do agravante e, por óbvio, não cabe fixação de prazo para o início de seu cumprimento, já que cabe à instituição bancária permanecer inerte em conformidade com a determinação do juízo - Decisão mantida.

Recurso improvido.

VOTO

1. Agravo de instrumento interposto por Banco Santander Brasil S.A., contra a respeitável decisão interlocutória de fls. 199, proferida pela Magistrada Juliana Pires Zanatta Cherubim, que em ação declaratória de inexistência de dívida cumulada com reparação por danos morais e materiais, determinou que ambos os réus se abstenham de realizar novas cobranças por conta do débito discutido nos autos, sob pena de multa de R$ 500,00, para cada cobrança que fizerem, e multa de R$ 5.000,00, se houver negativação.

Sustenta que a decisão hostilizada merece ser reformada, pois a multa fixada proporcionará o enriquecimento sem causa do recorrido, enfatizando, ademais, que não houve cominação de prazo razoável para o cumprimento da

Acesso ao Sumário

ordem. Postula, assim, a supressão ou, subsidiariamente, a redução da multa imposta em caso de descumprimento da determinação, com observância ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

Indeferido o pedido de efeito suspensivo (fls. 210); vieram as informações do juízo da causa (fls. 215/216).

Decorreu o prazo sem apresentação de contrarrazões (fls. 219).

É o relatório.

2. O recurso não comporta provimento.

Inicialmente, registre-se que o presente recurso deve ser julgado com base no Código de Processo Civil de 1973, vigente à época da publicação da decisão recorrida.

Esta é a interpretação que se extrai do artigo 14, do Novo Código de Processo Civil: "*A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.*".

Isto posto, ressalto que as razões recursais ora ofertadas não se prestam a abalar os fundamentos da decisão hostilizada no que concerne à imposição de multa fixada, em caso de descumprimento da ordem emanada pelo juízo de Primeiro Grau.

É que não há qualquer arbitrariedade ou ilegalidade que justifique a não exigência da multa imposta, sobretudo por estar abarcada no artigo 461, do então vigente Código de Processo Civil, sendo certo que basta que o banco agravante se abstenha de efetuar novas cobranças dos valores discutidos nos autos e deixe de negativar o nome do recorrido, para que esteja isento de seu pagamento.

Ademais, a multa fixada não se revela excessiva, pois outra não é a sua finalidade a não ser desestimular o descumprimento da determinação judicial.

Por fim, vale lembrar que a obrigação determinada no comando judicial é de abstenção de prática de atos por parte do recorrente e, portanto, não cabe a fixação de prazo para início de seu cumprimento, já que cabe à instituição bancária permanecer inerte em conformidade com o comando judicial.

Pelo meu voto, então, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2148626-68.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MARCIO SANTANA BARROSO, é agravada SILVIA MEDINA FERRIRA.

ACORDAM, em 22ª 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 23.831)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores CAMPOS MELLO (Presidente) e HÉLIO NOGUEIRA.

São Paulo, 20 de outubro de 2016.

SÉRGIO RUI, Relator

Ementa: Agravo de instrumento - Descumprimento ao disposto no artigo 1.018 do CPC - Alegação da agravada corroborada pelas informações prestadas - Inadmissibilidade do agravo -Recurso não conhecido.

VOTO

Trata-se de recurso tirado de r. decisão - proferida na fase de cumprimento de sentença de ação de indenização por danos materiais e morais intentada por Márcio Santana Barroso em face de Latam Airlines Group S/A - que rejeitou a impugnação ofertada pelo autor relativamente aos honorários da patrona da empresa, Dra. Silvia Medina Ferrari, entendendo serem eles devidos.

O agravante pleiteia, preliminarmente, a nulidade da decisão fustigada por ausência de fundamentação e, no mérito, a reforma da r. decisão recorrida aos argumentos de que: (a) por conta do provimento à apelação interposta pela Latam foi afastada a condenação aos danos materiais e, tendo os honorários advocatícios sido arbitrados com base neles, não são devidos, "haja vista que 10% de R$0,00 é R$0,00" (**sic**) (fls. 5); (b) caberia à agravada - ou à interessada - ter oposto embargos de declaração para que fossem arbitrados tais honorários ou para que se alterasse sua base de cálculo "para valor da causa ou qualquer outro parâmetro" (**sic**), o que não se deu, operando-se a coisa julgada material; (c) o título executivo judicial é inexequível e a obrigação, inexigível, devendo ser o feito extinto sem julgamento do mérito. Postula, ao final, a condenação da agravada ao pagamento de honorários advocatícios pela nova fase processual - artigo 85, parágrafo 1º, do CPC - e a concessão de efeito suspensivo a seu agravo.

O recurso foi processado em ambos os efeitos (fls. 109).

Devidamente intimada, a agravada apresentou contraminuta acompanhada de documentos (fls. 116-124 e 125-134, respectivamente), oportunidade em que pleiteou, preliminarmente, o não conhecimento do recurso por descumprimento ao artigo 1.018 do Código de Processo Civil e, no mérito, a manutenção da r. decisão de rejeição.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O agravo não merece acolhimento por descumprimento de formalidade legal.

É dever de o agravante interpor o recurso cumprindo as formalidades exigidas em lei, a fim de o mesmo ser admitido regularmente, o que restou desatendido na hipótese.

A interposição do presente recurso de agravo deu-se em 25/7/2016. A teor do que dispõe o artigo 1.018, **caput** e inciso I, do Código de Processo Civil, o agravante deveria ter-lhe comprovado a interposição, em primeiro grau de jurisdição, no prazo de três dias, mas não o fez tempestivamente, oportunizando à agravada o pedido de não conhecimento do recurso, com o que se concorda.

Nesse sentido a jurisprudência:

RECURSO - Agravo de Instrumento - "Ação de consignação em pagamento" - Insurgência contra o respeitável "decisum" que rejeitou a impugnação ao cumprimento de sentença - Inadmissibilidade - Descumprimento do artigo 1.018, §§ 2º e 3º do Novo Código de Processo Civil, arguido e provado pela agravada - Preliminar acolhida - Recurso não conhecido, cassado o efeito suspensivo. (18ª Câmara de Direito Privado; Agravo de Instrumento 2078701-82.2016.8.26.0000/São Paulo; Relator: Roque Antonio Mesquita de Oliveira; julg. em 2/8/2016; V.U. - **in** "site" do Tribunal de Justiça de São Paulo).

RECURSO - Agravo de instrumento - Descumprimento do disposto no art. 526, "caput", do CPC, vigente à época, mantida no atual ordenamento processual civil, no artigo 1.018, parágrafo 2° - Não conhecimento do inconformismo - Ausência de pressuposto de admissibilidade recursal - Recurso não conhecido. (2ª Câmara de Direito Privado; Agravo de Instrumento 2205775-56.2015.8.26.0000/Guarulhos; Relator: Alvaro Passos; julg. em 11/7/2016; V.U. - **in** "site" do Tribunal de Justiça de São Paulo).

Por tais razões, não se conhece do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2168597-39.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante C.K., é agravada Y.G.H.

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 em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.162)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ENIO ZULIANI

Acesso ao Sumário

(Presidente sem voto), FORTES BARBOSA e HAMID BDINE.

São Paulo, 26 de outubro de 2016.

FRANCISCO LOUREIRO, Relator

Ementa: TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. Decisão que determina o afastamento liminar da sócia requerida da administração e da gerência, transferindo o múnus à autora, e ordena a devolução de numerário retirado da sociedade. Prova documental no sentido de que houve transferência eletrônica de valores entre contas titularizadas pela mesma pessoa jurídica, a afastar a ordem de devolução. Administração que deve ser exercida pela autora em razão da prática de atos de gestão temerária pela ré. Necessidade, contudo, de que a autora preste contas mensalmente à ré, que terá preservado o direito de ter acesso às contas bancárias da empresa, até mesmo para exercer seu direito de fiscalização. Impossibilidade, por outro lado, de que a ré movimente as contas. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito ativo, tirado de decisão (fls. 20/21 dos autos digitais) proferida nos autos da ação de dissolução parcial de sociedade ajuizada pela agravada Y.G.H. em face da ora agravante C.K.

Fê-lo o *decisum* recorrido, na parte que interessa ao presente recurso, nos seguintes termos:

"[...]

No mais, considerando os novos fatos alegados, bem como novos elementos probatórios trazidos aos autos, vejo por bem reconsiderar a decisão anterior que havia indeferido a tutela antecipada.

De fato, entendo que agora se encontram presentes os requisitos exigidos pelo artigo 300 do NCPC, sendo certo que os documentos de fls. 57/65, 67/70, 71/73, 74/75 e 218 evidenciam, a priori, a prática de falta grave no cumprimento das obrigações da ré, ou seja, dão conta probabilidade do direito da autora, nos termos do que estabelece o artigo 1030 do Código Civil. O perigo de dano é evidente na espécie, mormente ante à retirada de valores significativos da conta bancária da sociedade, que possui dívidas na praça, o que poderá inviabilizá-la.

Acesso ao Sumário

> Assim, DEFIRO TUTELA ANTECIPADA para o fim de: 1) afastar liminarmente a sócia requerida da administração e gerência da sociedade, nomeando-se para tal mister a autora; 2) ver a ré obrigada a devolver à empresa o valor por ela retirado da sociedade em 28/07/2016, ou seja, R$ 301.615,68 (trezentos e um mil, seiscentos e sessenta e oito reais), no prazo de cinco dias.
>
> [...]"

Aduz a ré agravante, em apertada síntese, que é sócia majoritária da pessoa jurídica Y.R.L., que tem como sócia minoritária a agravada.

Pontua que a demanda visa a exclusão da ré/recorrente do quadro societário da empresa em razão de alegados abusos e atos de má gestão à frente da pessoa jurídica.

Esclarece que, inicialmente, o pedido de afastamento liminar da administração da empresa foi indeferido. No entanto, sobreveio a decisão agravada, que concedeu a tutela provisória de urgência para afasta a recorrente da governança.

Afirma que o Juízo foi induzido em erro pela parte contrária, pois não houve desvio de valores da conta bancária da pessoa jurídica, mas apenas transferência de quantias para outra conta bancária que a própria empresa mantém junto ao Banco Bradesco, a afastar a ordem de restituição de valores à sociedade.

Destaca a existência de cláusula no contrato social que prevê a exclusividade dos poderes de gerência a seu favor, pugna pelo reconhecimento de que tem direito a continuar administrar a empresa e pelo reconhecimento de que não há valores a serem restituídos à sociedade.

Em razão do exposto, e pelo que mais argumenta às fls. 01/16, pede, ao final, o provimento do recurso.

Concedida, em parte, a liminar de efeito ativo, foi determinado o processamento do Agravo de Instrumento, dispensadas as informações do Juízo *a quo*, porque clara a questão colocada em debate (fls. 193/202).

O recurso foi contrariado às fls. 205/211.

Não houve oposição ao julgamento virtual (fl. 212).

É o relatório.

1. Inicialmente, admito o presente recurso com fundamento no inciso I do art. 1.015 do Código de Processo Civil vigente, de acordo com o qual cabe Agravo de Instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre "*tutelas provisórias*".

2. No mérito, o recurso comporta parcial provimento, nos termos da decisão proferida em sede de análise liminar, cujo entendimento ratifico integralmente.

Acesso ao Sumário

Houve alteração sensível no tocante à antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional no sistema do novo Código de Processo Civil.

O Código de 2015, sob o gênero da tutela provisória, prevê a possibilidade de que seja concedida tanto uma tutela cautelar quanto uma tutela antecipada, desde que fundadas em uma situação de urgência.

Para deferir a tutela de urgência, não tendo o juiz elementos de cognição definitiva e exauriente, de um lado, devem existir elementos que evidenciem a probabilidade do direito alegado pela parte.

Ademais, deve haver perigo de dano, ou risco ao resultado útil do processo. Vale dizer, é necessário aferir se, em razão da demora, exista perigo de gerar dano à parte ou de comprometimento do resultado útil do processo.

É exatamente o que se depreende da leitura do *caput* do art. 300 do Código de Processo Civil de 2015.

Em suma, segundo **Robson Renault Godinho**, "*a tutela de urgência, rigorosamente, centra-se no perigo de demora da prestação jurisdicional, abreviando-se a espera natural do tempo do processo*" **(Comentários ao Novo Código de Processo Civil, diversos autores coordenados por Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer, Rio de Janeiro: Forense, 2015, n. 3, p. 473).**

No caso concreto, a agravada Y.G.H. ajuizou ação de dissolução parcial de sociedade em face da agravante C.K. Pretende a autora, em síntese, a exclusão da sócia majoritária, ora recorrente. Assim, requereu, a título de tutela provisória de urgência, o afastamento liminar da ré em relação à administração da empresa.

Registro que, em um primeiro momento, a MMª. Juíza de primeiro grau indeferiu o pedido, o que deu motivou a ora agravada a interpor o Agravo de Instrumento autuado sob o nº **2125371-81.2016.8.26.0000**, também de minha relatoria.

Ao apreciar o pedido de efeito ativo do AI nº **2125371-81.2016.8.26.0000**, fixei que não vislumbrava, naquele momento, motivos para determinar a exclusão liminar da sócia majoritária, ora recorrente, que possui 72% do capital social da sociedade Y.R.L.M., razão por que ficou mantida a decisão interlocutória que negou a tutela provisória de urgência.

Sucede que o mérito do recurso de Agravo de Instrumento não foi apreciado.

Isso porque, na mesma decisão em que indeferiu a tutela de urgência que visava ao afastamento liminar da sócia majoritária, a MMª. Magistrada *a quo* deferiu em parte o pedido de tutela de urgência deduzido na inicial "*para o fim de: 1.1) determinar que a ré exiba, no prazo de cinco dias os balanços dos autos de 2014 e 2015, bem como comprovantes da integralização do capital social, sob as penas do artigo 400 do Novo Código de Processo Civil; 1.2) determinar*

Acesso ao Sumário

a expedição ofício à Receita Federal, Receita Estadual e Município de São Paulo a fim de que informem eventuais débitos tributários e fiscais existentes em relação à empresa Y.R.L.M.; 1.3) determinar a expedição de ofício à CAIXA ECONÔMICA FEDERAL para o fim de apresentar extrato da conta corrente (...), ag. (...) dos últimos 12 meses, bem como cópias de eventuais contratos de empréstimos celebrados com Y.R.L.M. neste período".

Efetivada essa determinação judicial, a autora da demanda teve acesso a informações acerca da saúde financeira da pessoa jurídica, oportunidade em que constatou haver dinheiro suficiente em caixa para pagamento das despesas da empresa, razão pela qual apresentou novo pedido de tutela provisória de urgência.

A par dos novos elementos de cognição noticiados à MMª. Juíza de primeiro grau pela autora agravada, sobreveio a decisão impugnada, pela qual foi deferido o afastamento liminar da sócia ré.

Como a nova decisão proferida na origem esvaziou o objeto do já mencionado AI nº **2125371-81.2016.8.26.0000**, que visava justamente ao afastamento liminar da sócia majoritária da administração da empresa, o recurso foi julgado prejudicado.

Agora, o que se discute é justamente a possibilidade, ou não, de determinar o afastamento liminar da agravada da administração da empresa, posto que a decisão interlocutória guerreada deferiu o afastamento da ré.

Pois bem.

Na decisão atacada, foi determinado que a ré deveria "*devolver à empresa o valor por ela retirado da sociedade em 28/07/2016, ou seja, R$ 301.615,68 (trezentos e um mil, seiscentos e sessenta e oito reais), no prazo de cinco dias*".

Indica a agravante, nas razões de recurso, que nunca houve desvio de valores para sua conta bancária pessoal. O que houve, na realidade, foi a transferência dessa quantia para outra conta bancária que a própria pessoa jurídica mantém junto ao Banco Bradesco, que oferece maiores vantagens. Assim, não haveria que se falar em restituição de valores à sociedade.

Acesso ao Sumário

Com efeito, os documentos de fls. 59/61 destes autos digitais, todos datados de 15 de agosto de 2016, evidenciam que no dia 28 de julho de 2016 - data mencionada na decisão recorrida - houve transferência eletrônica e investimento ("Invest Plus Bra") justamente no valor de R$ 301.615,68, restando apenas R$ 1,00 na conta corrente de Y.R.L.M. no Bradesco (Agência nº (...); Conta (...)).

É verdade que há uma séria de compensações e estornos do valor nesta data, o que pode se justificar em razão da dificuldade de efetivar transferência envolvendo vultoso montante.

Por ora, os extratos da conta que Y.R.L.M. mantém junto ao Banco Bradesco autorizam a conclusão que houve singela transferência entre contas

da titularidade da mesma pessoa jurídica, o que afasta a ordem de devolução.

No tocante à administração, cabem algumas ressalvas.

De um lado, a agravante detém a expressiva maioria de 72% do capital social. Por outro lado, não devem ser desconsiderados os atos imputados pela agravada à recorrente, que conduziriam a uma situação de sérios prejuízos à continuidade da empresa.

Há ativos financeiros nas contas bancárias da pessoa jurídica. Prova disso é que boa parte deles foram investidos na conta mantida junto ao Bradesco.

Não há motivo razoável para o atraso de pagamentos de despesas rotineiras do restaurante. Ademais, a agravante não traz justificativa sensata à não realização dos pagamento; somente alega de modo genérico que não pratica atos de gestão temerária.

Há contradição, em termos, entre a existência de elevados valores nas contas da pessoa jurídica e o inadimplemento de despesas correntes e tarifas públicas do estabelecimento, o que pode inviabilizar até mesmo a continuidade do exercício da atividade empresarial.

A falta de pagamento de despesas da empresa quando há valores em caixa aponta para um cenário de má administração pela sócia majoritária, a justificar, por ora, a manutenção do exercício da administração pela sócia minoritária.

É bem verdade que a atribuição da administração à sócia minoritária se reveste de caráter anômalo e, portanto, recomenda a adoção de cautelas.

Em primeiro lugar, determino que a sócia minoritária Y.G.H. preste contas mensalmente à ré C.K. A medida tem a finalidade de transparecer os atos de administração, bem como a vida financeira da empresa.

A sócia majoritária, embora afastada da administração, poderá ter acesso às contas da empresa para exercer seu direito de fiscalizar os atos de gestão da parte contrária.

Não poderá a agravante movimentar as contas, pois essa incumbência diz respeito justamente à administradora. No entanto, poderá fiscalizá-las.

Eventuais controvérsias que surgirem deverão ser noticiadas ao Juízo de primeiro grau, que analisará os novos fatos à luz dos elementos que serão levados a seu conhecimento.

Por ora, parece ser essa a solução mais razoável.

Por fim, em atenção ao pedido deduzido pela agravada em contraminuta, ressalvo que deverá a MMª. Juíza de Direito adotar providências a fim de cientificar instituições financeiras sobre a determinação contida no presente Acórdão.

Dou parcial provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2253009-34.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO CNH CAPITAL S.A., são agravados LATIN CONSULT ENGENHARIA LTDA. e OPSIS OPERAÇÃO DE SISTEMAS DE ENGENHARIA 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 em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.949)**

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

São Paulo, 3 de novembro de 2016.

PEREIRA CALÇAS, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Pretensão à alienação de bens móveis de propriedade das agravadas. Necessidade de concordância expressa por parte do credor fiduciário. Ausência de registro do contrato 737560. Aplicabilidade do art. 50, § 1º, da Lei nº 11.101/05 e da Súmula nº 61 desta Corte apenas aos contratos 737607 e 2013012086, devidamente registrados. Agravo a que se dá parcial provimento.

VOTO

Vistos.

1. Trata-se de agravo de instrumento que **BANCO CNH CAPITAL S/A** tira dos autos da recuperação judicial de **LATIN CONSULT ENGENHARIA LTDA.** e **OPSIS OPERAÇÃO DE SISTEMAS DE ENGENHARIA LTDA.** Insurge-se contra a decisão reproduzida à fl. 22 dos autos digitais, que autorizou a alienação, por leilão eletrônico, dos veículos constantes do documento de fls. 1881/1883 dos autos originais.

Alega não ter concordado com a venda dos bens relacionados pelas recuperandas. Segundo entende, não basta a autorização do juízo, pois é necessária a anuência expressa dos respectivos credores, titulares do direito. Pugna pela atribuição de efeito suspensivo e, ao final, pelo provimento do agravo.

Às fls. 120/121, suspendi os efeitos da decisão agravada até o julgamento

Acesso ao Sumário

final do presente recurso a fim de obstar a alienação dos bens.

Instadas a se manifestar, as agravadas não apresentaram contraminuta. Não houve, ainda, oposição das partes à realização de julgamento virtual (fl. 134).

O administrador judicial pugna pelo desprovimento do recurso (fls. 129/132).

O órgão ministerial, em parecer do i. Procurador CARLOS ALBERTO AMIN FILHO, manifestando-se em relação à decisão de fl. 22, opinou pelo não provimento do agravo (fls. 146/149).

Relatados.

2. O agravo merece parcial provimento.

Exige-se a concordância expressa dos credores para efeito de liberação da garantia fiduciária constituída em seu favor.

De acordo com o art. 50, § 1º, da Lei nº 11.101/05: "***Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.***".

A regra foi refletida na Súmula nº 61 desta Corte de Justiça, que cristalizou o entendimento das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial sobre a matéria: "***Na recuperação judicial, a supressão da garantia ou sua substituição somente será admitida mediante aprovação expressa do titular.***".

Resta comprovado nos autos o registro das cédulas nº 737607 (fl. 25 - 15.10.2009) e nº 2013012086 (fl. 61 - 29.10.2013) em momento anterior ao pedido de recuperação, datado de 23.05.2014.

Entretanto, não restou demonstrada a existência de credor fiduciário em relação ao contrato nº 737560.

Embora o administrador judicial tenha solicitado a via original ou a cópia autenticada do contrato nº 737560, a fim de que fosse comprovado o registro, o agravante não apresentou os documentos.

Ressalte-se que o incidente de impugnação de crédito foi julgado extinto, conforme observa-se à fl. 133, em virtude da inércia do recorrente em comprovar a existência da garantia, ônus que lhe cabia.

Ademais, na cópia da cédula de crédito que instrui o agravo, não é possível verificar qualquer registro (fls. 43/60).

Destarte, não comprovado o registro, não há que se falar em credor fiduciário em relação ao contrato nº 737560, razão pela qual aplicam-se o art. 50, §1º, da Lei nº 11.101/05 e a Súmula nº 61 desta Corte somente aos contratos nº 737607 e nº 2013012086, devidamente registrados antes do pedido de recuperação judicial, e que não poderão ser alienados sem a anuência da

Acesso ao Sumário

agravante.

3. Isto posto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso, nos termos explicitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2244456-95.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes LOURIVAL MARCHETTI e DETALHE CONSTRUTORA E REPRESENTAÇÕES LTDA., é agravado JORGE ALEX CALÇADOS LTDA.

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 33.130)**

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, 26 de outubro de 2016.

SEBASTIÃO FLÁVIO, Relator

Ementa: PROCESSO CIVIL - Cumprimento de sentença - Renúncia ao mandato pelo patrono dos réus - Fato que não interfere na eficácia dos atos processuais, uma vez não informado no processo que fora o constituinte cientificado da tal deliberação.

Intimação na pessoa dos anteriores causídicos para pagamento que é eficaz e, assim, com alcance de gerar o efeito de incidência da multa pelo não cumprimento espontâneo da obrigação.

- Alteração do critério de cálculo da dívida com a atualização do valor objeto da liquidação que, no entanto, não se submete aos efeitos da preclusão - Faculdade do juiz de correção do erro, por não implicar alteração do critério da liquidação.

- Hipótese de atualização da dívida a cargo da parte credora sem separar os juros antes contados - Fato que implicou anatocismo - Erronia constatada pela Contadoria do Juízo - Correção que é imperativa, tal

como postulado pela parte devedora.

- Agravo para esse fim parcialmente provido.

VOTO

Agravo manejado por réus, o qual foi tirado dos autos do processo da ação de rescisão de contrato de empreitada e de indenização por danos materiais.

Buscam os agravantes a reforma da decisão que não acolheu impugnação deles ao cumprimento de sentença.

Sustentam que não é intempestiva sua manifestação a respeito do inequívoco excesso de execução em razão da capitalização de juros; têm também que é indevida a multa de 10%, já não podem ser considerados em mora.

A tempestividade de sua manifestação está calcada em que a renúncia de seu anterior patrono não pode implicar a preclusão para impugnação da conta de liquidação apresentada, já que não foram interpelados da renúncia ao mandato.

Quanto ao fulcro da insurgência em si, destacam que a conta homologada judicialmente já tinha computados todos os encargos moratórios até aquele momento, de modo que sua atualização teria de considerar esse fato, e ao não observar isso, houve a incidência de juros sobre juros, o que é vedado por lei.

Recurso regularmente processado, com a alegação de intempestividade deste.

É o relatório.

A alegação de intempestividade do agravo sob exame se calca no fato de que, após os embargos de declaração, não foi renovado o dito recurso, de modo deve ser tido como prematuro.

Entretanto, essa tese não se sustenta mais diante da orientação pacífica que estabeleceu a respeito dessa questão.

Na apelação nº APELAÇÃO Nº 3001200-82.2013.8.26.0180, relator Desembargador TASSO DUARTE DE MELO, este egrégio Tribunal de Justiça assim se pronunciou em relação à chamada "intempestividade por antecipação":

> "DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE CRÉDITO C.C. REPARAÇÃO DE DANOS. Intempestividade da apelação. Interposição prematura, antes da publicação da decisão que julgou os embargos de declaração da sentença. Inocorrência. Decisão que não alterou a conclusão do julgado. Admissibilidade do recurso interposto prematuramente, independentemente de ratificação. Instrumentalidade das formas e celeridade processual. STF, AI 703.269, Tribunal Pleno. Art. 1.024, § 5º, do NCPC. Súmula 579 do STJ. Preliminar rejeitada... Sentença mantida. *Recurso não provido*."

A apontada Súmula nº 579 do egrégio Superior Tribunal de Justiça

Acesso ao Sumário

citada dispôs no sentido de que "Não é necessário ratificar o recurso especial interposto na pendência do julgamento dos embargos de declaração quando inalterado o julgamento anterior", tendo na mesma ocasião de sua edição revogada sua Súmula de nº 418, segundo a qual era "Inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação".

Esse entendimento veio a ser referendado pelo Novo Código de Processo Civil, pois em seu art. 1.024, § 5º, lê-se que "Se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração será processado e julgado independentemente de ratificação".

Assim, rejeito a preliminar de não conhecimento do recurso por intempestividade.

Não há dúvida de que os prazos correram para os agravantes normalmente, sem que a renúncia ao mandato de seus anteriores patronos produzisse seus efeitos no processo, e continuaram com essa qualidade até o ingresso nos autos dos procuradores que passaram a atuar subsequentemente.

Pelo artigo 45 do Código de Processo Civil, precisariam os anteriores procuradores comprovar nos autos do processo a comunicação ao cliente da renúncia, para que fossem liberados de seu dever de atuação.

Sem a observância de tal formalidade, foram eficazes as intimações dos agravantes na pessoa dos anteriores procuradores, de modo que é irrefutável a constituição em mora deles para pagamento em quinze dias, e, uma vez não o tendo feito, foi legítima a incidência da multa de 10%, como constou do título executivo.

Apenas não prevalece a atualização da conta de liquidação tal como dada pela parte credora, por não se observar o critério estabelecido na decisão homologatória da liquidação de sentença.

No caso, concretamente, isso significou a incidência de juros da fase de atualização sobre o quantum apurado, mas sem antes dar-se a separação dos juros até então contados, o que era necessário para evitar a sobreposição deles, vedada, por implicar anatocismo.

Assim é que o valor da indenização a título de principal em outubro de 2.011 já corrigido importava em R$405.599,27, e com o acréscimo de juros atinge R$697.951,96.

A atualização que se fizesse daí por diante deveria separar a parcela de juros daquele valor por último referido, para proceder à atualização do principal até dezembro de 2013.

Somente depois de apurado esse valor projetado, é que incidiram os juros mora sobre ele, desta feita considerando-se o período de outubro de 2011 a

Acesso ao Sumário

dezembro de 2013.

Esse critério evitaria que os juros contados até 2013 viessem a sofrer a incidência de juros vencidos até outubro de 2011, o que caracteriza anatocismo, vedado por lei.

Para a hipótese por último discutida, não se pode falar em preclusão, já que o órgão judiciário tem o dever de controlar a regularidade dos atos processuais, e ao aceitar valor diverso daquele que é correspondente ao título executivo judicial, deixou de observar norma cogente, o que é passível de correção a qualquer tempo, tido como erro material.

Apenas se submetem aos efeitos da preclusão os critérios de liquidação de sentença, mas não as operações aritméticas destinadas à atualização do valor apurado, como já dito, constituindo-se apenas erro material.

Eis o que já se decidiu a respeito:

> "Em sede de liquidação de sentença é cabível a retificação dos cálculos quando constatada a ocorrência de erro material, referente à aritmética e não aos critérios de cálculo" (Superior Tribunal de Justiça, AI 814.741-AgRg, relator Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJU de 16.4.07).
>
> "Em sede de liquidação de sentença, somente é cabível a retificação da conta se constatada a ocorrência de erro material ou desrespeito ao comando expresso na sentença, sob pena de ofensa à coisa julgada" (RT 758/174).

Tendo sido determinado à Contadoria do Juízo esclarecimentos sobre a conta de atualização do débito, foi esclarecido sobre o erro em que incorreu a parte credora em fazer incidir, para a dita atualização, os juros vencidos a partir de então sobre todo o débito apurado, logo, fazendo com que estes incorressem sobre os juros já contados, o que, como já exaustivamente dito, importou anatocismo, vedado por lei.

Assim, dou provimento parcial ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2130226-06.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravado CALÇADOS SÉRGIO DE COTIA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Em

julgamento estendido, nos termos do art. 942 do CPC: Por maioria de votos, negaram provimento ao recurso, vencido o 2º Desembargador, que declara voto." de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 22492)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA (Presidente), HERALDO DE OLIVEIRA, FRANCISCO GIAQUINTO, NELSON JORGE JÚNIOR e CAUDURO PADIN.

São Paulo, 4 de novembro de 2016.

ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA, Relatora

Ementa: LITISCONSÓRCIO - Endosso translativo - Pretensão de reforma da decisão que extinguiu o processo com relação a empresas emitentes do título - Descabimento - Hipótese em que os títulos foram recebidos por endosso translativo, sendo certo que cabia ao banco agravante se certificar acerca da existência do negócio jurídico subjacente que autorizaria a emissão das duplicatas, exigindo os comprovantes de entrega de recebimento da mercadoria ou da prestação do serviço - Aplicação da Súmula n. 475 do STJ - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra respeitável decisão que julgou extinto o processo em relação às empresas Daylu Indústria e Comércio de Calçados Ltda. e Santos & Geyger Comércio Varejista de Calçados Eireli ME (fls. 23).

Sustenta o agravante, em apertada síntese, a existência de litisconsórcio necessário, uma vez que as empresas rés emitiram as duplicatas transferidas ao banco agravante por meio de endosso translativo.

Defende a necessidade de permanência das empresas rés no polo passivo.

Recurso bem processado.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

No presente caso, afirma a empresa autora, ora agravada, que todas as compras efetivadas junto às empresas rés foram quitadas, não havendo lastro para a emissão das duplicatas.

Pleiteou, assim, fosse declarada a nulidade dos títulos com fundamento

Acesso ao Sumário

na falta de lastro e ainda requereu a responsabilização civil do banco pelo dano moral decorrente do protesto das cártulas.

As empresas endossantes foram excluídas do polo passivo, com fundamento no artigo 485, inciso VI do Código de Processo Civil, pela decisão aqui agravada.

O banco agravante pretende que as empresas permaneçam no polo passivo, pois elas devem responder solidariamente pelo suposto dano causado à agravante.

Sem razão o banco.

Com efeito, a empresa agravada requereu a exclusão das empresas endossantes do polo passivo, uma vez que elas não foram encontradas onde se situavam, correndo, possivelmente, um encerramento irregular da atividade.

Não bastasse isso, os títulos foram recebidos por endosso translativo, sendo certo que cabia ao banco agravante se certificar acerca da existência do negócio jurídico subjacente que autorizaria a emissão das duplicatas, exigindo os comprovantes de entrega de recebimento da mercadoria ou da prestação do serviço.

Ausente essa comprovação, encontra-se caracterizado o vício formal do título de crédito e a responsabilidade do banco em protestar os títulos emitidos sem lastro.

A esse respeito, o entendimento pacífico do Colendo Superior Tribunal de Justiça, exemplificado abaixo:

> DIREITO COMERCIAL. DUPLICATA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. EMISSÃO IRREGULAR. SIMULAÇÃO. INOPONIBILIDADE DAS EXCEÇÕES PESSOAIS A ENDOSSATÁRIOS DE BOA-FÉ. NÃO-APLICAÇÃO. VÍCIO FORMAL INTRÍNSECO.
>
> 1. O que o ordenamento jurídico brasileiro veda - e isso desde o Decreto n.º 2.044/1908, passando-se pelo Código Civil de 1916 e, finalmente, chegando-se à Lei Uniforme de Genebra - é a oposição de exceções de natureza pessoal a terceiros de boa-fé, vedação que não abarca os vícios de forma do título, extrínsecos ou intrínsecos, como a emissão de duplicata simulada, desvinculada de qualquer negócio jurídico e, ademais, sem aceite ou protesto a lhe suprir a falta.
>
> **2. Em relação à Duplicata - é até ocioso ressaltar -, a Lei n.º 5.474/68 condiciona a sua emissão à realização de venda mercantil ou prestação de serviços, bem como a aceitação do sacado ou, na ausência, o protesto acompanhado de comprovante da realização do negócio subjacente, sem os quais estará configurado o vício de forma intrínseco, o qual poderá ser oposto pelo sacado a qualquer endossatário, ainda que de boa-fé.**

Acesso ao Sumário

3. Recurso especial conhecido e improvido. (REsp 774.304/MT, **Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO**, QUARTA TURMA, julgado em 05/10/2010, DJe 14/10/2010, destaques nossos).

Por fim, a questão foi sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça: *"Responde pelos danos decorrentes de protesto indevido o endossatário que recebe por endosso translativo título de crédito contendo vício formal extrínseco ou intrínseco, ficando ressalvado seu direito de regresso contra os endossantes e avalistas"* (Súmula 475, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/06/2012, DJe 19/06/2012).

Portanto, correta a r. decisão agravada, que deve ser integralmente mantida.

Diante do exposto, **nega-se provimento** ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 37242)

Ousei divergir da Douta maioria, pois entendo que há discussão a respeito de duplicatas sem lastro. Nesse passo, há obrigatoriedade de que o emitente integre o polo passivo da demanda para que demonstre a legalidade ou não dos títulos, em vista das implicações civis e criminais possíveis.

Trata-se de agravo de instrumento, em ação declaratória de inexistência de débito, com pedido de indenização por danos morais, interposto contra a r. decisão de fls. 23, que ora se transcreve: ***"Julgo EXTINTO o feito em relação às empresas DAYLU IND. E COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA. e SANTOS & GEYGER COM. VAREJISTA DE CALÇADOS EIRELI - ME, conforme artigo 485, VI do CPC. Fls. 101 e segs. e fls. 305 e segs.: À réplica. Especifiquem as partes, no prazo de 15 dias, as provas que pretendem produzir, justificando sua pertinência, ou possibilidade de julgamento antecipado da lide. P.R.I."***

Não se conformando com os termos da r. decisão, o Banco requerido interpôs agravo de instrumento, alegando que há litisconsórcio necessário, pois as empresas rés teriam emitido as duplicatas que foram transferidas à instituição financeira ao Banco recorrente, mediante endosso translativo e, assim, deveriam as requeridas permanecerem no polo passivo da demanda.

É o relatório.

De acordo com a petição inicial copiada às fls. 48/58, a empresa requerente (agravada) sustenta que as compras que foram realizadas junto às empresas requeridas foram totalmente quitadas e, nesse passo, não haveria base para a emissão das duplicatas em questão, de forma que, com a presente ação pretendeu a declaração de nulidade das cártulas, bem como, que o Banco requerido fosse

Acesso ao Sumário

condenado ao pagamento de indenização por danos morais.

A r. decisão de fls. 23, consoante o dispositivo supra transcrito, julgou extinto o feito em face das empresas endossantes, que foram excluídas do polo passivo do feito, contra a qual se insurgiu o Banco requerido, mediante agravo de instrumento, visando que a r. decisão seja reformada para que as mesmas permaneçam no polo passivo e respondam solidariamente por eventuais danos ocasionados à autora.

Entendo que, em havendo discussão sobre títulos de crédito, no caso, duplicatas sem lastro, há obrigatoriedade que seu emitente figure no polo passivo da ação para que se demonstre a existência de legalidade ou não de tais títulos, isto porque é consabido que em havendo demonstração de eventual ilegalidade na emissão das cártulas, há implicações cíveis e criminais, que não podem deixar de ser consideradas.

Portanto, a r. decisão agravada merece ser para reintegrar as corrés Daylu Ind. E Comércio de Calçados Ltda. e Santos Geyger Com. Varejista de Calçados Eireli - Me no polo passivo da ação, como postulado.

Ante o exposto, pelo meu voto, daria provimento ao recurso.

HERALDO DE OLIVEIRA, 2º Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2169881-82.2016.8.26.0000, da Comarca de Aparecida, em que são agravantes LUARA APARECIDA RUSSO DE CASTILHO e LUARA APARECIDA RUSSO DE CASTILHO - ME, é agravado ITAÚ UNIBANCO 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: "Não conheceram do recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 957)**

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

São Paulo, 29 de novembro de 2016.

JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento - Inadmissibilidade do recurso - Deserção reconhecida - Agravante que não apresentou pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita - Prazo para recolhimento do preparo

Acesso ao Sumário

transcorrido *in albis* - Recurso deserto, nos termos do art. 1.007 do CPC/2015 - Apelação não conhecida, consoante o art. 932, III do CPC/2015.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento contra a r. decisão copiada às fl. 12/14 que, nos autos de ação de execução de título extrajudicial, rejeitou a exceção de pré-executividade formulada pela autora.

Proferido despacho à fl. 37, deixou a autora de recolher o preparo recursal (cf. certidão de fl. 39).

É o relatório.

O recurso não pode ser conhecido, posto que inadmissível.

Depreende-se dos autos que a autora não formulou pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita.

À falta de pedido, novo prazo para pagamento das custas de preparo foi concedido (fls. 37) e ignorado pela agravante.

Dessa forma, impõe-se o reconhecimento da deserção do presente recurso, haja vista que a agravante não se desincumbiu do seu ônus de comprovar o recolhimento do preparo no prazo concedido por meio do r. despacho de fls. 37, inexistindo qualquer possibilidade de recolhimento ulterior.

A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que não é possível o recolhimento tardio do preparo, ante a preclusão consumativa, devendo ser considerado inadmissível o recurso (AgRg no AREsp 707148/RS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, DJe 09/11/2015; AgRg no AREsp 593169/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, DJe 23/03/2015; AgRg no Ag 1271852/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, DJe 20/06/2014).

Pois bem, uma vez ausente requisito de admissibilidade do recurso em tela, cabe ao relator não conhecê-lo, nos termos do art. 932, III do novo Código de Processo Civil.

Por todo o exposto, **não conheço do recurso**, com fundamento no art. 932, III, do CPC/2015.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2092015- 95.2016.8.26.0000, da Comarca de Porto Feliz, em que é agravante FERNANDO HENRIQUE GIULI BATISTA, é agravado OSWALDO TEIXEIRA LOPES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª 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 29.036)**

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

São Paulo, 1º de dezembro de 2016.

COUTINHO DE ARRUDA, Relator

Ementa: Agravo de instrumento - execução - penhora - conta poupança - valores bloqueados que são provenientes de conta poupança - impenhorabilidade do valor depositado em conta poupança em quantia correspondente a 40 (quarenta) salários mínimos - artigo 833 inciso X da lei de rito - agravo provido para esse fim.

VOTO

Vistos, etc..

Trata-se de agravo de instrumento buscando a reforma de decisão que, em execução de título extrajudicial, procedeu à penhora de contas poupança do agravante.

É o ***RELATÓRIO***.

Inicialmente, destaque-se que, na forma do disposto no art. 833, X da lei de rito, **"São *impenhoráveis*.... X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos"**.

Ressalte-se que embora o legislador não tenha estabelecido qualquer ressalva quanto ao destino do numerário depositado nesse tipo de conta bancária, trata-se, à evidência, de uma garantia à subsistência do poupador e de sua família, com natureza alimentar.

No caso vertente, os documentos de fls. 123/124, comprovam que os valores bloqueados encontram-se depositados em conta poupança de titularidade do executado e os respectivos saldos, não atingem quantia superior àquela mencionada no dispositivo legal em comento, sendo, portanto, impenhoráveis.

Nesse trilho, é de se observar que os elementos probatórios aqui produzidos não autorizam a solução dada em Primeiro Grau, cabendo ressaltar, ainda, que o fato de não se poder comprovar que os valores depositados numa das contas (fls. 124), são provenientes de transferência realizada pelo empregador do

Acesso ao Sumário

executado, não retira dessa conta o seu caráter de impenhorabilidade, enquanto não ultrapassado o limite estabelecido na lei de rito.

Destarte, é de rigor a acolhida das razões recursais, impondo-se a reforma da r. decisão guerreada.

Isto posto, ***DÁ-SE PROVIMENTO*** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2219543-15.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante IVANILDO ALVES DA SILVA, é agravado BANCO SANTANDER BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª 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 19.759)**

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

São Paulo, 2 de dezembro de 2016.

RENATO RANGEL DESINANO, Relator

Ementa: ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - Não enquadramento do agravante na condição de necessitado - Documentos que revelam renda incompatível com a hipossuficiência alegada - Decisão mantida - RECURSO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado de decisão que, em "*ação ordinária de revisão e nulidade de cláusulas contratuais, com consignação incidental c/c pedido de tutela provisória*" ajuizada por IVANILDO ALVES DA SILVA contra BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A., indeferiu o pedido de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita ao autor, ante a incompatibilidade entre a alegação de hipossuficiência financeira com a renúncia ao foro privilegiado do domicílio do consumidor, garantido pelo art. 101, I, do Código de Defesa do Consumidor (fls. 39/41).

Recorre o requerente. Sustenta que, por equívoco, preencheu a procuração com o endereço da onde residia anteriormente e não de sua atual residência.

Afirma que possui rendimento líquido mensal de cerca de três salários mínimos, valor insuficiente para suportar as custas e despesas processuais. Afirma que a simples declaração de pobreza é bastante à obtenção da gratuidade judiciária. Requer a concessão de efeito suspensivo.

Recurso recebido sem a concessão do efeito suspensivo pleiteado e remetido a julgamento virtual.

É o relatório.

PASSO A VOTAR.

Trata-se de ação revisional de contrato bancário, em que o D. Juízo *a quo* indeferiu a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita ao autor (fls. 39/41), conforme segue:

"*Vistos.*

O autor reside em Ipojuca/PE e contratou advogado particular, com escritório localizado nesta Capital, para ajuizar a presente ação em Comarca diversa daquela de seu domicílio, renunciando à prerrogativa que lhe confere o Código de Defesa do Consumidor e, assim, demonstrando ter condições de deslocar-se para a Comarca da Capital a fim de comparecer às audiências eventualmente designadas ou participar de outros atos judiciais que dependem de sua presença.

Ora, a alegação de hipossuficiência financeira é incompatível com a renúncia ao foro privilegiado do domicílio do consumidor, garantido no art. 101, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor.

O objetivo do art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal e do art. 98 e seguintes do Código de Processo Civil, além da legislação consumerista, é garantir o acesso à Justiça. Todavia, a interpretação das regras deve ser coesa, devendo atentar-se ao previsto no art. 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, segundo o qual 'na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum'.

A opção feita pelo consumidor de deslocar seu pleito para foro distante de seu domicílio, sem despender o necessário ao exercício do direito de ação e sem qualquer vantagem para o desfecho da lide, onera o Estado e a parte contrária pela eventual necessidade da prática de atos fora da Comarca e até pelo custeio de seu próprio deslocamento.

Assim, a opção pelo ajuizamento da ação no foro da sede do réu, apesar de ter a autora pleno acesso à Justiça no foro de seu domicílio, permite concluir que o consumidor pode, sim, arcar com as despesas e custas processuais sem prejuízo de seu sustento e de sua família. Entendimento contrário deixaria de atender, na aplicação das leis, aos fins sociais a que se destina e às exigências do bem comum.

Acesso ao Sumário

Ademais, cumpre consignar que a presunção de veracidade da afirmação de pobreza é relativa, podendo ceder frente às provas apresentadas em sentido contrário, como ocorre na hipótese dos autos.

Em suma, comprovada a capacidade econômica do autor, que podendo ajuizar ação em sua própria Comarca escolheu ajuizar a ação em Comarca diversa de seu domicílio, deverá suportar as despesas decorrentes da sua opção e, por conseguinte, arcar com as custas iniciais devidas, na forma da lei.

(...)

Diante do exposto, indefiro os benefícios da Justiça Gratuita à parte autora e concedo o prazo de quinze dias para recolhimento das custas devidas, na forma da lei, sob pena de indeferimento da inicial e extinção do processo."

Contra esta decisão, insurge-se o requerente, ora agravante.

O recurso não merece ser acolhido.

Inicialmente, saliente-se que o artigo 4º da Lei nº 1.060/50, dispositivo legal em que a agravante ampara seu pedido, foi revogado pelo artigo 1.072, inciso III, do Código de Processo Civil, que passou a disciplinar a concessão da gratuidade no ordenamento pátrio.

Segundo o disposto no art. 99, *caput*, do Código de Processo Civil:

"*Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.*"

Por seu turno, o §3º do citado dispositivo estabelece que: "*Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural*".

Não obstante, o §2º do mesmo art. 99 estabelece que:

"*§2º. O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.*"

Verifica-se, portanto, que é relativa a presunção de veracidade da declaração da parte requerente da benesse, uma vez que será afastada se presentes nos autos elementos que a descaracterizem, eis que não se pode admitir que se reconheça como juridicamente pobre pessoa que se saiba ou suspeite não estar desprovida de recursos suficientes para arcar com as despesas processuais.

Nesse sentido, julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"*RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA GRATUITA. INDEFERIMENTO DE PLANO. POSSIBILIDADE. FUNDADAS*

Acesso ao Sumário

RAZÕES. LEI 1.060/50, ARTS. 4º E 5º. PRECEDENTE. RECURSO DESACOLHIDO.

- Pelo sistema legal vigente, faz jus a parte aos benefícios da gratuidade, mediante simples afirmação, na própria petição, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família (Lei nº 1.060/50, art. 4º), ressalvado ao juiz, no entanto, indeferir a pretensão se tiver fundadas razões para isso (art. 5º)" (REsp 96054/RS. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ 14.12.1998 p. 242).

Compulsando-se os autos, verifica-se que o endereço da residência do autor informado na petição inicial (fls. 01), na procuração (fls. 15), na declaração de imposto de renda (fls. 20/26), bem como na declaração de hipossuficiência do requerente (fls. 17) localiza-se no município de Ipojuca, Estado de Pernambuco.

Assim, como bem entendido pelo D. Juízo *a quo*, o ajuizamento pelo autor da presente ação em comarca localizada no Estado de São Paulo (domicílio do réu), renunciando a possibilidade de ajuizamento da ação em seu domicílio, conforme previsão do art. 101, I do Código de Defesa, de fato, configura indício de capacidade econômica do agravante.

Ademais, ressalte-se que o requerente não trouxe aos autos elementos capazes de infirmar a conclusão chegada em primeira instância. Pelo contrário, o agravante trouxe elementos que contradizem a alegação de hipossuficiência, pois modificou o endereço residencial informado anteriormente para um localizado na cidade de São Paulo, limitando-se a alegar que equivocadamente informou endereço em que não reside mais, sem tecer maiores esclarecimentos a respeito.

Outrossim, a análise dos autos revela que o requerente contraiu dívida no valor total de R$ 60.697,08, a ser pago em 36 parcelas mensais de R$ 1.686,03 (fls. 31/32 dos autos originais), valor que também indica capacidade econômica do agravante.

Ressalta-se que a juntada de mero extrato bancário (fls. 28/30), com saldo negativo, não induz à hipossuficiência alegada. Isto porque pode haver outras contas na mesma ou em diversas instituições financeiras contendo saldo positivo.

Conclui-se, portanto, ao menos por ora, diante dos elementos constantes dos autos, que a condição financeira do requerente é incompatível com a alegação de pobreza deduzida na petição inicial, devendo ser mantida a r. decisão agravada.

Nesse sentido é o posicionamento deste Tribunal:

"*JUSTIÇA GRATUITA - ELEMENTOS QUE CONTRADIZEM A ALEGAÇÃO DE POBREZA - Existência de elementos que contradizem a*

Acesso ao Sumário

declaração firmada pela parte de não poder arcar com as custas judiciais, tendo em vista o valor do veículo financiado e a incompatibilidade com a renda apresentada - Agravo improvido." (Agravo de Instrumento nº 990.09.346494-2 - TJSP, 35ª Câmara de Direito Privado Rel. José Malerbi - J. 08.03.2010)

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2178390-70.2014.8.26.0000, da Comarca de Olímpia, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravado MARCELINO DA CRUZ.

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 26.206)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO PASTORE FILHO (Presidente sem voto), SOUZA LOPES e IRINEU FAVA.

São Paulo, 2 de dezembro de 2016.

JOÃO BATISTA VILHENA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - JUROS MORATÓRIOS - TERMO INICIAL - Data da citação para a ação coletiva - Entendimento pacificado pelo STJ em análise de recurso repetitivo - Novo julgamento por esta Turma, consoante o previsto no art. 543-C, § 7º, inc. II, do CPC/1973.

Recurso desprovido para adequação ao posicionamento do STJ.

VOTO

Em complemento ao relatório do acórdão de fls. 74/94, acresça-se haverem sido interpostos recursos especiais pelo banco e pelo poupador.

Contrarrazões às fls. 140/153 e 154/158.

Considerando a consolidação da tese relativa ao termo inicial dos juros

Acesso ao Sumário

de mora, estabelecida no REsp nº 1.361.800/SP e no REsp nº 1.370.899/SP, foi determinada pela Presidência da Seção de Direito Privado a reapreciação do tema pela Turma Julgadora, nos termos do art. 543-C, § 7º, inc. II, do Código de Processo Civil/1973.

Destaque-se que o original Relator integrava a 17ª Câmara de Direito Privado, e, em razão de haver assumido seu acervo, foram os autos redistribuídos a este Relator.

É O RELATÓRIO.

Cumprindo ao comando do § 7º do art. 543-C do Código de Processo Civil/1973, verificado que na solução dada no anterior acórdão proferido nesta Câmara foi adotado entendimento divergente da orientação que acabou por ser empregada pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento no REsp nº 1.361.800/SP e no REsp nº 1.370.899/SP, da relatoria, respectivamente, dos ministros Raul Araújo e Sidnei Beneti passa-se a novo exame da matéria posta anteriormente *sub judice*, seguindo-se os parâmetros ditados nos antes indicados acórdãos, cujas ementas são as seguintes:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CADERNETA DE POUPANÇA - PLANOS ECONÔMICOS - EXECUÇÃO - JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DA DATA DA CITAÇÃO PARA A AÇÃO COLETIVA - VALIDADE - PRETENSÃO A CONTAGEM DESDE A DATA DE CADA CITAÇÃO PARA CADA EXECUÇÃO INDIVIDUAL - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1.- Admite-se, no sistema de julgamento de Recursos Repetitivos (CPC, art. 543-C, e Resolução STJ 08/98), a definição de tese uniforme, para casos idênticos, da mesma natureza, estabelecendo as mesmas consequências jurídicas, como ocorre relativamente à data de início da fluência de juros moratórios incidentes sobre indenização por perdas em Cadernetas de Poupança, em decorrência de Planos Econômicos.

2.- A sentença de procedência da Ação Civil Pública de natureza condenatória, condenando o estabelecimento bancário depositário de Cadernetas de Poupança a indenizar perdas decorrentes de Planos Econômicos, estabelece os limites da obrigação, cujo cumprimento, relativamente a cada um dos titulares individuais das contas bancárias, visa tão-somente a adequar a condenação a idênticas situações jurídicas específicas, não interferindo, portando, na data de início da incidência de juros moratórios, que correm a partir da data da citação para a Ação Civil Pública.

3.- Dispositivos legais que visam à facilitação da defesa de direitos individuais homogêneos, propiciada pelos instrumentos de tutela coletiva, inclusive assegurando a execução individual de condenação em

Acesso ao Sumário

Ação Coletiva, não podem ser interpretados em prejuízo da realização material desses direitos e, ainda, em detrimento da própria finalidade da Ação Coletiva, que é prescindir do ajuizamento individual, e contra a confiança na efetividade da Ação Civil Pública, O que levaria ao incentivo à opção pelo ajuizamento individual e pela judicialização multitudinária, que é de rigor evitar.

3.- Para fins de julgamento de Recurso Representativo de Controvérsia (CPC, art. 543-C, com a redação dada pela Lei 11.418, de 19.12.2006), declara-se consolidada a tese seguinte: "Os juros de mora incidem a partir da citação do devedor na fase de conhecimento da Ação Civil Pública, quando esta se fundar em responsabilidade contratual, se que haja configuração da mora em momento anterior."

4.- Recurso Especial improvido. (REsp nº 1.370.899/SP, Corte Especial, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 21/05/2014).

"*AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CADERNETA DE POUPANÇA - PLANOS ECONÔMICOS - EXECUÇÃO - JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DA DATA DA CITAÇÃO PARA A AÇÃO COLETIVA - VALIDADE - PRETENSÃO A CONTAGEM DESDE A DATA DE CADA CITAÇÃO PARA CADA EXECUÇÃO INDIVIDUAL - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.*

1.- Admite-se, no sistema de julgamento de Recursos Repetitivos (CPC, art. 543-C, e Resolução STJ 08/98), a definição de tese uniforme, para casos idênticos, da mesma natureza, estabelecendo as mesmas consequências jurídicas, como ocorre relativamente à data de início da fluência de juros moratórios incidentes sobre indenização por perdas em Cadernetas de Poupança, em decorrência de Planos Econômicos.

2.- A sentença de procedência da Ação Civil Pública de natureza condenatória, condenando o estabelecimento bancário depositário de Cadernetas de Poupança a indenizar perdas decorrentes de Planos Econômicos, estabelece os limites da obrigação, cujo cumprimento, relativamente a cada um dos titulares individuais das contas bancárias, visa tão-somente a adequar a condenação a idênticas situações jurídicas específicas, não interferindo, portando, na data de início da incidência de juros moratórios, que correm a partir da data da citação para a Ação Civil Pública.

3.- Dispositivos legais que visam à facilitação da defesa de direitos individuais homogêneos, propiciada pelos instrumentos de tutela coletiva, inclusive assegurando a execução individual de condenação em Ação Coletiva, não podem ser interpretados em prejuízo da realização material desses direitos e, ainda, em detrimento da própria finalidade

Acesso ao Sumário

da Ação Coletiva, que é prescindir do ajuizamento individual, e contra a confiança na efetividade da Ação Civil Pública, O que levaria ao incentivo à opção pelo ajuizamento individual e pela judicialização multitudinária, que é de rigor evitar.

3.- Para fins de julgamento de Recurso Representativo de Controvérsia (CPC, art. 543-C, com a redação dada pela Lei 11.418, de 19.12.2006), declara-se consolidada a tese seguinte: 'Os juros de mora incidem a partir da citação do devedor na fase de conhecimento da Ação Civil Pública, quando esta se fundar em responsabilidade contratual, se que haja configuração da mora em momento anterior.'

4.- Recurso Especial improvido." (REsp nº 1.361.800/SP, Corte Especial, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 21/05/2014).

Tomando tal orientação como baliza, vê-se que o **marco inicial dos juros moratórios** tem como parâmetro a **data da citação para a ação civil pública**, e, nesses termos, correta quanto a este aspecto a solução dada na decisão agravada, esta que merece, portanto, ser confirmada neste ponto.

Pelo exposto, considerando que o agravante decaiu neste momento quanto à única matéria em que havia logrado êxito, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2057977-57.2016.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que são agravantes ALESSANDRO SOARES DE ARAÚJO e LEDA DO VALE BRITO, é agravado CONDOMÍNIO CONJUNTO BRASÍLIA.

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 9.106)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA CATARINA STRAUCH (Presidente sem voto), MOURÃO NETO e SERGIO ALFIERI.

São Paulo, 31 de agosto de 2016.

DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de Cobrança em fase de cumprimento da sentença. Determinação de perícia de avaliação de imóvel

Acesso ao Sumário

penhorado para possibilitar o praceamento. Perita nomeada, que é impedida de ingressar no imóvel pela parte devedora, mas que obtém autorização para o arrombamento e a requisição de força policial em caso de persistência do impedimento. Parte devedora que ingressa nos autos pleiteando a realização da perícia pelo "*método comparativo*", alegando risco de arrombamento. Requerimento indeferido, que culmina com a interposição do Recurso. REJEIÇÃO. Perícia de avaliação que deve ser realizada de forma direta, com a coleta de elementos no interior do imóvel para cálculo da avaliação, a modo de evitar risco de prejuízo na indicação do real valor de mercado do bem para o praceamento. Risco de arrombamento que pode ser afastado pela parte devedora com a simples permissão de ingresso da Perita no interior do imóvel objeto da avaliação. Decisão mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de **Agravo de Instrumento** interposto contra decisão nos autos da Ação de Cobrança, que Condomínio Conjunto Brasília move contra Alessandro Soares de Araújo e outro, em trâmite na 2ª Vara Cível da Comarca de São Bernardo do Campo, proferida pelo MM. Juiz "*a quo*" nos termos da cópia de fl. 8.

A decisão agravada foi proferida no dia 23 de fevereiro de 2016.

Inconformados, recorrem os executados, visando à reforma da decisão agravada, a pretexto de que a avaliação pode ser realizada pelo "*método comparativo*" e ainda que estão sofrendo risco de arrombamento (fls. 1/7).

Recebido o Recurso sem o efeito suspensivo e com dispensa das informações (fls. 23), o Condomínio agravado apresentou contraminuta (fls. 25/27).

É o **relatório**.

Conforme já relatado, cuida-se de **Agravo de Instrumento** interposto contra decisão nos autos da Ação de Cobrança, que Condomínio Conjunto Brasília move contra Alessandro Soares de Araújo e outro, em trâmite na 2ª Vara Cível da Comarca de São Bernardo do Campo, proferida pelo MM. Juiz "a quo" nos termos seguintes:

"*Vistos. 1. Fls. 288/289: Indefiro a realização da perícia pelo método comparativo, eis que o valor real do imóvel é de ser conhecido*

Acesso ao Sumário

de modo a possibilitar a hasta pública deste. Mantenho a decisão de fls. 286. 2. Int." ("*sic*", fl. 8).

Malgrado o inconformismo dos executados, ora agravantes, a r. decisão agravada não comporta a pretendida reforma.

Com efeito, os executados, ora agravantes, desejam manter o impedimento de ingresso da Perita nomeada para a avaliação do imóvel, sob a argumentação de que a avaliação pode ser feita de forma indireta, mediante simples comparação com imóveis vizinhos. Essa conduta chega a causar perplexidade na medida em que uma avaliação indireta é mais suscetível de erro e, por consequência, de prejuízo aos próprios executados, proprietários do bem penhorado. Aliás, o fato de a Perita necessitar do ingresso no imóvel objeto da avaliação para a verificação das características como elementos necessários para o cálculo correspondente não exclui a necessidade da busca de parâmetros para a aplicação do "*método comparativo*", sempre no intuito de uma avaliação que realmente reflita o valor real de mercado do bem, para afastar o risco de prejuízo na indicação do valor a ser considerado para efeito de alienação em Hasta Pública.

Também sem razão os agravantes no que tange ao cogitado risco de arrombamento do imóvel para a realização da avaliação. Não há nenhuma dúvida de que eles próprios podem evitar essa providência radical com a simples liberação de ingresso da Perita no interior do imóvel objeto da avaliação.

Por fim, observa-se que a r. decisão que deferiu o arrombamento e a requisição de força policial foi proferida no dia 03 de fevereiro de 2016 e, a esta altura, já deve ter sido alcançada pela preclusão no tocante.

A propósito, eis a Jurisprudência:

2258121-81.2015.8.26.0000 - Agravo de Instrumento/Locação de Imóvel

Relator(a): Marcos Ramos

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 30ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 09/03/2016

Data de registro: 10/03/2016

Ementa: Locação de imóvel - Ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança - Julgamento de procedência - Fase de cumprimento de sentença - Ausência de localização de bens que garantam a execução - Decisão que determinou a expedição de mandado de penhora e avaliação de bens na residência da executada, ou a constatação daquilo que guarneça o local, bem como autorizou o arrombamento e uso de força policial, se necessário - Manutenção - Necessidade - Arguição de impenhorabilidade - Inconsistência - Diligência que, por quatro vezes, restou negativa - Aplicabilidade do disposto nos arts. 660 a 662, do CPC. Recurso da executada desprovido.

2196241-88.2015.8.26.0000 - Agravo Regimental/Acidente de Trânsito

Acesso ao Sumário

Relator(a): Mourão Neto

Comarca: Monte Aprazível

Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 17/11/2015

Data de registro: 20/11/2015

Ementa: Processual. Decisão monocrática que negou seguimento a agravo de instrumento. Pretensão à reforma. Impossibilidade. Seguro Garantia rejeitado. Decisão duplamente preclusa (temporal e logicamente). Discussão, ademais, completamente superada, pois o estágio processual só admite, agora, a pronta satisfação da credora. Agravo manifestamente infundado. Incidência do disposto no § 2º do art. 557 do CPC. Imposição de multa que é inexorável. RECURSO DESPROVIDO.

Impõe-se, pois, a manutenção da r. decisão agravada.

Diante do exposto, nega-se provimento ao Recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2129724-67.2016.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que são agravantes GENIALL VEÍCULOS LTDA. e HASSAN AHMAD ALI, é agravada FRANCINE GONÇALVES.

ACORDAM, em 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte do agravo de instrumento e, na parte conhecida, negaram provimento, prejudicado o julgamento dos embargos declaratórios. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.096)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores RUY COPPOLA (Presidente) e LUIS FERNANDO NISHI.

São Paulo, 1º de setembro de 2016.

FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de instrumento. Compra e venda de veículo. Ação de rescisão contratual c.c. reparação de danos em fase de cumprimento de sentença. Decisão que rejeitou a impugnação à penhora de valores realizada na conta de um dos sócios da empresa executada. Agravo de instrumento interposto pela empresa agravante e pelo sócio. Ilegitimidade ativa.

A sociedade executada não tem legitimidade para recorrer de decisão que rejeita a impugnação oferecida em face de penhora recaída em conta corrente do sócio. Apenas o sócio atingido é legitimado para recorrer. Recurso não conhecido nessa parte. Irresignação do sócio. Desconsideração da pessoa jurídica ocorrida em 23.11.2015, ausente recurso. Questão preclusa. Ilegalidade da constrição não demonstrada. Decisão mantida. Agravo de instrumento conhecido em parte e, na parte conhecida, improvido, prejudicado o julgamento dos embargos de declaração.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Geniall Veículos Ltda. e Hassan Ahmad Ali, contra a r. decisão aqui por cópia a fls. 17/18 - fls. 600/601 dos originais - que, em autos de ação de rescisão contratual c.c. reparação de danos, em fase de cumprimento de sentença, que lhe move Francine Gonçalves, rejeitou a impugnação à penhora ofertada pelo agravante Hassan Ahmad Ali.

Em suas razões recursais, sustentam que os bens dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, pois há bens garantindo a execução, de modo que a penhora realizada é ilegal. Alegam que não houve encerramento irregular da empresa agravante. Requer a reforma da decisão agravada, para que seja decretada a nulidade da penhora realizada em nome do sócio agravante Hassan Hama Ali.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 9/78.

O despacho de fls. 80/81, proferido pelo E. Des. Luís Fernando Nishi no impedimento ocasional deste signatário, indeferiu o pretendido efeito suspensivo/ativo e determinou a intimação da parte agravada para resposta, ofertada a fls. 85/88.

Em face do despacho de fls. 80/81, os agravantes opuseram embargos declaratórios.

É o relatório do necessário.

Inicialmente, pelo que se extrai dos autos, o recurso se volta em face da decisão que rejeitou a impugnação à penhora de valores realizada na conta corrente do sócio da empresa executada, Hassan Hama Ali, também agravante.

Desta forma, apenas este último detém legitimidade para recorrer da decisão, porque o prejuízo experimentado é apenas do sócio, e não cabe à empresa pleitear em nome próprio o direito daquele, como prevê o art. 18 do NCPC.

Destarte, falta à empresa agravante legitimidade e, portanto, interesse

Acesso ao Sumário

recursal, requisitos intrínsecos de admissibilidade recursal.

No mais, o recurso não comporta provimento.

Não há que se falar em nulidade da penhora *on line* realizada na conta corrente do sócio agravante. Isso porque, como anotado pelo d. magistrado a fl. 17, a posição do sócio executado, ora agravante, no polo passivo da demanda está consolidada, uma vez que houve a desconsideração da personalidade jurídica da empresa Geniall Veículos Ltda. em 23.11.2015, decisão que restou irrecorrida, portanto, preclusa essa questão.

Da mesma forma, devem ser rechaçados os argumentos do recorrente, no sentido de que é nula a penhora *on line*, agora em razão da ausência de intimação do sócio agravante. É sabido que eventual citação ou intimação representaria um risco para a eficácia da medida determinada, já que poderia ensejar eventual dilapidação do patrimônio. Ademais, o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa foram observados, vez que possibilitada a apresentação da impugnação ao cumprimento de sentença pelo sócio após a realização da penhora, nos termos do que dispõem os artigos 525 e 847 do NCPC.

Nesse sentido, já decidiu o C. STJ, no que interessa:

"*DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E MATERIAIS. OBSERVÂNCIA. CITAÇÃO DOS SÓCIOS EM PREJUÍZO DE QUEM FOI DECRETADA A DESCONSIDERAÇÃO. DESNECESSIDADE. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO GARANTIDOS COM A INTIMAÇÃO DA CONSTRIÇÃO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. VIA ADEQUADA PARA A DISCUSSÃO ACERCA DO CABIMENTO DA DISREGARD. RELAÇÃO DE CONSUMO. ESPAÇO PRÓPRIO PARA A INCIDÊNCIA DA TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO. ART. 28, § 5º, CDC. PRECEDENTES. (...) 4. Portanto, não se havendo falar em prejuízo à ampla defesa e ao contraditório, em razão da ausência de citação ou de intimação para o pagamento da dívida (art. 475-J do CPC), e sob pena de tornar-se infrutuosa a desconsideração da personalidade jurídica, afigura-se bastante - quando, no âmbito do direito material, forem detectados os pressupostos autorizadores da medida - a intimação superveniente da penhora dos bens dos ex-sócios, providência que, em concreto, foi realizada. (...)*". (REsp 1096604 / DF, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, j. 02/08/2012).

E anoto que não há qualquer irregularidade que impeça a penhora *on line*, quando presentes os requisitos legais para sua efetivação, como na hipótese dos autos. O alegado prejuízo irreparável com a manutenção da constrição não prospera, pois ainda que toda retenção de numerário possa causar transtornos financeiros, ela é permitida por lei.

Não se pode olvidar que dispõe o artigo 854, § 3º, do CPC, que "*incumbe*

Acesso ao Sumário

ao executado, no prazo de 5 (cinco) dias, comprovar que: I - as quantias tornadas indisponíveis são impenhoráveis; II - ainda remanesce indisponibilidade excessiva de ativos financeiros.".

É, portanto, o ônus do coexecutado comprovar que houve o bloqueio de algum valor porventura impenhorável em sua conta corrente, o que não se vislumbra na hipótese dos autos.

Finalmente, a penhora em dinheiro compõe o primeiro inciso do rol preferencial disposto no artigo 835 do NCPC, de modo que para ser evitada, caberia aos agravantes apresentar motivo impeditivo para sua efetivação, o que, no meu entender, não restou demonstrado.

Ora, a ordem gradativa para nomeação de bens à penhora objetiva tutelar os interesses do credor, a fim de que o devedor indique bens que garantam o processo executivo mais célere e que tais bens sejam facilmente alienáveis judicialmente. E no presente caso, eventual substituição da penhora, para que recaia sobre os bens ofertados pelo agravante, cabe tão somente à credora, posto que no caso, ausentes as hipóteses indicadas pelo art. 848 do NCPC.

Importante ressaltar a posição da jurisprudência no sentido de que: "*... a regra da execução pelo meio menos gravoso não significa complacência com devedor inadimplente. Aliás, princípio por princípio, prevalece o de que ao devedor incumbe pagar e, se a penhora efetivada mostra-se inócua, impõe-se mesmo sua substituição por outra que se revele eficiente à satisfação do crédito ...*" (extinto 2º TAC, AI nº 561.593-0/0, 4ª Câmara, Rel. Des. CELSO PIMENTEL).

Nesse sentido, o ilustre Desembargador, KIOITSI CHICUTA, desta Câmara, de forma lapidar decidiu no Agravo de instrumento nº 1.021.853-00/8, versando a mesma matéria:

"*O princípio do menor sacrifício possível ao devedor deve ser interpretado com aquele que garante ao credor a satisfação de seu crédito, sempre no suposto de observância de fácil realização do escopo executório. Não há ilegalidade na penhora on line de dinheiro mantido pelo devedor em instituições bancárias e financeiras*." (j. 9.3.2006).

Assim, de rigor a manutenção da decisão atacada, não acolhidas as alegações de nulidade da penhora realizada na conta do agravante, tampouco havendo razão, neste momento, para que seja permitida a substituição da penhora pretendida.

Ante todo o exposto, conheço em parte do agravo de instrumento e, na parte conhecida, nego-lhe provimento, prejudicado o julgamento dos embargos declaratórios.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2133509-37.2016.8.26.0000, da Comarca de São Vicente, em que é agravante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO VICENTE e são agravados CONDOMINIO EDIFÍCIO ITAPOA e WALDEMAR PRADO JACOB.

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 AGRAVO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.766)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente sem voto), BERENICE MARCONDES CESAR e CESAR LACERDA.

São Paulo, 6 de setembro de 2016.

CELSO PIMENTEL, Relator

Ementa: Crédito tributário tem preferência sobre o de natureza quirografária, até sobre o do condomínio. Por isso, ficam reconhecidas a preferência e a sub-rogação da municipalidade sobre o produto da arrematação, mesmo sem penhora, que se exigirá, porém, para eventual levantamento.

VOTO

Prefeitura de município agrava da respeitável decisão que, em execução de sentença condenatória ao pagamento de despesa de condomínio, indeferiu-lhe pedido de reconhecimento de preferência e de sub-rogação de seu crédito no produto da arrematação e de levantamento. Insiste na pretensão e argumenta com a impertinência do concurso de credores e de prévia penhora.

Dispensou-se preparo.

Foi deferido o pedido de liminar e veio resposta.

É o relatório.

Segundo dispõe o art. 186 do Código Tributário Nacional, Lei 5.172/77, o crédito tributário "prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho" (com a redação dada pela LCP 118 de 2005).

Prefere, pois, ao crédito de natureza quirografária, até o do condomínio, como o do caso.

Acesso ao Sumário

Tanto é assim que, cuidando da obrigação do adquirente de imóveis "cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria", o mesmo Código Tributário Nacional prevê que, no "caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço" (art. 130, parágrafo único).

Nesse sentido e sem desconhecer respeitável e diversa orientação, há precedentes desta Corte[1] afinados com pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça.[2]

Por isso, ficam reconhecidas a preferência do crédito tributário e a sub-rogação da municipalidade sobre o produto da arrematação, mesmo sem penhora, que se exigirá, porém, para eventual levantamento.

Por tais razões e para os fins indicados, dá-se parcial provimento ao

1 "Condomínio Edilício. Cobrança. O pagamento de dívida tributária referente a imóvel arrematado em hasta pública deve ser abatido do montante do preço alcançado no leilão. Inteligência do artigo 130, parágrafo único do CTN. Decisão mantida. Recurso improvido". - AI 0106295-47.2012.8.26.0000, 26ª Câmara da Seção de Direito Privado, rel. Des. FELIPE FERREIRA, j. 8.8.2012.

"Ação de cobrança de encargo condominial. Importância depositada em virtude de arrematação de unidade de condomínio. Insurgência contra decisão que deu preferência ao levantamento dos valores ao condomínio. Crédito tributário que detém supremacia preferencial, inclusive quanto aos encargos condominiais. Inteligência do art. 130, parágrafo único, c. c. o art. 186, ambos do Código Tributário Nacional. Recurso provido" - AI 0053192-28.2012.8.26.0000, 27ª Câmara da Seção de Direito Privado, rel. Des. DIMAS RUBENS FONSECA, j. 19.6.2012.

"Despesas condominiais. Execução. Arrematação. Tributo predial incidente sobre imóvel arrematado. Edital de praça que impõe ao arrematante eventuais ônus tributários. O imposto cujo fato gerador corresponde à propriedade imobiliária, se sub-roga, no caso de arrematação em hasta pública, sob o respectivo lanço. Inteligência do parágrafo único do artigo 130 do CTN. Circunstância que legitima a quitação dos créditos tributários incidentes sobre o imóvel arrematado, destinados à Municipalidade de São Paulo. Recurso provido" - AI 0240797-54.2011.8.26.0000, 28ª Câmara da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, rel. Des. JÚLIO VIDAL, j. 13.12.2011.

"Despesas de condomínio. Ação de cobrança em fase de cumprimento de sentença. Preferência do crédito tributário em relação às despesas condominiais. Artigos 186 e 187, do Código Tributário Nacional. Precedentes". - AI 0147118- 97.2011.8.26.0000, 33ª Câmara da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, rel. Des. SÁ DUARTE, j. 3.10.2011.

"Despesas condominiais - Arrematação - Crédito tributário - Preferência reconhecida - Agravo provido. O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo da constituição deste, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho". - AI 0087829-39.2011.8.26.0000, 26ª Câmara da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, rel. Des. RENATO SARTORELLI, j. 10.8.2011.

"Crédito tributário tem preferência sobre crédito de cotas de despesas de condomínio" - AI 0018940-62.2013.8.26.0000, 28ª, deste relator, j. 23.04.2013.

2 "Concurso singular de credores. Preferência do crédito tributário em face do crédito condominial. Crédito com preferência legal. Execução em curso e penhora anterior sobre o mesmo imóvel. Desnecessidade. Inteligência do art. 711 do CPC. 1. No concurso singular de credores, o crédito tributário prefere a qualquer outro, ressalvados aqueles decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho. 2. O credor com título de preferência legal pode participar do concurso previsto no art. 711 do CPC para resguardar o seu direito de preferência, mesmo que não tenha promovido a execução do seu crédito. Nessa hipótese, reconhecida a preferência do crédito, o levantamento do valor fica condicionado à posterior ajuizamento de execução. 3. Negado provimento ao recurso especial" - REsp 1219219/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª T., j. 17.11.2011, DJe 25/11/2011.

Acesso ao Sumário

agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2169489-45.2016.8.26.0000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é agravante CONEXÃO DESENVOLVIMENTO EMPRESARIAL LTDA., é agravado DIOGO SOARES DOS SANTOS.

ACORDAM, em 31ª 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 33.607)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ADILSON DE ARAUJO (Presidente) e ANTONIO RIGOLIN.

São Paulo, 13 de setembro de 2016.

PAULO AYROSA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - ENSINO - AÇÃO MONITÓRIA - REVELIA - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - PENHORA DO VALOR DO IMPOSTO DE RENDA - PRECEDENTES DO C. STJ - IMPOSSIBILIDADE - VALORES QUE DECORREM DO RECEBIMENTO DE SALÁRIO - CARÁTER ALIMENTAR – IMPENHORABILIDADE - RECURSO NÃO PROVIDO. A restituição de Imposto de Renda não deixa de ter relação com o salário recebido, pois é parte deste destinada ao pagamento de imposto que, se recolhido a maior, é restituído ao declarante. *In casu*, restou demonstrado que o réu não possui rendimentos de aplicações financeiras capazes de desnaturalizar o caráter alimentar dos valores disponíveis para restituição. Ademais, referidos valores dependem de homologação pela Receita Federal, não estando disponíveis ao agravado.

Acesso ao Sumário

VOTO

CONEXÃO DESENVOLVIMENTO EMPRESARIAL LTDA. propôs ação monitória em face de **DIOGO SOARES DOS SANTOS**, convertida em título executivo judicial, nos termos do art. 1102-C do CPC/1973, em razão da revelia, estando os autos em fase de cumprimento de sentença.

Pela decisão de fls. 154 dos autos principais, o MM. Juízo *a quo* indeferiu o pedido de penhora sobre a restituição do imposto de renda do executado, considerando a quantia impenhorável em razão do caráter alimentar que decorre da verba salarial.

Irresignada, agrava de instrumento a autora, sustentando, em apertada síntese, que a presente ação está em curso desde 2014, foram realizadas diversas diligências na tentativa de localizar bens passíveis de penhora, restando todas infrutíferas. Afirma que em consulta do site da Receita Federal verificou que o agravado possui saldo de restituição de imposto de renda a receber para a declaração anual de 2016, exercício 2015. Alega que o valor a ser restituído não é destinado ao sustento do executado, tampouco de sua família, pois pode ser proveniente de outros rendimentos, como aluguéis e aplicações financeiras. Requer a concessão do efeito suspensivo e, ao final, o provimento recursal.

Foi negado o efeito suspensivo requerido.

É O RELATÓRIO.

Conheço do recurso e lhe nego provimento.

Conforme se depreende dos autos, trata-se de ação monitória ajuizada por CONEXÃO DESENVOLVIMENTO EMPRESARIAL LTDA. em face de DIOGO SOARES DOS SANTOS, fulcrada no contrato de prestação de serviços educacionais de pós-graduação.

O requerido, embora regularmente citado (fls. 53), deixou de apresentar embargos monitórios, sendo declarado revel. Por conseguinte, o título foi constituído de pleno direito em título executivo judicial (fls. 58/59).

Em fase de cumprimento de sentença, o exequente, verificando a existência de valores para restituição no imposto de renda do executado, ano/exercício 2016/2015, pleiteou a penhora deste montante, sendo indeferido o pedido formulado pelo autor, ensejando o presente recurso de agravo de instrumento.

Irretorquível, pois, a r. decisão ora hostilizada.

Com efeito, a controvérsia já foi objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.059.781/DF, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi e contém dois enfoques: o primeiro consiste na hipótese em que se verifica que o valor a ser restituído decorre de receitas que gozem da proteção da impenhorabilidade, nos termos do art. 649, IV, do CPC/1973, situação em que o montante será impenhorável e o segundo consiste na hipótese em que os valores da restituição são provenientes de outros

Acesso ao Sumário

rendimentos (aplicações financeiras, por exemplo), situação em que a constrição é possível.

Nesse sentido:

Processual civil. Recurso Especial. Ação revisional. Impugnação ao cumprimento de sentença. Penhora on line. Conta corrente. Valor relativo a restituição de imposto de renda. Vencimentos. Caráter alimentar. Perda. Princípio da efetividade. Reexame de fatos e provas. Incidência da Súmula 7/STJ.

- Apenas em hipóteses em que se comprove que a origem do valor relativo a restituição de imposto de renda se referira a receitas compreendidas no art. 649, IV, do CPC é possível discutir sobre a possibilidade ou não de penhora dos valores restituídos.

- A devolução ao contribuinte do imposto de renda retido, referente a restituição de parcela do salário ou vencimento, não desmerece o caráter alimentar dos valores a serem devolvidos.

- Em princípio, é inadmissível a penhora de valores depositados em conta corrente destinada ao recebimento de salário ou aposentadoria por parte do devedor.

- Ao entrar na esfera de disponibilidade do recorrente sem que tenha sido consumido integralmente para o suprimento de necessidades básicas, a verba relativa ao recebimento de salário, vencimentos ou aposentadoria perde seu caráter alimentar, tornando-se penhorável.

- Em observância ao princípio da efetividade, não se mostra razoável, em situações em que não haja comprometimento da manutenção digna do executado, que o credor não possa obter a satisfação de seu crédito, sob o argumento de que os rendimentos previstos no art. 649, IV, do CPC gozariam de impenhorabilidade absoluta.

- É inadmissível o reexame de fatos e provas em recurso especial.

Recurso especial não provido.

(STJ - Processo REsp 1059781/DF - RECURSO ESPECIAL 2008/0111178-0 - Relator (a): Ministra **NANCY ANDRIGHI** (1118) - T3 - TERCEIRA TURMA - 01/10/2009 - Data do Julgamento: 01/10/2009 - DJe 14/10/2009)

Acesso ao Sumário

No caso dos autos, foram expedidos diversos ofícios às Instituições Financeiras, dentre elas, Banco do Brasil, Santander, Banco Triângulo, Itaú S.A., Citibank, Cetelem sendo que, das pesquisas não houve sucesso na localização de aplicações financeiras ou movimentações bancárias.

Sendo assim, pode-se considerar neste primeiro momento, que a restituição de Imposto de Renda não deixa de ter relação com o salário recebido, pois é parte deste destinada ao pagamento de imposto que, se recolhido a maior, é restituído ao declarante.

Como bem disse a magistrada *a quo*: "*(...) Trata-se de devolução de valor*

indevidamente descontado pelo fisco sobre a verba salarial, após ajuste por ele realizado quando da apresentação da declaração anual. Trata-se, pois, de verba de caráter alimentar e, portanto, considerado impenhorável à luz da lei (...)" - fls. 154.

Diante de tal quadro, não há que se dizer que tais valores perdem o caráter alimentar, devendo a eles se aplicar a proteção conferida pelo artigo 833, IV, do Novo Código de Processo Penal.

O entendimento majoritário deste Egrégio Tribunal é no sentido de se reconhecer a impenhorabilidade da restituição do imposto de renda, decorrente de salário, veja-se:

> *PENHORA - Bloqueio de valor oriundo de restituição de Imposto de Renda - Distinção entre créditos originados da restituição advindos de receitas acobertadas pela impenhorabilidade e aqueles que não o são - Restituição originada de imposto retido na fonte por ocasião do pagamento de salário que é acobertada pela impenhorabilidade - Interpretação extensiva do art. 833, IV, do CPC/15 - Decisão reformada - Recurso provido.* (TJ/SP - Agravo de Instrumento nº 2023031-59.2016.8.26.0000 - Relator (a): **Spencer Almeida Ferreira** - Comarca: Santos - Órgão julgador: 38ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 06/04/2016).
>
> *PENHORA - Restituição de imposto de renda - Pretensão de reforma da r. decisão que rejeitou alegação de impenhorabilidade da restituição de imposto de renda - Cabimento - Hipótese em que a restituição de imposto de renda ostenta cunho alimentar e, portanto, é impenhorável - Valores que não entraram na esfera de disponibilidade do recorrente - RECURSO PROVIDO.* (TJ/SP - Agravo de Instrumento nº 2048728-82.2016.8.26.0000 - Relator (a): **Ana de Lourdes Coutinho Silva da Fonseca** - Comarca: São Paulo - Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 12/05/2016)

Ademais, os valores consistentes no banco de dados da Receita Federal para liberação, é uma expectativa de direito porquanto dependem de homologação por àquele órgão, de modo que, também por esta razão, não comporta acolhida o pedido da agravante.

Posto isto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2071377-41.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes HENRIQUE OGANDO CASALDERREY e HEDINIELY DE CASSIA

DELGADO CASALDERREY, é agravado MONTEGANI COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE AÇO LTDA.

ACORDAM, em 32ª 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 05.692)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA (Presidente), RUY COPPOLA e KIOITSI CHICUTA.

São Paulo, 15 de setembro de 2016.

CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: LOCAÇÃO - Bem imóvel - Ação de cobrança - Cumprimento de sentença - Execução por quantia certa - Expropriação de bens - Leilão eletrônico - Remição da execução - Celebração de acordo pelas partes - Ausência de arrematação - Previsão no edital, no sentido de ser devida a comissão do leiloeiro, mesmo em caso de remissão de dívida e/ou acordo, que se revela contrária ao disposto no art. 705, IV, do CPC/73 e nos arts. 10, 17, 18, 19 e 28 do Provimento nº 1625/2009 do Conselho Superior da Magistratura - Reforma da decisão agravada - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão proferida em fase de cumprimento de sentença, que determinou aos agravantes o pagamento da comissão do Leiloeiro, sob pena de ato atentatório à dignidade da justiça e adoção das demais providências legais (fls. 17/18).

Pugnam os agravantes pela reforma da r. decisão recorrida, alegando, em suma, que segundo o que dispõe o artigo 23, § 2º, da Lei nº 6.830/80, o artigo 705 do Código de Processo Civil de 1.973, os artigos 24 e 40 do Decreto nº 21.981/32, e o artigo 188 do Código Comercial, o ônus do pagamento da comissão do leiloeiro compete ao arrematante do bem, assim como que, em caso de suspensão do leilão, tal qual se deu no caso em tela, em razão de terem efetuado o pagamento do débito antes da realização da hasta pública, a jurisprudência se encontra consolidada no sentido de não ser devida comissão, mesmo porque a obrigação de pagá-la é do arrematante, ressaltando que, na espécie, não houve arrematação.

Acesso ao Sumário

Recurso tempestivo, preparado, instruído com as peças obrigatórias e contrariado.

É a síntese do necessário.

De rigor o provimento do recurso.

Respeitado o entendimento do e. Magistrado de primeiro grau, não é devida, no caso em tela, a comissão pleiteada pelo leiloeiro, haja vista a ausência da arrematação, por conta da remição da execução, mediante a celebração de acordo pelas partes.

É certo que nem a agravada nem os agravantes trouxeram aos autos cópia do edital expedido, o qual, ao que se extrai dos autos, não foi objeto de impugnação, assim como que, a despeito de tal omissão e da inexistência de controvérsia quanto a não arrematação do imóvel, há notícia de celebração de acordo pelas partes, homologado pelo juízo "a quo" (fls. 43).

É certo, também, que constou, expressamente, da petição na qual o leiloeiro requereu o pagamento de sua comissão, a seguinte afirmação:

"A determinação, no edital, do pagamento da comissão do Leiloeiro Público Oficial, em caso de remissão da dívida e/ou acordo, é clara e expressa" (fls. 19).

Ocorre que tal previsão se revela contrária ao disposto no artigo 705 do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época da prolação da r. decisão vergastada, norma de ordem pública e, consequentemente, insuscetível de derrogação pelas partes, segundo a qual:

"Art. 705. Cumpre ao leiloeiro: (...) IV - receber **do arrematante** a comissão estabelecida em lei ou arbitrada pelo juiz; (...)".

Não bastasse isso, ao disciplinar o leilão eletrônico, tal como determinado pelo artigo 689-A, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1973, o Conselho Superior da Magistratura editou o Provimento nº 1625/2009, cujos artigos 10, 17, 18, 19 e 28 preceituam:

"Art. 10. O gestor suportará os custos e se encarregará da divulgação da alienação, **observando as disposições legais** e as determinações judiciais a respeito".

"Art. 17. A comissão devida ao gestor será paga à vista **pelo arrematante** e arbitrada pelo juiz até o percentual máximo de 5% sobre o valor da arrematação, não se incluindo no valor do lanço".

"Art. 18. Com a aceitação do lanço, o sistema emitirá guia de depósito judicial identificado vinculado ao Juízo da execução. Parágrafo único. A comissão do gestor ser-lhe-á paga diretamente".

"Art. 19. **O arrematante** terá o prazo de até 24 (vinte e quatro) horas para efetuar os depósitos mencionados no artigo anterior, salvo disposição judicial

Acesso ao Sumário

diversa".

"Art. 28. **O gestor deverá obedecer rigorosamente a todos os preceitos deste Provimento**".

Destarte, em razão de a previsão do edital no sentido de que seria devida a comissão do leiloeiro mesmo "em caso de remissão de dívida e/ou acordo" se revelar contrária aos preceitos legais e normativos retro mencionados, bem assim o fato de não ter havido, no caso concreto, arrematação, desponta imperativa a reforma da r. decisão vergastada, ficando afastada, pois, a determinação de pagamento de referida verba por parte dos agravantes, bem assim a pena cominada para a hipótese de seu descumprimento, consistente na configuração de ato atentatório à dignidade da justiça.

Por tais razões, meu voto dá provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2137117-43.2016.8.26.0000, da Comarca de Osasco, em que é agravante BANCO BRADESCO S/A, é agravado ANTÔNIO MARCOS HELENO CUSTODIO COELHO.

ACORDAM, em 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 14434)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente sem voto), FLÁVIO CUNHA DA SILVA e ACHILE ALESINA.

São Paulo, 14 de setembro de 2016.

FERNANDO SASTRE REDONDO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: TUTELA DE URGÊNCIA. Exibição de documentos. Sentença de procedência. Provimento antecipatório deferido para juntada do documento, em cinco dias, sob pena de busca e apreensão. Possibilidade. Dever de exibição. Crime de desobediência. Não configuração. Descumprimento que configura ilícito penal somente no caso de o documento encontrar-se em poder de terceiro. Hipótese que não se enquadra no § único do artigo

403 do NCPC. Decisão reformada. RECURSO PROVIDO.

VOTO

RELATÓRIO

Agravo de instrumento contra r. decisão (fls. 136) que, em cumprimento de sentença, deferiu: i) levantamento do valor incontroverso pelo exequente; ii) intimação do executado para juntar aos autos o documento pleiteado na inicial, em cinco dias, sob pena de mandado de apreensão, requisitando-se, se necessário, força policial, sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência.

Pugna o agravante pela reforma da parte final da decisão, que impôs a pena de responsabilidade criminal em caso de não apresentação dos documentos e informações descritas na inicial. Aduz que em nenhum momento resistiu ao cumprimento da ordem judicial e tampouco agiu de má-fé no curso do processo, razão pela qual não cabe o crime de desobediência, nem a requisição de força policial.

Recurso tempestivo, preparado e sem resposta, conforme certidão de decurso de prazo (fls. 27). Efeito suspensivo deferido.

VOTO

Trata-se de medida cautelar julgada procedente, na qual o juízo determinou a exibição dos documentos, consoante de vê da decisão atacada: "*II - Intime-se o executado na pessoa de seu procurador, para juntar aos autos o documento pleiteado na inicial, em (05) cinco dias, sob pena de mandado de apreensão, requisitando-se, se necessário, força policia, tudo sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência*". (fls. 136).

O agravante pugna pelo afastamento do crime de desobediência.

A decisão há de ser reformada no tocante à configuração de crime de desobediência por eventual descumprimento pelo banco à referida deliberação.

Com efeito, o § único do artigo 403 do Novo Código de Processo Civil, dispõe que "*se o **terceiro** descumprir a ordem, o juiz expedirá mandado de busca e apreensão, requisitando, se necessário, força policial, sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência, pagamento de multa e outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão.*" (grifei).

No entanto, a pena de crime de desobediência prevista na referida norma não se aplica à hipótese, haja vista que não há informação de que o documento pretendido esteja em poder de terceiro, sendo cabível, no caso de descumprimento da determinação judicial, somente a expedição do mandado de busca e apreensão.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, confira-se julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"APELAÇÃO CÍVEL. MEDIDA CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. CONTRATOS BANCÁRIOS. I - PEDIDO GENÉRICO. MATÉRIA NÃO CONHECIDA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. II - DEVER DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. RECONHECIDO. DESNECESSIDADE PROVA DA RECUSA ADMINISTRATIVA. III - BUSCA E APREENSÃO. PENALIDADE MANTIDA. INTELIGÊNCIA DO ART. 362 DO CPC. IV - ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. CONDENAÇÃO DA PARTE RÉ. DEVIDA. CARÁTER CONTENCIOSO. V - PREQUESTIONAMENTO. (...) 4. **Em relação à sanção de desobediência (art. 362, do CPC), cabe destacar que esta Corte de Uniformização reputa ser passível sua aplicação quando os documentos pretendidos se encontram em poder de terceiros, estranhos à lide, e não à própria parte, porquanto, em tais casos, incide a busca e apreensão (exibição cautelar)** ou a presunção de veracidade dos fatos lastreados no instrumento cuja apresentação se almejava (exibição incidental - art. 359 do CPC). Precedente: REsp 1279081, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 07.12.2012. (...)" *(STJ, AgRg na MC 20.827/PR, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 21.8.2014)*.

E ainda, sobre o tema, precedentes desta Corte:

"CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. Pretendida exibição do contrato de abertura de conta corrente com crédito rotativo e extratos. Documentos comuns às partes. Recusa injustificada. A consequência para a não exibição do documento é a medida de busca e apreensão. Eventual reconhecimento do crime de desobediência por descumprimento da determinação de exibição. Descabimento. Apelação parcialmente provida." (TJSP; Apel. nº 0000303-65.2013.8.26.0452; 15ª Câmara de Direito Privado; Des. Rel. Jairo Oliveira Júnior; j. em 25.4.2016).

"Medida cautelar de exibição de documentos - Extratos de caderneta de poupança referente aos meses de março, abril e maio de 1990 - Sentença julgada procedente para exibição dos documentos no prazo de 48 horas, sob pena de busca e apreensão e crime de desobediência - Instituição financeira deve exibir documentos comuns às partes, em face do princípio da boa-fé objetiva - Existência, no caso, de prévia solicitação administrativa sem atendimento ou exigência do pagamento de tarifa - Matéria pacificada pelo julgamento do Recurso Especial nº 1.349.453/MS, com base no artigo 543-C do CPC - Sentença mantida - Recurso negado. (...) Exibição - Em caso de resistência, a consequência é a busca e apreensão sem cumulação com crime de desobediência - Responsabilidade por crime de desobediência afastada na hipótese de resistência a exibição

Acesso ao Sumário

- Recurso provido. (...) Recurso parcialmente provido." (TJSP; Apel. nº 0016511-64.2010.8.26.0506; 13ª Câmara de Direito Privado; Des. Rel. Francisco Giaquinto; j. em 1.2.2016).

Assim, impõe-se a reforma da decisão para exclusão da pena por crime de desobediência.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2129549-73.2016.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ, é agravado MICROBIAL - LABORATÓRIO DE ANÁLISES FÍSICO-QUÍMICAS E MICROBIOLOGICAS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "RECURSO PROVIDO EM PARTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.526)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA CATARINA STRAUCH (Presidente sem voto), SERGIO ALFIERI e CAMPOS PETRONI.

São Paulo, 29 de setembro de 2016.

MOURÃO NETO, Relator

Ementa: Processual civil. Ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos materiais e morais. Tutela de urgência deferida, a fim de que a concessionária restabeleça o fornecimento de energia elétrica na unidade consumidora da agravada, em 24 horas, sob pena de multa diária de R$ 5.000,00.

Presentes os requisitos do artigo 300 do novo CPC (perigo da demora e direito provável), é o caso de se manter o deferimento da antecipação de tutela, nos termos da fundamentação. Decisão mantida nesse particular.

Multa. Notícia de que houve cumprimento da obrigação de fazer pela concessionária. Redução do respectivo valor cabível.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

I - Relatório.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Companhia Paulista de Força e Luz - CPFL contra a decisão interlocutória digitalizada a fls. 82, proferida na ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos materiais e morais proposta pela Microbial - Laboratório de Análises Físico-Químicas e Microbiológicas Ltda., que deferiu a tutela antecipada "**ordenando à ré que, em 24h (em face dos anteriores protocolos de atendimento), repare o defeito apresentado na caixa de força localizada no exterior da sede da autora, religando a energia elétrica no local, sob pena de multa diária de R$ 5.000,00**".

As razões recursais postulam a concessão de efeito suspensivo e a posterior reforma integral do *decisum*, para que a antecipação da tutela seja indeferida, ou, sua reforma parcial, a fim de que o valor da multa cominatória seja reduzida.

O agravo foi processado sem a medida de urgência reclamada (fls. 130/131).

Intimada, a agravada apresentou contraminuta a fls. 133/141.

As partes foram consultadas e não se opuseram ao julgamento virtual.

II - Fundamentação.

Este agravo, interposto sob a égide do novo Código de Processo Civil (a sentença foi publicada - liberada nos autos digitais - em 15 de junho de 2016), **comporta parcial provimento (apenas no que toca ao valor da multa cominada).**

Pelo que se extrai dos autos, a agravada propôs ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de indenização por danos materiais e morais, na qual alega que, em 10 de junho de 2016, houve uma súbita queda de energia elétrica em sua sede, de modo que contratou um profissional para solucionar o problema, ocasião em que foi verificado que um dos fios oriundos da rede externa havia se soltado e, ao tocar o fio lateral, gerou um curto-circuito na caixa de forma, acarretando o derretimento de materiais plásticos e, consequentemente, o corte da energia elétrica.

Após o ocorrido, alega a agravada buscou entrar em contato com a concessionária agravante por diversas vezes (protocolos ns. 9067958305, 9067983213, 9067989505, 9067992517, 9067995614, 90677997051, 9067998527, 9068075212, 9068076145, 9068076745, 9068024786 e 9068049009 - cf. fls. 35), entretanto, nenhum técnico compareceu à sede da agravada, razão da propositura da demanda, na qual pleiteia antecipação de

Acesso ao Sumário

tutela, a fim de que a concessionária agravante tome providências imediatas para resolver o problema existente na caixa de força, restabelecendo o fornecimento de energia elétrica na unidade consumidora.

O MM. Juízo *a quo* concedeu a tutela antecipada, nos termos relatados supra.

Argumenta a concessionária agravante, por sua vez, que esse *decisum* não comporta manutenção, tendo em vista que a narração feita na petição inicial não é condizente com o que, de fato, ocorreu.

Afirma a concessionária que, no dia 10 de junho de 2016, houve dois registros de reclamação da agravada informando que seu medidor estava com o cabo interno rompido, causando a falha no fornecimento de energia elétrica. A reclamação gerou uma ocorrência para que fosse verificado o problema, sendo enviada equipe técnica, a qual, todavia, não teve acesso ao local, pois não atendida pela agravada.

Diante da falta de acesso ao local, assevera a agravante que não foi possível realizar o serviço, tendo a equipe técnica retornado e encerrado a ocorrência.

No dia seguinte, admite a concessionária agravante que recebeu nova reclamação, informando a falta de energia elétrica, momento em que foi gerada nova ocorrência, tendo a equipe técnica encontrado o local fechado, não tendo acesso ao medidor que se localiza na parte interna da empresa.

Ou seja, no entender da agravante não há nenhum elemento capaz de indicar irregularidade nos procedimentos adotados pela agravante para resolver o ocorrido nas dependências da agravada.

Além disso, com relação às fotos acostadas na petição inicial, a agravante questiona o modo como foram tiradas, tendo em vista que a própria agravada afirma que o profissional que contratou não tinha acesso ao local, todavia, encarta fotos da caixa de medição tanto aberta quanto fechada.

Prossegue argumentando que o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* não estão demonstrados, pois a agravante jamais se recusou a atender a agravada: apenas não obteve acesso ao medidor, pois o ingresso no imóvel não foi permitido, insurgindo-se, ao final, contra a multa cominatória no valor de R$ 5.000,00 por dia de descumprimento, por entendê-la excessiva, pugnando, subsidiariamente, por sua redução.

Pois bem.

Consoante o artigo 300, *caput*, do novo Código de Processo Civil, "**a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo**". Dois, como se vê, os requisitos indicados nesse dispositivo para a concessão da tutela de urgência: perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo e probabilidade do direito.

Acesso ao Sumário

Quanto ao primeiro requisito, é de se ressaltar que o legislador visa obviar o "*periculum in mora*".

Ensinam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery que "**Duas situações, distintas e não cumulativas entre si, ensejam a tutela de urgência. A primeira hipótese autorizadora dessa antecipação é o periculum in mora, segundo expressa disposição do CPC 300. Esse perigo, como requisito para a concessão da tutela de urgência, é o mesmo elemento de risco que era exigido, no sistema do CPC/1973, para a concessão de qualquer medida cautelar ou em alguns casos de concessão de tutela**" (*in* Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 857/858).

Quanto ao segundo requisito, é de se ressaltar que o legislador exige o *fumus boni iuris* (ou seja, a probabilidade do direito).

E, nesse particular, a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery é a de que "**Também é preciso que a parte comprove a existência da plausibilidade do direito por ela afirmado (fumus boni iuris). Assim, a tutela de urgência visa assegurar a eficácia do processo de conhecimento ou do processo de execução**" (op. cit. p. 858).

Ainda quanto a esse segundo requisito da tutela de urgência, o legislador não exige prova inequívoca, mas, sim, a **probabilidade do direito**, a ser aferida com base em cognição sumária - ou seja, a partir de um quadro probatório ainda incompleto (situação destes autos).

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero arrematam que "**Quer se fundamente na urgência ou na evidência, a técnica antecipatória sempre trabalha nos domínios da 'probabilidade do direito' (art. 300) - e, nesse sentido, está comprometida com a prevalência do direito provável ao longo do processo. Qualquer que seja o seu fundamento, a técnica antecipatória tem com pressuposto a probabilidade do direito, isto é, de uma convicção judicial formada a partir de uma cognição sumária das alegações da parte**" (*in* Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 202).

Ademais, a tutela de urgência não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, nos termos do artigo 300, § 3º, do novo CPC - risco inexistente neste caso concreto.

No caso concreto, a concessionária agravante faz menção aos registros das reclamações efetivadas na data de 10 de junho de 2016, bem como no dia seguinte, não tendo os técnicos da concessionária agravante sido atendidos pela agravada, permitindo o ingresso no imóvel.

Entretanto, a agravada alega que diversas foram as relações efetivadas, as

Acesso ao Sumário

quais receberam os seguintes números de protocolo: 9067958305, 9067983213, 9067989505, 9067992517, 9067995614, 90677997051, 9067998527, 9068075212, 9068076145, 9068076745, 9068024786 e 9068049009 (cf. fls. 35), não tendo a concessionária agravante feito nenhum esclarecimento sobre esses doze chamados existentes.

Também questiona a concessionária que as fotos acostadas na petição inicial, pois, no seu entender, do ângulo a partir do qual foram tiradas, as fotografias não corroboram a afirmação da agravada de que profissional que contratou não tinha acesso ao medidor, no entanto, a caixa é fotografada tanto aberta quanto fechada.

Nesse particular, a agravada esclarece que as fotos da caixa de medição "*foram tiradas através do vidro de proteção do referido equipamento (que pode ser constatado a fls. 78)*", acrescentando que "*Tanto é que as fotos de fls. 79/81 claramente contém reflexos causados pelo referido vidro, nos quais se pode observar, inclusive, o edifício que fica localizado em frente ao imóvel da empresa agravada*", explicação que se mostra verossímil.

Não se pode perder de vista, ainda, a necessária proporcionalização dos interesses e riscos em jogo: de um lado, privação de insumo essencial (energia elétrica), de outro, a questão meramente patrimonial. E assim confrontados os valores e risco, a balança pende, em cognição sumária, em favor da agravada.

Isso é o quanto basta, quanto à tutela antecipada, ao desprovimento do recurso, entendimento que é vazado em sede de cognição sumária, ficando mantida a decisão agravada que assim deferiu a medida de urgência.

Por fim, pugna a concessionária agravante pela redução ou limitação da multa cominatória fixada pelo MM. Juízo *a quo*.

Nesse particular, é de se observar que a agravada informa que a energia elétrica foi restabelecida no imóvel na data de 27 de junho de 2016, ou seja, depois de intimada a concessionária agravante, em 16 de junho de 2016, para cumprimento do quanto determinado pelo MM. Juízo *a quo* em sede de antecipação de tutela.

A multa, segundo Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero ensinam que a finalidade dessa multa "*é coagir o demandado ao cumprimento do fazer ou do não fazer, não tendo caráter punitivo*", constituindo "*forma de pressão sobre a vontade do réu, destinada a convencê-lo a cumprir a ordem jurisdicional*" (Código de processo civil comentado artigo por artigo. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. Página 428).

Para que atinja essa finalidade, prosseguem os autores, a multa deve ser fixada "*em montante suficiente para fazer ver ao réu que é melhor cumprir do que desconsiderar a ordem do juiz*", sendo imprescindível, para o adequado dimensionamento de seu valor, que o magistrado "*considere a capacidade*

Acesso ao Sumário

econômica do demandado" (obra e página citadas).

À vista dessas considerações, a multa foi fixada em R$ 5.000,00 por dia de descumprimento.

Há notícia de que foi cumprida a obrigação de fazer pela concessionária agravante, de modo que se faz necessário definir se deve ou não ser mantido o valor da multa diária.

Sobre o tema, colhem-se precedentes deste C. Tribunal de Justiça[1] que, em casos assemelhados, exararam entendimento de que para a consecução de seu escopo, razoável e suficiente seria multa diária no valor de R$ 500,00, valor que ora se adota, para obviar a possibilidade de enriquecimento sem causa, sem, porém, eximir a ré, ora agravante, de pagar valor ainda assim significativo, especialmente considerado o período de tempo consumido para, além do prazo fixado, ser cumprida a ordem judicial.

III - Conclusão.

Diante do exposto, **dá-se provimento em parte ao agravo**, apenas para reduzir o valor da multa diária, de R$ 5.000,00 para R$ 500,00, nos termos da fundamentação supra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2119437-45.2016.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante MKT INCORPORAÇÃO E EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., é agravado CONDOMÍNIO RESIDENCIAL MONTE MORIAH.

ACORDAM, em 29ª 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 10.985)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN (Presidente) e FORTES BARBOSA.

São Paulo, 28 de setembro de 2016.

FABIO TABOSA, Relator

Acesso ao Sumário

1 Confiram-se: (a) TJSP - Agravo de Instrumento n. 2041097-87.2016.8.26.0000 - 27ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. Daise Fajardo Nogueira Jacot - J. 12/4/2016; (b) TJSP - Agravo de Instrumento n. 2007114- 97.2016.8.26.0000 - 35ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. Morais Pucci - J. 22/2/2016; (c) TJSP - Agravo de Instrumento n. 2132351-44.2016.8.26.0000 - 31ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. Paulo Ayrosa - J. 2/8/2016; (d) TJSP - Agravo de Instrumento n. 2101233-50.2016.8.26.0000 - Rel. Des. Antonio Rigolin - J. 28/6/2016.

Ementa: Condomínio. Cobrança de despesas comuns. Demanda proposta em face da compromissária compradora, já devidamente imitida na posse. Retomada do imóvel, antes após proferida a sentença, pela incorporadora, por meio de leilão extrajudicial. Assunção por essa da responsabilidade pelas obrigações condominiais, de caráter *propter rem*, que tocavam à adquirente. Possibilidade de sequência da execução em face daquela, nos termos do art. 568, III, do CPC/1973. Situação equiparada à do arrematante da unidade geradora das despesas. Decisão agravada, que deferiu a inclusão da proprietária no polo passivo da execução, confirmada, embora com ressalvas quanto à fundamentação. Agravo de instrumento não provido.

VOTO

VISTOS.

Trata-se de agravo interposto contra a r. decisão reproduzida a fl. 21 (fl. 269 dos autos originários), que, no âmbito de demanda de cobrança de despesas condominiais em fase de cumprimento de sentença, deferiu pedido do exequente de inclusão no polo passivo da incorporadora e atual proprietária do imóvel, fundamentando o MM. Juiz sua decisão no caráter *propter rem* das obrigações condominiais e na existência de prova documental acerca da titularidade do imóvel por parte dessa empresa.

Insurge-se a executada, sustentando que a sentença proferida produziria efeitos apenas para as partes da relação jurídica processual, não podendo prejudicar terceiros, razão pela qual seria parte ilegítima da execução. Alega ainda ter obtido a propriedade da unidade autônoma mediante adjudicação procedida em leilão extrajudicial, sendo portanto inaplicável a regra prevista no art. 109, § 3º, CPC/2015. Afirma ademais que, nos termos do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.345.331/RS, sob a técnica de julgamento de recursos repetitivos, o que definiria a responsabilidade pelo pagamento das despesas condominiais seria a relação jurídica material com o imóvel e, na qualidade de adjudicante ainda não imitida na posse, não estaria obrigada a arcar com o pagamento das taxas condominiais referentes a período em que o imóvel estaria ocupado pela compromissária compradora. Bate-se em conclusão pela reforma da r. decisão agravada, para que seja reconhecida a inexistência de obrigação de sua parte em relação ao débito executado, assim como sua ilegitimidade *ad causam*, com a consequente

Acesso ao Sumário

exclusão do polo passivo da execução.

Deferiu-se o processamento sob a forma de agravo de instrumento, denegando-se todavia o efeito suspensivo pleiteado e dispensando-se outrossim a prestação de informações pelo MM. Juízo *a quo*.

O recurso, que é tempestivo, veio instruído com as peças obrigatórias e acompanhado do comprovante de recolhimento das custas de preparo, manifestando-se o condomínio-agravado em contrarrazões no prazo legal (fls. 369/377).

É o relatório.

Não prospera o inconformismo.

Primeiramente, destaca-se que as despesas condominiais, como obrigações de natureza *propter rem*, são de responsabilidade dos proprietários da unidade autônoma (condôminos reais), sem prejuízo de poderem também alcançar, ampliativamente, aos adquirentes da unidade ainda sem transferência de domínio, de toda forma equiparados a condôminos por expressa disposição de lei (art. 1.334, § 2º, do CC).

Nesse diapasão, pondera-se, respeitosamente, que dita equiparação, para efeito de colaboração no rateio das despesas comuns, não exclui a responsabilidade concomitante do efetivo proprietário, independentemente do exercício da posse ou efetiva exploração da unidade, cabendo a ele direito de regresso se o caso.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, em torno desse tema, vem pacificar sua jurisprudência, no âmbito do julgamento de caso paradigma em recursos repetitivos, segundo a técnica do art. 543-C do CPC, firmando a tese de que, havendo imissão do comprador na posse e tendo o condomínio ciência desse fato, os proprietários-condôminos passem, ainda assim, a ser parte ilegítima para a cobrança dos rateios, conforme segue:

> "*PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. CONDOMÍNIO. DESPESAS COMUNS. AÇÃO DE COBRANÇA. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA NÃO LEVADO A REGISTRO. LEGITIMIDADE PASSIVA. PROMITENTE VENDEDOR OU PROMISSÁRIO COMPRADOR. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. IMISSÃO NA POSSE. CIÊNCIA INEQUÍVOCA. 1. Para efeito do art. 543-C do CPC, firmam-se as seguintes teses: a) O que define a responsabilidade pelo pagamento das obrigações condominiais não é o registro do compromisso de compra e venda, mas a relação jurídica material com o imóvel, representada pela imissão na posse pelo promissário comprador e pela ciência inequívoca do condomínio acerca da transação. b) Havendo compromisso de compra e venda não levado a registro, a responsabilidade pelas despesas de*

condomínio pode recair tanto sobre o promitente vendedor quanto sobre o compromissário comprador, dependendo das circunstâncias de cada caso concreto. c) Se ficar comprovado: i) que o promissário comprador se imitira na posse; e ii) o condomínio teve ciência inequívoca da transação, afasta-se a legitimidade passiva do promitente vendedor para responder por despesas condominiais relativas a período em que a posse foi exercida pelo promissário comprador. 2. No caso concreto, recurso especial não provido." (REsp nº 1.345.331/RS, 2ª Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 8/4/2015, DJe 20/4/2015).

O caso em discussão apresenta todavia peculiaridades que o distinguem da situação retratada pela tese consolidada em termos repetitivos.

Com efeito, não está aqui em questão a dicotomia entre a responsabilidade originária pela dívida condominial, se do compromissário vendedor e efetivo proprietário, do compromissário comprador imitido na posse ou finalmente de ambos.

Por outro lado, mesmo à luz do entendimento do STJ, não se questiona que, optando o condomínio por um dos dois e obtendo em face dele título executivo judicial, não possa ao depois pretender chamar, em execução, o outro, com fundamento em suposta responsabilidade originária (que poderia ter motivado o direcionamento da demanda contra esse último, sem que isso tenha ocorrido).

O que está em jogo, aqui, é o fato de a unidade condominial, como reconhece a própria agravante, ter sido retomada pela incorporadora ora recorrente, após a sentença de parcial procedência da demanda, isso em função do alegado inadimplemento das obrigações da compromissária adquirente, a ré Kátia Cristina Martins.

Ou seja, após proferida a sentença (disponibilizada no DJe em 10/2/2012, cf. fl. 212, e 15/5/2012, integrada pela decisão que acolheu os embargos de declaração opostos, disponibilizada no DJe em 24/5/2012, cf. fl. 219), houve alteração na situação dominial, conforme esclarece a agravante na fl. 14 de suas razões recursais. E, à luz dessa alteração, a compromissária compradora, por força de arrematação extrajudicial dos respectivos direitos promovida nos termos da Lei nº 4.591/64, perdeu essa condição, deixando portanto de se qualificar como condômina. Ao que consta, não desocupou ainda o imóvel, mas se ali permanece o faz a título precário, com posse injusta, em situação nada equivalente à do compromissário comprador regularmente imitido na posse, tal qual exposto no acórdão paradigma do STJ.

Trata-se pois de modificação superveniente na titularidade do imóvel, em fase de cumprimento de sentença, que requer tratamento diferenciado, insista-se, quanto à discussão sobre quem seja o legitimado originário.

Acesso ao Sumário

Releva, neste ponto, precisar o que venha a ser, exatamente, o caráter *propter rem* atribuído às obrigações condominiais. A esse respeito, preciso o ensinamento do pranteado LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO no sentido de que "*...transmitida a titularidade real, ainda sendo esta ativa, transmite-se, juntamente com ela, a totalidade das obrigações existentes que têm por causa a coisa objeto de direito real.*" (cf. Direito das Coisas, p. 116, RT, São Paulo, 2008).

Vale dizer, a titularidade da relação obrigacional vincula-se à titularidade de um direito real (normalmente dominial), de modo que transmitida essa última transfere-se também, automaticamente, a obrigação correspondente, sem embargo de quem fosse o titular da coisa no momento da formação do vínculo obrigacional (isto é, do surgimento do débito ou de determinada parcela dele).

É exatamente o que dispõe a respeito o art. 1.345 do Código Civil, que possui a seguinte redação: "*O adquirente de unidade responde pelos débitos do alienante, em relação ao condomínio, inclusive multa e juros moratórios.*"

Como a transmissão da titularidade da posição passiva da relação obrigacional é automática e inerente à própria alienação, independentemente de qualquer previsão a respeito, a negociação do imóvel se equipara, para esse fim, a uma convenção tendo por objeto a titularidade do vínculo obrigacional.

Conforme já decidiu o STJ:

> "*CONDOMÍNIO. Quotas condominiais. Proprietário que readquire o bem. O proprietário que retoma em juízo os imóveis que antes prometera vender a terceiros, responde pelas quotas condominiais em atraso. Recurso não conhecido.*" (REsp nº 434.555/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 17/9/2002, DJ 28/10/2002).

Não obstante tais considerações, cogitar-se sobre a responsabilidade no plano substancial do proprietário pelos rateios em aberto não resolve automaticamente a indagação, de ordem diversa, quanto a poder eventual demanda em curso se voltar a partir daí contra ele; mesmo porque, havendo sentença definitiva em face de determinado condômino, a transferência da propriedade não é excludente da sequência da execução em face da pessoa cuja responsabilidade se formou o débito e que consta afinal, no título executivo, como devedor.

Acesso ao Sumário

De qualquer modo, em princípio, é viável a inserção de novo proprietário no polo passivo de demanda de cobrança em fase executiva.

Não pela regra do art. 42, § 3º, do CPC/1973 (art. 109, § 3º, do CPC/2015), a qual cuida da extensão dos efeitos da sentença ao adquirente ou cessionário de direito, e portanto, compatível com a fase de conhecimento (a par disso, não custa lembrar que segundo esse mesmo dispositivo legal a alienação por ato entre vivos não altera a legitimidade das partes, dependendo outrossim o ingresso do

cessionário em lugar do cedente de provocação dele próprio, cessionário, e de concordância da parte contrária. Bem diversamente, pois, do que se tem no caso dos autos, em que a parte contrária, no caso o condomínio, é quem pretende promover a alteração na relação processual).

Na verdade, a hipótese se adequa mais propriamente pela regra do art. 568, III do CPC/1973, considerando que em face do já citado art. 1.345 do CC o adquirente passa a ser o sujeito passivo natural da relação obrigacional de direito material, sem necessidade de anuência por parte do credor (condomínio).

E é com base nesse aspecto, vale dizer, a transferência da titularidade da obrigação, que se permite o redirecionamento da execução contra o condômino atual (que, é bom que se diga, se fosse demandado autonomamente não poderia questionar a substância da obrigação, estando sujeito aos limites da coisa julgada que atingiam seu antecessor no domínio).

Bem por isso, entende este Relator que na hipótese de arrematação judicial do imóvel em execução faz-se possível a sequência daquela, se insuficiente o produto para a liquidação do débito em cobrança, contra o arrematante e novo titular.

Também nesse sentido já se manifestou o E. Superior Tribunal de Justiça:

"*CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE COTAS CONDOMINIAIS. ARREMATAÇÃO DE IMÓVEL PELO BANCO. DÍVIDA ANTERIOR. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. AGREGAÇÃO AO IMÓVEL. RESPONSABILIDADE DO ARREMATANTE. DIREITO DE REGRESSO. CPC, ART. 42, § 3º. I. O entendimento firmado pelas Turmas integrantes da 2ª Seção do STJ é no sentido de que a dívida condominial constitui obrigação propter rem, de sorte que, aderindo ao imóvel, passa à responsabilidade do novo adquirente, ainda que se cuide de cotas anteriores à transferência do domínio, ressalvado o seu direito de regresso contra o antigo proprietário. II. Recurso especial não conhecido.*" (REsp nº 659.584/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 4/4/2006, DJ 22/5/2006).

Ou, em contexto equiparado:

"RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DE AÇÃO DE COBRANÇA PROMOVIDA PELO CONDOMÍNIO CONTRA O PROMISSÁRIO COMPRADOR. REAQUISIÇÃO DO BEM PELO PROMITENTE VENDEDOR, QUE, CIENTE DOS DÉBITOS CONDOMINIAIS QUE PASSARIAM A SER DE SUA RESPONSABILIDADE, BEM COMO DA RESPECTIVA AÇÃO, REMANESCE INERTE, POR MAIS DE SEIS ANOS, SOMENTE INTERVINDO NO FEITO PARA ALEGAR NULIDADE DA CONSTRIÇÃO JUDICIAL. PROCEDER PROCESSUAL REPETIDO EM OUTRAS

Acesso ao Sumário

SETE AÇÕES CONTRA O MESMO CONDOMÍNIO. PREJUÍZO MANIFESTO DA ENTIDADE CONDOMINIAL. VERIFICAÇÃO. PENHORA SOBRE A UNIDADE IMOBILIÁRIA, POSSIBILIDADE, EXCEPCIONALMENTE. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. [...]3. O promitente vendedor, em regra, não pode ser responsabilizado pelos débitos condominiais posteriores à alienação, contemporâneos à posse do promissário comprador, pois, ao alienar o bem, tem a intenção de justamente despir-se do direito real sobre o bem. Diversa, todavia, é a situação em que o promitente vendedor (independente da causa) objetiva readquirir - e, de fato, vem a reaver - a titularidade de direito real sobre o bem imóvel anteriormente alienado. Nesse caso, deve, sim, o promitente vendedor responder pelos débitos condominiais contemporâneos à posse do posterior titular (compromissário comprador), sem prejuízo de seu direito de regresso, pois, em virtude da reaquisição do bem, sua condição de proprietário e/ou titular de direito real sobre a coisa, na verdade, nunca se rompeu. [...]" (REsp nº 1.440.780/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 17/3/2015, DJe 27/3/2015).

Esse, pois, o fundamento para a manutenção da r. decisão agravada, ou seja, a modificação da situação jurídica do imóvel no curso da execução, fazendo que com a incorporadora, que tomou para si os direitos e obrigações da compromissária compradora inicialmente demandada, responda pela dívida objeto do título executivo contra esse formado.

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

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2085313-36.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO BRADESCO S/A, são agravados DOLMIRO PIGNATA, MARCELO DE PAULA SANTOS, BENIGNO MUNIZ PEREIRA, APARECIDA KUMAGAI, ESMERALDA DEL GRECCO MARTINS, GABRIEL COGHETO, ADRIANA DE CAMPOS PINTONI, ALBERTO RAZUK, SILVIO LOPES CARVALHO e DIOLINDO JUSTO.

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 21652)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), HELIO FARIA e EDSON LUIZ DE QUEIROZ.

São Paulo, 7 de novembro de 2016.

HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO, Relator

Ementa: Agravo Interno - Decisão monocrática que negou provimento a recurso de agravo de instrumento - As razões recursais não foram capazes de neutralizar aquela assertiva - Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo interno, interposto contra a r. decisão monocrática, que negou provimento a recurso de agravo de instrumento, com fundamento no artigo 932, do CPC.

O réu busca a inversão do julgado.

É o relatório.

Fica superada eventual ofensa ao art. 932, do Código de Processo Civil, pelo julgamento colegiado do agravo interno 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 pelo recorrente 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*

Acesso ao Sumário

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.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1048254-90.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CARLOS ALBERTO COSTA, é apelado FUNDAÇÃO SAÚDE ITAÚ S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Nos termos do art. 942 do novo Código de Processo Civil, foram convocados outros julgadores, para a conclusão do julgamento, restando assim o resultado: "Por maioria de votos, deram parcial provimento ao recurso, nos termos que constarão do acórdão, contra o voto do segundo juiz que fará declaração", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27945/TJ)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALVARO PASSOS (Presidente), GIFFONI FERREIRA, JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, NEVES AMORIM e JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS.

São Paulo, 5 de outubro de 2016.

ALVARO PASSOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONTRATO - Prestação de serviços - Plano de saúde - Empresa que opera por autogestão - Aplicação do Código de Defesa do Consumidor - Desligamento do empregado - Manutenção sua como beneficiário do seguro saúde prestado pela ex-empregadora - Possibilidade - Prêmio que deve corresponder à integralidade dos valores atualmente

pagos em favor de empregados em atividade - Aplicabilidade do art. 31 da Lei nº 9.656/98, bem como da Resolução Normativa RN nº 279 - Devolução de eventuais valores pagos a mais que deve de ocorrer de forma simples - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta contra sentença de pg. 169/171, cujo relatório se adota, que julgou improcedente o pedido contido em ação de obrigação de fazer, impondo ao autor os ônus pela sucumbência.

Inconformado, sustenta o vencido que o art. 31 da Lei nº 9.656/98 permite a manutenção do ex-empregado, no plano fornecido pela ex-empregadora, desde que assuma a parte patronal; que a Resolução nº 279 da ANS não pode limitar o benefício criado pela lei, a qual possui autoaplicabilidade; que a interpretação das normas deve de ser mais favorável ao consumidor, nos termos do art. 47 do CDC.

Com contrarrazões, vieram, os autos, para reexame.

Inicialmente, os autos foram distribuídos à C. 7ª Câmara de Direito Privado, a qual não conheceu do recurso diante da prevenção deste Relator, gerada por distribuição e julgamento do Agravo de Instrumento nº 2097340-22.2014.8.26.0000.

É o relatório.

Não há como afastar a aplicação, ao caso, dos dispositivos contidos no Código de Defesa do Consumidor, os quais, sendo matéria de ordem pública, podem ser conhecidos de ofício, ainda que se trate de empresa sem fins lucrativos e que opera por autogestão. Isso porque a apelada atua na prestação de serviços médico-hospitalares, mediante contraprestação, enquanto que a apelante é destinatária final desses serviços. De rigor, portanto, a incidência da Lei 8.078/90, nos termos, inclusive, do enunciado da Súmula nº 469 do Colendo STJ:

Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.

O apelo merece parcial provimento, julgando-se parcialmente procedente o feito.

A questão colocada na presente ação já foi objeto de inúmeros julgados, sendo, a solução que tenho dado em casos como este, uníssono com o entendimento dos nossos Tribunais, em especial desta Corte, no sentido da manutenção do ex-empregado no plano destinado a funcionários, após o seu

Acesso ao Sumário

desligamento, ainda que se trate de empresa que opera por autogestão.

Aliás, esta Câmara tem se pronunciado ser, a solução intermediária, a que se mostra mais adequada, permitindo ao segurado que permaneça no plano de saúde, mediante a observância das novas condições pactuadas (pagamento integral) com os empregados da ativa, cujo valor deverá ser comprovado nos autos.

Sobre a matéria, é de rigor destacar o voto da relatoria do Des. Luís Francisco Aguilar Cortez, proferido nos autos da apelação nº 9194871-96.2008.8.26.0000:

O autor apontou que trabalhou na General Motors do Brasil Ltda. - GMB por mais de dez anos, sendo beneficiário de plano de saúde coletivo; alegou que ao se desligar da empresa, e depois de transcorrido período de "graça", procurou a operadora visando a continuidade do vínculo, oportunidade em que foi lhe oferecido outro ajuste, com mensalidade elevada, em desrespeito ao disposto no art. 31 da Lei nº 9.656/98. Pediu, então, a manutenção do plano de saúde inicialmente contratado, com pagamento de mensalidade baseado nos valores descontados em seu último holerite (fls. 02/11).

Em contestação, no mérito, a requerida não discute o direito material invocado, insurgindo-se tão somente quanto ao valor da mensalidade pretendido, considerando as peculiaridades do contrato celebrado pela empregadora (fls. 56/67).

Ações envolvendo a mesma matéria com ex-empregados da GMB têm sido frequentes e, de modo geral, é admitida a continuidade mediante pagamento integral, apurando-se o valor a ser pago em liquidação.

Por conta da dificuldade na apuração do valor a ser pago, anteriormente de responsabilidade integral da GMB, que arcava com todos os custos dos eventuais atendimentos médico-hospitalares, a própria empresa noticiou, em outros feitos, a celebração de novo plano coletivo, a fim de evitar dúvidas a respeito do valor "integral" a ser pago após aposentadoria.

Na hipótese dos autos o autor ingressou na empresa em 1971 e aposentou-se em 2002 (fls. 17, 19 e 21), na qualidade de beneficiário de plano de saúde coletivo, fazendo jus à continuidade prevista pelo art. 31 da Lei nº 9.656/98.

*A autorização legal, porém, não permite a manutenção do ajuste com "**as mesmas mensalidades enquanto o autor era empregado da empresa**" (fls. 10), tendo em vista as especificidades do benefício então oferecido pela empregadora.*

Destaco que a ação é dirigida contra a operadora do plano de saúde, que suporta a previsão legal, mas não está obrigada a assumir condições distintas daquelas em regra adotadas para os planos da mesma natureza.

Assim, a solução intermediária mostra-se mais adequada, a saber:

Acesso ao Sumário

o autor pode prosseguir com o plano de saúde, todavia, deve observar as novas condições (pagamento integral) pactuadas com os servidores da ativa, ***valor a ser comprovado nos autos****, conforme precedentes desta Câmara, por mim relatados (EI nº 0374559-89.2008.26.0577/50000 e EI nº 0384817-61.2008.26.0577/50000, ambos julgados em 15/05/2012)* (destaquei).

Ante o exposto, meu voto é pelo provimento parcial do recurso, nos termos acima delimitados, reconhecida a sucumbência recíproca.

Acrescente-se, ainda, que a Resolução Normativa RN nº 279, de 24 de novembro de 2011, possibilita a manutenção de ex-empregados no plano de saúde oferecido pela empresa, desde que paguem o preço da parte patronal, o que ratifica o entendimento adotado.

Desta forma, o apelante e dependente devem ser mantidos no plano que lhe era disponibilizado, nas condições já descritas, devendo ser demonstrados os valores pagos pela empresa, nos termos que constam acima.

Ademais, eventuais valores pagos a mais devem de ser devolvidos de forma simples, não se vislumbrando ter havido má- fé por parte da empresa, ou intuito deliberado de lesar o apelante, tudo a ser apurado em liquidação de sentença.

Por ter decaído de menor proporção de seu pedido, ficam invertidos os ônus sucumbenciais.

Por derradeiro, a fim de evitar a oposição de embargos de declaração, única e exclusivamente voltados ao prequestionamento, tenho por expressamente prequestionada, nesta instância, toda a matéria, consignando que não houve ofensa a qualquer dispositivo a ela relacionado.

Pelo exposto, **dou parcial provimento** ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 15782/2016)

Dissinto respeitosamente da d. Maioria.

Concordo com a conclusão e fundamentos do R. voto; divirjo, contudo, no que se refere à devolução de valores, malgrado o silêncio do R. posicionamento a respeito da matéria.

Na visão deste insignificante magistrado, a decisão proferida não pode deferir devolução de todos os valores a contar dos desembolsos; é que tal pagamento está coberto pelo ato jurídico perfeito, e foi realizado sem ressalvas.

Assim, por meu entendimento, os valores hão que ser devolvidos apenasmente empós da citação - para não premiar a desídia da parte.

Pelo que manifesto parcial divergência.

Acesso ao Sumário

L. B. GIFFONI FERREIRA, Desembargador, 2º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1023619-61.2014.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante/apelado OSMALDO CIRINO DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados/apelantes CAPRI INCORPORADORA SPE LTDA. (CURY) e CURY CONSTRUTORA E INCORPORADORA S/A.

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 aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28674)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (Presidente sem voto), VIVIANI NICOLAU e CARLOS ALBERTO DE SALLES.

São Paulo, 10 de outubro de 2016.

EGIDIO GIACOIA, Relator

Ementa: APELAÇÃO - Ação de indenização c/c repetição de indébito - Parcial Procedência - Legitimidade da empresa que participou da cadeia de consumo como construtora, atrelou sua marca ao negócio e é sócia da vendedora - Legitimidade das empresas para responderem pela devolução de valores cobrados indevidamente - Entendimento do STJ através do julgamento de recursos repetitivos - Valor total da unidade que não incluiu a taxa de corretagem e nem foi discriminada de forma clara - Violação ao direito de informação - Cobrança da taxa de assessoria de forma indevida, pois o serviço é obrigação assessória do negócio - Devolução simples, pois não demonstrada a má-fé das empresas - Cobrança de taxa condominial devida, em razão da mora do comprador em pagar o saldo do preço - Sucumbência recíproca - Sentença Mantida - Recursos Improvidos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação de indenização cumulada com repetição de indébito, ajuizada por Osmaldo Cirino dos Santos em face de Cury Construtora e Incorporadora S.A. e Capri Incorporadora SPE S.A.

A r. sentença de fls. 181/186, integrada pela de cisão de fls. 191, proferida pela Magistrada **Juliana Koga Guimarães**, cujo relatório adoto, julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar as rés, solidariamente, a restituírem a quantia de R$ 7.733,92, relativa à devolução simples do que desembolsaram a título de corretagem e taxa SATI. Diante da sucumbência recíproca, ressalvada eventual justiça gratuita, condenou as partes ao pagamento das custas e despesas processuais em rateio e ao pagamento dos honorários de seus respectivos patronos.

Apelam o requerente (fls. 193/202), pleiteando a reforma parcial da r. sentença visando a condenação das empresas a restituírem, em dobro, os valores pagos pela taxa condominial, referente a período anterior a efetiva entrega do imóvel; devolução em dobro dos valores pagos a título de comissão de corretagem e taxa SATI. Por fim, diante da sucumbência, requer a condenação das apeladas ao pagamento de honorários advocatícios em 20%.

Recurso tempestivo, isento de preparo e recebido no duplo efeito (fls. 203).

Recorrem as requeridas (fls. 204/213) alegando preliminar de ilegitimidade passiva da empresa Cury que atuou apenas como construtora e não assumiu obrigação com o autor. No mérito, defendem a legalidade da cobrança de taxa de assessoria visando facilitar os procedimentos perante a CEF, por se tratar de programa habitacional Minha Casa Minha Vida, sendo uma especificidade que não pode ser desconsiderada.

Também defende a legalidade da cobrança do serviço de corretagem, pois o apelado não nega a prestação do serviço e nem aponta vício de qualidade na intermediação imobiliária.

Recurso tempestivo, devidamente preparado e recebido no duplo efeito (fls. 221).

Contrarrazões de apelação do autor (fls. 223/227) e das requeridas (fls. 228/234) pelo não provimento do recurso adverso.

Certidão de decurso de prazo sem oposição ao julgamento virtual (fls. 239).

Manifestação do autor requerendo o prosseguimento do feito e provimento do recurso (fls. 245/247).

É o relatório.

A preliminar de ilegitimidade passiva da empresa Cury deve ser afastada,

Acesso ao Sumário

pois além de ser sócia da empresa Capri, participando do mesmo grupo empresarial; também se vinculou ao negócio, na medida em que sua marca consta em vários documentos encaminhados ao autor, como no memorial descritivo do condomínio, recibos de entrega de valores, extrato do cliente; além de participar da cadeia de consumo como construtora do imóvel.

No mérito, o autor não impugnou a prova de pagamento do saldo do preço em 01.09.2013, dando causa à emissão na posse do imóvel apenas em outubro de 2013, razão pela qual deve arcar com as taxas condominiais cobradas a partir da emissão do Habite-se e instalação do condomínio.

Quanto à legitimidade das empresas para responder pela devolução da taxa de assessoria e corretagem, foi firmada a seguinte tese para os fins do art. 1.040 do CPC/2015, no julgamento do Recurso Especial nº 1.551.968/SP e nº 1.551.951/SP, pelo Min. Paulo de Tarso Sanseverino:

> "***Legitimidade passiva 'ad causam' da incorporadora, na condição de promitente-vendedora, para responder a demanda em que é pleiteada pelo promitente-comprador a restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem e de taxa de assessoria técnico-imobiliária, alegando-se prática abusiva na transferência desses encargos ao consumidor.***"

No mérito, melhor sorte não socorre as empresas, pois, de acordo com o julgamento do Recurso Especial nº 1.599.511/SP, pelo Min. Paulo de Tarso Sanseverino, é válida a transferência, ao comprador, da obrigação de pagar a comissão de corretagem, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com destaque do valor da comissão, não sendo o caso dos autos, pois a corretagem não integrou o valor de R$ 153.331,35, conforme se observa a fls. 34.

Assim, houve patente violação à boa-fé objetiva contratual, com violação do dever de informação e transparência nas relações de consumo, assegurando ao comprador o direito de exigir o cumprimento da proposta pelo preço ofertado, não sendo admitida a cobrança apartada da comissão de corretagem.

Quanto ao serviço de assessoria técnico-imobiliário (SATI), o STJ firmou entendimento que a prestação de esclarecimentos técnicos e jurídicos acerca das cláusulas do contrato e das condições do negócio constitui mera prestação de um serviço inerente à celebração do próprio contrato, inclusive no que tange ao dever de informação, não constituindo um serviço autônomo oferecido ao adquirente, como ocorre com a corretagem.

Assim, a cobrança deste serviço importa em flagrante violação aos deveres de correção, lealdade e transparência, impostos pela boa-fé objetiva, tendo em vista a cobrança, a título de serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), pelo cumprimento de deveres inerentes ao próprio contrato celebrado.

Acesso ao Sumário

Consideram-se, assim, nulas de pleno direito as cláusulas que obrigam o consumidor a pagar o serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou congênere, *ex vi* do art. 51, IV, *in fine*, do Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, a devolução deve ser feita de forma simples, pois não comprovada a má-fé da empresa. Nesse sentido, importante citar recentes julgados no STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. ADMISSIBILIDADE. SÚMULA 322/STJ. PROVA DO ERRO. PRESCINDIBILIDADE. REPETIÇÃO EM DOBRO. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. REPETIÇÃO DE FORMA SIMPLES. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é possível tanto a compensação de créditos quanto a devolução da quantia paga indevidamente, independentemente de comprovação de erro no pagamento, em obediência ao princípio que veda o enriquecimento ilícito. Inteligência da Súmula 322/STJ. Todavia, para se determinar a repetição do indébito em dobro deve estar comprovada a má-fé, o abuso ou leviandade, como determinam os arts. 940 do Código Civil e 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, o que não ficou comprovado na presente hipótese. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1498617/MT, Min MARCO AURÉLIO BELLIZZE, 3ª Turma, j. em 18.08.2016)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - DECISÃO MONOCRÁTICA CONHECENDO DO AGRAVO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PARA, DE PRONTO, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, A FIM DE DETERMINAR A REPETIÇÃO SIMPLES DO INDÉBITO. IRRESIGNAÇÃO DO CORRENTISTA.

1. Pretensão de devolução em dobro dos valores pagos na vigência do contrato. Necessidade de ser demonstrada a má-fé da instituição financeira, o que não restou comprovada nos autos. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 164249/DF, 4ª Turma, Min. MARCO BUZZI, j. em 1802.2016)

Por fim, deverá ser mantida a sucumbência parcial, pois o autor sucumbiu em parte significativa dos pedidos, mas as empresas deram causa ao ajuizamento da ação.

Ante o exposto, pelo meu voto nego provimento aos recursos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002680-78.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado BRUNO BUGER NICOLINI, é apelado/apelante MAXCASA III EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

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, em parte, ao da ré, nos termos consignados no acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.624)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVÉRIO DA SILVA (Presidente sem voto), THEODURETO CAMARGO e GRAVA BRAZIL.

São Paulo, 11 de outubro de 2016.

PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO, Relator

Ementa. Apelação. Ação de indenização. Compromisso de compra e venda de imóvel. Sentença de parcial procedência. Inconformismo das partes. Atraso na entrega da obra. Culpa exclusiva da vendedora. Validade do prazo de tolerância de 180 dias. Inexistência de caso fortuito ou força maior. Lucros cessantes devidos a partir do fim do prazo de tolerância até a efetiva conclusão da obra. Súmulas n. 160, 161, 162 e 164, do TJSP. Dano moral não configurado. Restituição de comissão de corretagem e da taxa de serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI). Tese firmada em sede de Recurso Especial Repetitivo pelo Superior Tribunal de Justiça. Art. 1.040, III, do CPC. Legitimidade passiva da vendedora para responder pela restituição ao consumidor dos valores pagos a título de comissão de corretagem e de taxa SATI. Abusividade na cobrança da taxa SATI. Cobrança da comissão de corretagem informada ao comprador, com destaque do seu valor na discriminação do preço. Restituição indevida. Redimensionamento da sucumbência. Recurso do autor provido. Recurso da ré parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Apelações interpostas contra a sentença de fls. 437/444, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente a ação de indenização movida por Bruno Buger Nicolini em face de Maxcasa III Empreendimentos Imobiliários Ltda.

As partes pleiteiam a reforma da sentença pelas razões de fls. 448/454 e 459/477.

Recursos recebidos (fl. 485) e respondidos (fls. 488/494 e 495/512).

É o relatório.

Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor

De início, ressalta-se a necessidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso, eis que a natureza do negócio jurídico celebrado entre as partes é de compromisso de compra e venda no qual o vendedor constitui sociedade com o objetivo de comercializar imóvel e o comprador o adquire como destinatário final, nos termos dos artigos 2º e 3º, do CDC.

Prazo de tolerância para a entrega das obras

As partes celebraram entre si compromisso de compra e venda de imóvel, com previsão de entrega das obras até agosto de 2011, prorrogáveis por até 180 dias, conforme se observa da leitura do item 5 do quadro resumo e da cláusula 8.1 do contrato (fls. 23 e 32).

Cumpre ressaltar que o prazo de tolerância de até 180 dias para entrega das obras não se mostra abusivo. Trata-se de cláusula muito utilizada no mercado imobiliário e que tem sido declarada válida pela jurisprudência desta C. Corte, confira-se:

> **Apelação n. 0038073-17.2012.8.26.0068** - *Apelação Cível. Ação de indenização. Atraso na entrega do imóvel. Ausência de nulidade na cláusula de tolerância de 180 dias de atraso para entrega das obras. É praxe costumeira do mercado imobiliário exatamente este prazo de tolerância. Atraso na entrega do imóvel incontroverso. Responsabilidade da ré. De rigor a indenização a título de lucros cessantes no percentual de 0,5% sobre o valor atualizado do imóvel, desde junho de 2011 até a entrega definitiva das chaves, que possibilitou a imissão na posse do imóvel. Danos morais são descabidos. Apelo parcialmente provido.* (8ª Câmara de Direito Privado, Rel. SILVÉRIO DA SILVA, j. 16/04/2014).

No mesmo sentido, a Súmula n. 164, desta C. Corte estabelece que: *É válido o prazo de tolerância não superior a cento e oitenta dias, para entrega de imóvel em construção, estabelecido no compromisso de venda e compra, desde que previsto em cláusula contratual expressa, clara e inteligível*.

Todavia, a requerida não cumpriu o prazo, deixando de entregar o imóvel

Acesso ao Sumário

na data prevista, já considerado o prazo de tolerância.

Responsabilidade da ré pelo atraso na entrega das obras

A responsabilidade da ré emerge da condição de vendedora da unidade habitacional, e, como tal, responsável pela entrega do imóvel.

Os argumentos utilizados pela requerida para o atraso na entrega da obra (fortes chuvas e escassez de mão de obra) não caracterizam caso fortuito ou força maior, já que integram o risco do negócio, sendo intrínseco à própria atividade por elas desenvolvida. Tais riscos não podem ser transferidos ao consumidor, sob pena de caracterização de desvantagem exagerada. Assim, inexiste culpa exclusiva de terceiro, nos termos do art. 14, § 3º, do CDC.

Além disso, a Súmula n. 161, desta C. Corte, estabelece que: *Não constitui hipótese de caso fortuito ou de força maior, a ocorrência de chuvas em excesso, falta de mão de obra, aquecimento do mercado, embargo do empreendimento ou, ainda, entraves administrativos. Essas justificativas encerram "res inter alios acta" em relação ao compromissário adquirente*.

Entrega das obras

O habite-se é mera autorização administrativa para ocupação do imóvel, não se confundindo com a efetiva entrega do bem, que apenas ocorre com a entrega das chaves. Em que pese haver disposição contratual no sentido de que a obra seria considerada entregue com a expedição do habite-se, somente a efetiva disponibilização das chaves ao comprador pode ser utilizada como parâmetro para efeitos de entrega das obras.

Nessa linha, a Súmula n. 160, desta C. Corte, dispõe que: *A expedição do habite-se, quando não coincidir com a imediata disponibilização física do imóvel ao promitente comprador, não afasta a mora contratual atribuída à vendedora.*

Por estas razões, a requerida não cumpriu o prazo, deixando de entregar o imóvel na data prevista, já considerado o prazo de tolerância, uma vez que a entrega das chaves ocorreu apenas em 7/11/2012, conforme se verifica do documento de fls. 46/48.

Acesso ao Sumário

Exceção de contrato não cumprido

Não há que se falar em inadimplemento do autor. A parcela do financiamento estava condicionada à entrega das obras. A vinculação do pagamento desta parcela com a entrega das obras pode ser aferida através da leitura dos itens 4.4 e 4.5 (fls. 22) e pelo fato da data do seu pagamento coincidir com a data prevista no contrato para a conclusão das obras.

Desta forma, se as obras não haviam sido concluídas no prazo previsto no contrato, a referida parcela não poderia ser exigida do autor, nos termos do art. 476, do Código Civil.

Comissão de corretagem e taxa SATI

A ré alega ser parte ilegítima quanto aos pedidos de devolução da comissão de corretagem e da taxa do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), argumentando que o pagamento foi feito a terceiros, o que isentaria a responsabilidade contratual da empreendedora.

Contudo, em se tratando de relação de consumo, como é o caso dos autos, passa a responsabilidade a ser solidária, alcançando a todos que participam da cadeia de negócios e dela obtém alguma vantagem econômica, nos termos do art. 25, §1º, do CDC.

De acordo com os ensinamentos de LUIZ ANTONIO RIZZATO NUNES: '*Como a oferta e colocação de produtos e serviços no mercado pressupõe, em larga medida, a participação de mais de um fornecedor, a legislação consumerista estipulou que todos os que participaram, direta ou indiretamente, da produção, oferta, distribuição, venda, etc. do produto e do serviço respondem pelos danos causados ao consumidor*' (Comentários ao Cód. Defesa Consumidor, art. 25, n° 3, Ed. 2000, Saraiva).

A comissão de corretagem, usualmente deve ser custeada pela alienante, porém essa responsabilidade pode ser atribuída ao comprador, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem. Para tanto, as informações devem ser claras, suficientes e precisas quanto às condições do negócio, principalmente de forma discriminada, de todos os encargos a incidir sobre a transação que seriam de responsabilidade dos compradores (art. 6º, III, do CDC).

Na presente hipótese, a partir da análise do documento de fl. 49, conclui-se que o autor teve ciência inequívoca do pagamento efetuado e a que pretexto o foi.

Em que pese a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso concreto, nada há de ilícito na celebração de cláusula contratual neste sentido, vez que dentro da autonomia da vontade conferida aos contratantes.

O fato de o compromisso de compra e venda se tratar de contrato de adesão não torna, por si só, suas cláusulas abusivas, tampouco macula a vontade do consumidor, que tem livre arbítrio em assiná-lo ou não.

E não há falar-se em venda casada, pois os serviços foram prestados pela intermediadora e o comprador anuiu expressamente em suportar o pagamento de tal verba.

Por outro lado, abusiva a cobrança da taxa do serviço de assessoria técnico-imobiliária (taxa SATI), uma vez que caracteriza mera prestação de serviço inerente à celebração do contrato, não constituindo um serviço autônomo, nos termos do art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

O C. Superior Tribunal de Justiça sedimentou jurisprudência a respeito

Acesso ao Sumário

destas questões, no julgamento dos Recursos Especiais Repetitivos n. 1.551.951-SP e 1.599.511-SP. Confira-se:

> **REsp n. 1.551.951-SP** - *RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. PROCESSUAL CIVIL. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS EM ESTANDE DE VENDAS. CORRETAGEM. CLÁUSULA DE TRANSFERÊNCIA DA OBRIGAÇÃO AO CONSUMIDOR. ALEGAÇÃO DE ABUSIVIDADE. TEORIA DA ASSERÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA INCORPORADORA. VALIDADE DA CLÁUSULA. SERVIÇO DE ASSESSORIA TÉCNICO-IMOBILIÁRIA (SATI). COBRANÇA. DESCABIMENTO. ABUSIVIDADE. 1. TESE PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015: 1.1. Legitimidade passiva 'ad causam' da incorporadora, na condição de promitente-vendedora, para responder pela restituição ao consumidor dos valores pagos a título de comissão de corretagem e de taxa de assessoria técnico-imobiliária, nas demandas em que se alega prática abusiva na transferência desses encargos ao consumidor.*
>
> *2. CASO CONCRETO: 2.1. Aplicação da tese ao caso concreto, rejeitando-se a preliminar de ilegitimidade. 2.2. "Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem" (tese firmada no julgamento do REsp 1.599.511/SP). 2.3. "Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel" (tese firmada no julgamento do REsp 1.599.511/SP). 2.4. Improcedência do pedido de restituição da comissão de corretagem e procedência do pedido de restituição da SATI. 3. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, EM PARTE.* (Segunda Seção, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, j. 24/08/2016).
>
> **REsp n. 1.599.511-SP** - *RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS EM ESTANDE DE VENDAS. CORRETAGEM. CLÁUSULA DE TRANSFERÊNCIA DA OBRIGAÇÃO AO CONSUMIDOR. VALIDADE. PREÇO TOTAL. DEVER DE INFORMAÇÃO. SERVIÇO DE ASSESSORIA TÉCNICO-IMOBILIÁRIA (SATI). ABUSIVIDADE DA COBRANÇA. I - TESE PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015: 1.1. Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão*

Acesso ao Sumário

de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem. 1.2. Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel. II - CASO CONCRETO: 2.1. Improcedência do pedido de restituição da comissão de corretagem, tendo em vista a validade da cláusula prevista no contrato acerca da transferência desse encargo ao consumidor. Aplicação da tese 1.1. 2.2. Abusividade da cobrança por serviço de assessoria imobiliária, mantendo-se a procedência do pedido de restituição. Aplicação da tese 1.2. III - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. (Segunda Seção, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, j. 24/08/2016).

Destarte, diante dos termos do art. 1040, III, do CPC, descabida a devolução dos valores pagos a título de comissão de corretagem, mantida a restituição das quantias pagas a título de taxa SATI, corrigidas monetariamente desde o desembolso, com incidência de juros de mora a partir da citação.

Lucros cessantes

O inadimplemento da obrigação principal da vendedora (entrega do imóvel) gera o dever de indenizar os danos materiais causados aos compradores, consistentes no benefício econômico que poderiam ter experimentado se as obras tivessem sido concluídas no prazo pactuado. Trata- se dos lucros cessantes a serem fixados independentemente da finalidade do negócio, havendo a presunção de prejuízo à compradora, a fim de evitar o enriquecimento sem causa.

Sobre o tema, a Súmula n. 162, desta C. Corte estabelece que: *descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de venda e compra, é cabível a condenação da vendedora por lucros cessantes, havendo a presunção de prejuízo do adquirente, independentemente da finalidade do negócio*.

Na mesma linha, a jurisprudência do Eg. STJ: "*A jurisprudência desta Casa é pacífica no sentido de que, descumprido o prazo para entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda, é cabível a condenação por lucros cessantes. Nesse caso, há presunção de prejuízo do promitente-comprador, cabendo ao vendedor, para se eximir do dever de indenizar, fazer prova de que a mora contratual não lhe é imputável. Precedentes*". (AgRg no REsp 1202506/RJ, Rel. Min. SIDNEI BENETI, j. em 07.02.2012 pela 3ª T.).

Esta C. Câmara estipulou taxa de 0,5% do valor atualizado do contrato para o fim de compensar este tipo de dano. Os valores são devidos por mês de atraso, contados a partir do fim do prazo de tolerância até a efetiva conclusão da obra (data da entrega das chaves).

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, confira-se:

Apelação nº 0010771-49.2013.8.26.0562 - *Compromisso de compra e venda - Atraso na entrega do imóvel - Lucros cessantes - Taxa de 0,5% do valor do contrato. Sobrevindo atraso culposo por parte da construtora na entrega do imóvel, a partir de então e até a efetiva entrega das chaves é devida taxa mensal de 0,5% ao mês, calculada sobre o valor atualizado do contrato. Precedentes. Compromisso de compra e venda - Inadimplemento parcial pela construtora - Atraso na entrega do imóvel - Pedido de aplicação reversa de cláusula penal contratada apenas para a hipótese de mora do adquirente - Inadmissibilidade. Se o ajuste de vontades não contempla cláusula penal para eventual mora da construtora, mas apenas para a mora do adquirente, não é dado à Justiça interferir no equilíbrio contratual e alterar o sinalagma para o fim de criar cláusula inexistente, notadamente se para a mora da construtora já se faz cabível determinada sanção. Precedentes. Resultado: apelação parcialmente provida.* (Rel. ALEXANDRE COELHO, j. 28/10/2015).

Desta forma, a sentença deve ser modificada neste ponto, para condenar a requerida ao pagamento de lucros cessantes no valor equivalente 0,5% do valor atualizado do contrato, por mês de atraso, contados a partir do fim do prazo de tolerância até a data da entrega das chaves, com incidência de juros de mora desde a citação.

Indenização por danos morais

No tocante ao pedido de indenização por dano moral, observa-se que o atraso nas obras é previsível em imóveis em construção e o mero aborrecimento dele decorrente, em regra, não caracteriza dano moral, salvo em hipóteses excepcionais.

O dano moral é inaplicável em hipóteses como a presente, e salvo circunstância excepcional que coloque os compradores em situação de séria frustração, inexistente no caso dos autos.

Entende-se que, em regra, o inadimplemento contratual não gera dano moral. Nesse sentido a jurisprudência e a doutrina: *O dano moral, assim compreendido todo dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material* (enunciado 159 das Jornadas de Direito Civil do CJF).

Por estas razões, descabida a condenação das rés ao pagamento de indenização por danos morais.

Sucumbência

Em razão da sucumbência recíproca (decaimento do pedido de indenização por danos morais e de restituição da comissão de corretagem), cada parte deve arcar com as despesas dos atos que realizaram ou requereram no processo, de

Acesso ao Sumário

acordo com o art. 82 do CPC.

As partes também deverão arcar com o pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, vedada a compensação, nos termos do art. 85, §§ 2º e 14º, do CPC.

Ante o exposto, pelo meu voto, dá-se provimento ao recurso do autor e dá-se parcial provimento ao recurso da ré, nos termos acima consignados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1039211-95.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL LTDA., é apelada AMÉLIA MENEZES RODRIGUES (JUSTIÇA GRATUITA).

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 8728)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS MARIO GALBETTI (Presidente sem voto), RÔMOLO RUSSO e LUIZ ANTONIO COSTA.

São Paulo, 20 de outubro de 2016.

MARY GRÜN, Relatora

Ementa: Plano de saúde. Ação de obrigação de fazer procedente, confirmando-se a tutela antecipada anteriormente deferida. *Home care*. Insurgência da empresa ré, pretendendo limitar sua obrigação. Negativa de cobertura que não se revela abusiva. *Home care* é uma modalidade continuada de prestação de serviços na área da saúde que visa à continuidade do tratamento hospitalar no domicílio, realizado por equipe multidisciplinar com a mesma qualidade, tecnologia e conhecimento daquela que se teria no hospital. Portadora do mal de Parkinson. Situação narrada que não se enquadra na hipótese de *home care*. Plano de saúde que, no entanto, não se opõe ao fornecimento da assistência domiciliar. Recusa apenas ao fornecimento de alimentação industrializada,

Acesso ao Sumário

medicamentos de uso crônico e material para higiene. Acolhimento. Sentença reformada. Sucumbência. Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação contra sentença que julgou procedente pedido formulado por Amélia Menezes Rodrigues em face de Amil Assistência Médica Internacional LTDA., confirmando a tutela antecipada e condenando "*a ré ao cumprimento de obrigação de fazer, consistente em custear o tratamento 'home care', para o tratamento da enfermidade que acomete a autora, na quantidade e periodicidade prescritas pelo seu médico*". A ré também foi condenada ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, fixados em R$3.000,00 (fls. 155).

A r. sentença foi objeto de declaratórios, rejeitados contudo (fls. 160).

Inconformada, recorre a empresa requerida.

Aduz que "*Apesar do contrato do autor não assegurar a cobertura de home care, em nenhum momento a empresa-ré resistiu a esta pretensão, tanto que não insurgiu quanto a este pleito em si em primeiro grau de jurisdição, contudo, não pode ser compelida a prestar assistência não técnica ou fornecer alimento e medicamentos que de correm de necessidades sociais do (*sic*) autos*" (fls.164).

Arguir os limites da lide, porquanto "*a discussão se restringe à exigência da família de fornecimento de medicamento de uso crônico e alimentação, direito que não possui*" (fls. 16 4).

A seu ver, *nem sempre o home care se equipara a uma internação hospitalar, isto por que a internação hospitalar sempre demandará de indicação médica de assistência técnica contínua e tratamento de saúde com expectativa de melhora. Já o home care, em alguns casos, terá a finalidade de adaptação dos familiares a uma nova realidade de incapacidade parcial ou total do paciente, ou mesmo de procedimentos técnicos pontuais que venha a demandar por tempo indeterminado*.

Assevera a estabilidade do quadro de saúde da autora, e a indicação de profissionais da saúde para procedimentos pontuais.

Busca o provimento do apelo *para que seja declarada a improcedência da presente ação, para afastar da recorrente a obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos de uso crônico, alimentação industrializada e materiais de higiene utilizado (*sic*) em domicílio, restringindo sua obrigação ao fornecimento de tratamentos eminentemente técnicos, medicamentos exclusivamente de uso hospitalar (como é o caso de injetáveis) e os materiais a eles pertinentes,*

Acesso ao Sumário

invertendo-se o ônus da sucumbência (fls. 167).

Tempestivo, o recurso foi regularmente processado, com resposta, fls. 172/175.

É o relatório.

A apelada ingressou com ação cominatória a fim de obrigar a requerida a efetuar a cobertura integral ao regime de internação domiciliar (*home care*) com cobertura de dieta enteral, treinamento de cuidador, fisioterapia, acompanhamento médico e enfermagem.

Os fatos declinados na inicial foram satisfatoriamente confortados pela documentação acostada aos autos, cuja autenticidade não foi questionada.

A solicitação médica de *home care* de fls. 13 revela que a apelada é paciente acamada com doença de Parkinson em estágio avançado, o que lhe trouxe dependência para ações básicas diárias, sendo realizado, inclusive, implante de gastrostomia por via endoscópica.

A operadora do plano de saúde não nega o direito à assistência domiciliar pretendida pela autora, mas tão somente o fornecimento de insumos para o tratamento e assistência não técnica.

Reside a lide, pois, na responsabilidade da operadora de saúde com relação ao fornecimento de medicamentos de uso crônico, alimentação industrializada e materiais para higiene.

Pois bem.

De fato, subsistindo em hipóteses específicas, males crônicos graves, que não restariam solucionados, por meio de internação hospitalar, a assistência domiciliar se afigura como **continuidade de tratamento** de patologias, inclusive objeto de cobertura, minimizando riscos de infecção hospitalar, além de propiciar, pelas máximas, notável melhora do aspecto psicológico, reconhecido na medicina moderna, como relevante na recuperação do paciente.

Portanto, pode-se definir o *home care* como uma modalidade continuada de prestação de serviços na área da saúde que visa à continuidade do tratamento hospitalar no domicílio, realizado por equipe multidisciplinar com a mesma qualidade, tecnologia e conhecimento daquela que se teria no hospital.

In casu, pelo que se extrai do relatório médico, a apelada é portadora de mal de Parkinson, doença neurológica, degenerativa, crônica e progressiva, sem causa conhecida, que atinge o sistema nervoso central e compromete os movimentos.

Desta forma, não se revela o *home care* como transposição do tratamento hospitalar para o domicílio.

Por óbvio, não se está a desconsiderar a gravidade da doença de Parkinson e as necessidades do paciente. Ainda que, inegavelmente, a apelada necessite de

Acesso ao Sumário

cuidados a serem dispensados por seus próprios familiares e/ou por cuidadores - hipóteses estas nas quais a responsabilidade, por certo, não recai sobre o plano de saúde.

Sobre esse assunto, convém citar trecho do voto de relatoria da Ilustre Desembargadora Lucila Toledo, da 9ª Câmara de Direito Priva o, por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 2033957-70.2014.8.26.0000, em 29 de abril de 2014:

> "*[....] A agravada está acometida de doenças degenerativas – Mal de Parkinson, Mal de Alzheimer e Epilepsia – que a impedem de movimentar-se sozinha, sendo necessário o auxílio de terceiros e regular acompanhamento médico.*
>
> *A situação narrada, contudo, não se enquadra na hipótese de home care. Ou seja, transposição para o lar dos cuidados que o paciente teria caso ficasse internado no hospital.*
>
> ***A agravada possui doenças senis comuns a diversas pessoas nessa faixa etária e necessita de acompanhamento nas atividades diárias como alimentação, higiene pessoal, vestuário. Isso é função do cuidador e não de enfermeiro*** *[....]*.(g. n.)

No entanto, a operadora de plano de saúde não se opõe ao fornecimento do atendimento "home care", revelando sua irresignação apenas em relação ao provimento de remédios de uso crônico, alimentação industrializada e materiais para higiene.

E com razão.

Sobre a necessária diferenciação entre o atendimento *home care* e a prestação de cuidados por enfermeiros, familiares e cuidadores, confira-se o seguinte julgado:

> "*Agravo regimental - Decisão monocrática que deu parcial provimento ao agravo de instrumento a fim de excluir a assistência ou enfermagem por 24 horas por dia do atendimento 'home care' - Alegações da agravante de que o relatório médico gozaria de presunção de veracidade e não poderia ser invalida do sem o lastro em prova, que haveria risco à vida da paciente e que estaria acamada e dependeria da ajuda de terceiros – Descabimento – Atento que a preservação da vida se sobrepõe a qualquer outro interesse, o direito à cobertura não pode ser suprimido pela operadora de seguro-saúde, mas não implica na manutenção de enfermagem e cuidador por 24 horas – Dever de assistência à saúde que não resulta em assunção de responsabilidades de familiares ou de cuidadores de idosos – Serviço de enfermagem que com estes não se confundem e que podem ser prestados mediante visitação – Cobertura de vida nestes termos – Decisão que excluiu a assistência ou enfermagem*

Acesso ao Sumário

por 24 horas por dia mantida – Recurso desprovido". (7ª Câmara, Rel. Des. Mendes Pereira, Agravo Regimental nº 20782 40-81.2014.8.26.00-50000, j. 17 de julho de 2014) (g.n.)

O provimento de alimentação industrializada, medicamento que não seja de uso hospitalar e insumos para higiene cabe à família, encargo que não pode ser imputado ao plano.

Desta forma, não está obrigada a operadora de saúde a oferecer cobertura com relação ao fornecimento de alimentos industrializados, medicamentos de uso crônico e materiais para higiene.

Anota-se a obrigatoriedade da continuidade do fornecimento de "home care", observada a limitação acima exposta, em homenagem ao princípio da boa-fé objetiva, por quanto a empresa ré não se opõe à cobertura da assistência domiciliar.

Em razão do resultado deste julgamento, cada parte deverá arcar com as suas respectivas despesas, custas e os valores de honorários de seus patronos.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dá-se provimento** ao recurso, limitando a obrigação da ré.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005051-37.2005.8.26.0189, da Comarca de Fernandópolis, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados FRANCISCO GASQUES (ESPÓLIO), LIDIA MENDES GASQUES (ESPÓLIO) e ICLAIR BASTOS GASQUES SILVARES (INVENTARIANTE).

ACORDAM, em 9ª 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 18221)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEXANDRE LAZZARINI (Presidente), COSTA NETTO e JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO.

São Paulo, 18 de outubro de 2016.

ALEXANDRE LAZZARINI, Relator

Ementa: INVENTÁRIO. INVENTÁRIO NEGATIVO. EXISTÊNCIA DE BENS. ITCMD. BASE CÁLCULO.

Acesso ao Sumário

1- A sentença julgou extinto o inventário, reconhecendo como sendo inventário negativo, pois o valor das dívidas é superior ao valor do patrimônio transferido em razão de morte.

2- A existência de bens, mesmo que de valor inferior às dívidas, descaracteriza o inventário negativo, que pressupõe a inexistência de bens.

3- Necessidade de prosseguimento do inventário, pois compete ao inventariante representar os espólios em juízo, ativa e passivamente, bem como pagar as dívidas do espólio (CPC/1973, arts. 991, I, e 992, III; CPC/2015, arts. 618, I, e 619, III). Apelação provida para afastar a extinção do inventário.

4- ITCMD. O imposto incide sobre o monte partível e não sobre o montemor total. Inteligência do art. 12 da Lei Estadual n. 10.705/2000 e dos arts. 1.792 e 1.997 do Código Civil. Precedentes. Como monte partível, considera-se somente o patrimônio líquido recebido pelos herdeiros, ou seja, depois de pagas todas as dívidas do espólio, incluídas as tributárias. Apelação não provida nessa parte.

5- Apelação parcialmente provida.

VOTO

A r. sentença (fl. 355), cujo relatório adota-se, julgou procedente o pedido "para declarar a inexistência de bens patrimoniais em nome de Francisco Gasques" e, por consequência, encerrou o processo de "inventário negativo", motivo pelo qual, conclui em sua fundamentação, como "não haverá transmissão de bens aos herdeiros, por óbvio, não haverá incidência de imposto de transmissão *causa mortis*".

Destacou, porém, que "eventual localização de outros bens, poderão ser submetidos a sobrepartilha".

Apela a Fazenda do Estado de São Paulo (fls. 359/361v), sustentando que o ITCMD é devido, reconhecendo-se a existência de bens e que as dívidas tributárias tem a preferência legal no pagamento. Alternativamente, pede que seja declarada a indisponibilidade dos bens e que se respeite a preferência do crédito tributário.

Responderam os apelados pedindo a manutenção da r. sentença (fls. 374/379).

O Ministério Público manifestou seu desinteresse no processo.

Acesso ao Sumário

Recurso regularmente processado.

É o relatório.

I) Recebo a presente apelação nos seus regulares efeitos.

II) Duas são as questões:

a) exigibilidade do ITCMD;

b) possibilidade de encerramento do inventário, como negativo, por ser a dívida superior aos bens deixados pelos falecidos.

III) Inicio com a segunda questão, referente ao encerramento do inventário.

III.1) É interessante lembrar que, embora não usual, existe a possibilidade de um inventário negativo, ou seja, onde os herdeiros tem interesse de demonstrar a inexistência de bens do falecido.

E tal interesse decorre da necessidade de afastar eventual responsabilização patrimonial decorrente de dívida deixada pelo falecido ou, ainda, para afastar causa suspensiva do casamento (CC, arts. 1.792 e 1.523, I).

III.2) No caso concreto, porém, não há a ausência de patrimônio, como se verifica nas primeiras declarações (fls. 40/49).

No caso, há um patrimônio e dívidas diversas, inclusive com ações judiciais pendentes.

Aliás, a inventariante (fls. 308/310), deixa bem clara essa situação, quando pede que seja "convolado em negativo" o inventário:

"Para efeito de demonstração de ser o patrimônio inventariado de valor inferior ao rol de débitos deixados pelos seus falecidos genitores, a Inventariante, levando em conta que os óbitos ocorreram há dez anos, vem apresentar a atualização dos valores respectivos, como segue adiante.

(...)

Portanto, evidente a abissal diferença entre o valor da herança inventariada (R$ 103.310,56) e a totalidade dos débitos (R$ 789.285,74), de modo que o inventário em curso pode e deve ser considerado negativo, sem a exigência do recolhimento do Imposto de Transmissão Causa Mortis, já que, na realidade, os herdeiros nada receberão a título de herança".

III.3) Portanto, não é hipótese de declaração da inexistência de bens, pois não se confunde com o fato da dívida ser de valor superior ao valor dos bens existentes.

Tal situação também não se confunde com a incidência ou não do ITCMD.

Tanto é assim que o CPC/1973, nos arts. 1.017 a 1.021, trata "do pagamento das dívidas", o que é repetido no CPC/2015, nos arts. 642 a 646.

Não é só isso. Compete ao inventariante representar o espólio em juízo, ativa e passivamente, bem como pagar as dívidas do espólio (CPC/1973, arts.

Acesso ao Sumário

991, I, e 992, III; CPC/2015, arts. 618, I, e 619, III).

Ou seja, não há como se encerrar o inventário sem essas providências, sempre lembrando a regra, porém, de que a responsabilidade patrimonial dos herdeiros não ultrapassa "às forças da herança" (CC, art. 1.792).

IV) O ITCMD.

Entretanto, se antes do encerramento do inventário, há que se resolver, pelos motivos expostos, o pagamento da dívida, é fato que o ITCMD incide, somente, sobre o patrimônio líquido, portanto, se nada sobrar de patrimônio, após o pagamento das dívidas, o ITCMD não é devido.

IV.1) Como ensina Hamilton de Moraes e Barros (**CPC Comentado**, IX vol., 2ª ed., Ed. Forense, 1985, p. 280, n.º 151), ao comentar o art. 1.013 do CPC, o "imposto incide sobre herança e legados. A ele estão sujeitos todos os bens transmitidos por causa da morte do inventariado, seja a sucessão legítima, isto é, em obediência à ordem fixada na lei civil, seja ela testamentária".

Mais adiante, escreve que, "além disso, reduz-se o imposto de transmissão ao monte partível, isto é, à diferença entre o monte-mor (conjunto de todos os bens, de todo o ativo do *de cujus*) e a soma de tudo o que já foi ou vai ser despendido com o pagamento das suas dívidas passivas, as custas do inventário, a taxa judiciária".

Tal lição é importante, pelo fato de que indica o que é transmitido aos herdeiros, e está de acordo com as regras contidas, atualmente, nos arts. 1.792 e 1.997 do Código Civil, que nada mais são do que a regra de que os herdeiros não respondem além das forças da herança.

Ora, independentemente de a Lei Estadual n.º 10.705/2000 ser lei de natureza tributária ou não, não pode ser considerada a interpretação que dá ao seu art. 12 ("No cálculo do imposto, não serão abatidas quaisquer dívidas que onerem o bem transmitido, nem as do espólio").

A questão é lógica, pois se a dívida não se transmite ao herdeiro, tanto que se não existirem bens suficientes para o pagamento das dívidas do espólio, o credor não pode cobrar dos herdeiros o valor faltante (exemplo: o autor da herança deixou um patrimônio de 100 e uma dívida de 200; os credores receberão 100, não poderão cobrar dos herdeiros os 100 faltantes e os herdeiros não recebem nada).

Acesso ao Sumário

Não há que se falar na possibilidade com amparo no Código Tributário Nacional (art. 35), pois lá se refere à transmissão de bens imóveis e a qualquer título, da propriedade, ou na Constituição Estadual (art. 165), quando se refere a "quaisquer bens ou direitos", o mesmo ocorrendo com a Constituição Federal (art. 155), pois **dívida, como se vê, não integra o monte partível e, portanto, não se transmite aos herdeiros.**

Na jurisprudência deste Tribunal de Justiça de São Paulo, tem-se o A.I. nº

0007859-87.2011.8.26.0000 (rel. Des. Teixeira Leite, j. 7/4/2011, 4ª Câmara de Direito Privado), em que foi agravante Fazenda do Estado de São Paulo, com a seguinte ementa:

> "INVENTÁRIO. Recolhimento do ITCMD, depois de descontadas as dívidas. Admissibilidade. O imposto de transmissão 'causa mortis' não incide sobre o montemor total, mas sim sobre o monte partível, deduzidas todas as dívidas e encargos. Art. 1792 e 1997 CC. Aplicabilidade. Decisão mantida. Recurso desprovido".

Em face da fundamentação do v. Acórdão, com vários precedentes deste Tribunal de Justiça, e que encontrou a unanimidade, vale transcrever o seu teor:

> "Recentemente, este Relator participou do julgamento de outro agravo, que tratava da mesma questão, tendo a Turma julgadora, por unanimidade, negado provimento ao agravo de instrumento interposto pela ora agravante (nº 990.10.338.131-9, j. 25.11.10). A situação retratada nestes autos é àquela idêntica. Por esse motivo, e tendo em vista a uniformização dos entendimentos jurisprudenciais, para promover a rápida solução das controvérsias, reproduzo os argumentos despendidos pelo i. Desembargador Natan de Arruda Zelinschi, Relator daquele julgado:
>
> 'A r. decisão agravada merece ser mantida.
>
> **A base de cálculo do ITCMD deve corresponder ao monte partível, excluídos os bens que foram ou serão utilizados para o pagamento do passivo da herança.**
>
> Os artigos 1.792 e 1.997 do novo Código Civil corroboram tal posicionamento, bem como há entendimento jurisprudencial neste sentido, senão, vejamos:
>
> 'Inventário. ITCMD. Base de cálculo. Determinação de atendimento à pretensão da Fazenda Pública de inclusão de dívidas do espólio. Inadmissibilidade. **Incidência sobre o patrimônio líquido**. Recurso provido.' (Agravo de instrumento n° 610.357-4/6-00. Relator Des. Vicentini Barroso. Primeira Câmara de Direito Privado. J. 01º-09-2009)
>
> 'Inventário. Cálculo do imposto de transmissão 'causa mortis'. Pretensão ao abatimento das dívidas do falecido no valor dos bens do espólio. Admissibilidade. Base de cálculo que deve corresponder ao monte partível, excluídos os bens que foram ou serão utilizados para o pagamento do passivo da herança. Recurso provido.' (Agravo de Instrumento 609.136-4/5-00. Relator Des. Morato de Andrade. Segunda Câmara de Direito Privado. J. 28-04-2009)
>
> '**Quanto à base de cálculo do ITCMD, há que se levar em conta apenas o patrimônio transmitido, ou seja, os bens que efetivamente serão transferidos aos herdeiros.** Não se há, por isso, de incluir a meação

Acesso ao Sumário

do cônjuge sobrevivente, que não se transfere, pois já é do supérstite; se há de abater as dívidas do falecido, pois entre os bens que passam aos herdeiros não estão os utilizados para saldar o passivo do 'de cujus'.' (agravo de instrumento n.º 589.003-4/5-00. Relator Des. José Luiz Gavião de Almeida. Nona Câmara de Direito Privado deste Tribunal. J. 02-12-2008).

Isto porque: 'Se assim fosse, **os herdeiros pagariam valor superior de ITCMD do que o próprio quinhão que receberiam. Os impostos sucessórios incidem apenas sobre o monte partível.**' (agravo de instrumento n.º 574.408-RS).

Destarte, **as dívidas, efetivamente pagas ou para a satisfação das quais foram separados bens suficientes, deverão ser abatidas do monte-mor**'.

Pode o agravado levantar a caução prestada nos autos, para fins de revogação do efeito suspensivo atribuído a este recurso.

Ante o exposto, voto pelo **desprovimento do recurso**".

IV.2) Assim, observa-se que, quanto à base de cálculo do ITCMD, as dívidas, efetivamente pagas ou para a satisfação das quais foram separados bens suficientes, deverão ser abatidas do monte-mor, havendo que se levar em conta apenas o patrimônio transmitido, ou seja, os bens que efetivamente serão transferidos aos herdeiros.

Nesse sentido, já decidiu este Relator quando integrante da 6ª Câmara de Direito Privado, no julgamento do AI nº 0294059-16.2011.8.26.0000 (j. em 22/03/2012, v.u.); havendo, também, vários precedentes desta C. 9ª Câmara de Direito Privado, dentre eles, o AI nº 0140902-86.2012.8.26.0000, de cujo julgamento esta Relatoria participou como 3º Juiz, manifestando declaração de voto vencedor (j. 10/12/2013, v.u.), bem como o A.I. nº 2173122-35.2014.8.26.0000 (rel. Des. Mauro Conti Machado, j. 11/11/2014).

V) Concluindo, a apelação da Fazenda do Estado de São Paulo:

a) é provida para afastar a extinção do inventário, nos termos do item III, acima;

b) não é provida quanto a necessidade de pagamento do ITCMD, nos termos do item IV, acima.

VI) Faculto aos interessados manifestação, em dez dias, de eventual oposição ao julgamento virtual, de outros recursos, 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 e em vigor desde 26 de setembro de 2011.

Portanto, **dou parcial provimento** à apelação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1029675-94.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes JARDIM DAS VERTENTES INCORPORADORA SPE LTDA. e PDG REALTY S/A EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES, são apelados CRISTIANO DE ALMEIDA, TATIANE CONTIERO e OGISA PARTICIPAÇÕES LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª 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 8790)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (Presidente) e DONEGÁ MORANDINI.

São Paulo, 5 de novembro de 2016.

CARLOS ALBERTO DE SALLES, Relator

Ementa: COMPRA E VENDA. SATI. PRESCRIÇÃO. LEGITIMIDADE. ATRASO NA ENTREGA. RESCISÃO. LEGITIMIDADE DA PROPRIETÁRIA. RETENÇÃO DE VALORES. MULTA CONTRATUAL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. Insurgência das partes contra sentença de parcial procedência.

1. Apelação da ré.

1.1. Legitimidade de PDG Realty. Ré que é parte da cadeia de consumo, porque pertence ao mesmo grupo econômico da corré Jardim das Vertentes. Empresa que foi beneficiada com o pagamento do imóvel. Manutenção.

1.2. Possibilidade de rescisão por atraso na entrega. Compradores que possuem o direito de resilir o contrato ao verificar demasiado atraso na entrega. Entrega que, mesmo após os 180 dias de tolerância, demorou mais 5 (cinco) meses para se efetivar.

1.3. Retenção a título de administração do contrato. 1. Retenção a título de administração do contrato. Impossibilidade. Culpa das vendedoras na rescisão do contrato. Inadmissível retenção de qualquer

Acesso ao Sumário

percentual na hipótese de rescisão por mora da construtora. Previsão do art. 35, III do CDC. Inaplicabilidade do art. 475 do CC no caso. Devolução integral das parcelas pagas.

1.4. Corretagem e assessoria imobiliária. Preliminar. Legitimidade passiva. Responsabilidade da cadeia de fornecedores (arts. 7º, único, 12 e 14, CDC). Manutenção da legitimidade das rés. Preliminar afastada. Posicionamento firmado em julgamento de recurso especial repetitivo (tema 939 - STJ). Prescrição. Prazo prescricional trienal (art. 206, §3º, IV, CC). Orientação fixada em sede de recurso especial repetitivo. Ação ajuizada após transcurso do prazo de 3 anos contados do pagamento. Reforma.

2. Apelação da autora.

2.1. Legitimidade da proprietária do terreno OGISA. Legitimidade passiva da corré Irmãos Russi. Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade da cadeia de fornecimento por falha na prestação do serviço e por fato do produto. Proprietária do terreno é considerada como fornecedora e pode ser incluída na cadeia, pois participa do empreendimento e obtém retorno financeiro. Responsabilidade solidária perante o consumidor. Arts. 12, 14 e 28, §1º, CDC.

2.2. Multa contratual. Pretensão à incidência para a vendedora de penalidade prevista no contrato apenas contra o comprador. Inadmissibilidade. Analogia inaplicável. Cláusula supostamente abusiva para o consumidor implica nulidade e não reversão contra a parte contrária. Pedido dos autores não acolhido. Súmula 159, TJSP.

2.3. Danos morais. Não configuração quanto ao atraso das obras. Simples inadimplemento contratual que não configura abalo psicológico e emocional para indenização moral. Precedentes. Manutenção.

2.4. Danos materiais. Danos materiais presumidos pelo simples atraso. Precedentes do STJ. Súmula 162, TJSP. Enunciado 38.5 desta Câmara. Lucros cessantes indenizados. Fixação em 0,5% (cinco décimos percentuais) do valor atualizado do contrato,

Acesso ao Sumário

por mês de mora. Reforma. Sentença reformada para reconhecer a legitimidade passiva da corré OGISA, declarar a prescrição da pretensão ao recebimento de corretagem e SATI e condenar as rés ao pagamento de danos materiais. Sucumbência recíproca.

Recursos providos em parte.

VOTO

A r. sentença de ps. 307/313, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedentes os pedidos da ação de rescisão contratual cumulada com indenização ajuizada por Cristiano de Almeida e Tatiane Contiero em face de Ogisa Participações Ltda., Jardim das Vertentes Incorporadora SPE LTDA. e PDG Realty S.A. Empreendimento e Participações, para rescindir o contrato de compra e venda e condenar as duas últimas rés à devolução dos valores pagos pelos autores pelo imóvel, incluídas as despesas com corretagem e SATI, corrigidos e com juros a partir da mora, ou seja, da notificação extrajudicial, fixando honorários em 10% do valor da condenação. Julgou sem resolução de mérito, por ilegitimidade passiva, a demanda contra a corré Ogisa Participações Ltda., fixando honorários em R$ 6.000,00 (seis mil reais).

Inconformados, apelam as partes.

As rés PDG e Jardim das Vertentes (ps. 324/353) alegam que, no que tange à despesa de assessoria imobiliária e corretagem, não são partes passivas legítimas, pois não receberam os valores, que foram repassados à empresa que prestou efetivamente o serviço; que a apelante PDG Realty é parte ilegítima, pois somente a empresa Jardim das Vertentes (pessoa jurídica construída especificamente para a realização do empreendimento) é titular de direitos e obrigações, até porque foi ela que figurou como parte no contrato de compra e venda; que houve prescrição dos valores cobrados a título de corretagem (pagos em 03/2010), pois a ação foi ajuizada somente em 03/2014, aplicando-se o prazo trienal do artigo 206, §3º, IV do CC; e que ainda que devidas, a cobrança das referidas despesas não é abusiva, inclusive porque os compradores são cientificados do pagamento das taxas; quanto à mora, alegam que o apartamento foi entregue em prazo mínimo posterior ao previsto no contrato (no mês subsequente), e que os apelados desistiram do contrato de forma infundada; que o prazo de tolerância de 180 dias é amplamente aceito; que o suposto atraso não poderia ter gerado inconformismo dos compradores, pois tratou-se de um lapso temporal pequeno; que o contrato possui cláusula que o qualifica como irrevogável e irretratável; por fim requer a retenção de 20% do valor pago a título de compensação das despesas com o contrato.

Contrarrazões a ps. 374/383.

Acesso ao Sumário

Recurso regularmente processado.

Os autores (ps. 356/368), por sua vez, alegam que a corré OGISA é parte legítima, pois não é mera cedente do terreno, mas beneficiária direta do contrato (ver item 5.2.2 contrato), e, portanto, participa da cadeia de fornecimento e que o valor fixado de honorários quanto à extinção do processo com relação à corré é exagerado; que é devida a multa contratual de 2% pelo inadimplemento; que houve dano material (0,8% sobre o valor do imóvel atualizado) indenizável, já que, mesmo com o prazo de tolerância, houve atraso de mais 5 meses; e que são devidos os danos morais indenizáveis, pois houve sofrimento e angústia, que, inclusive causou o adiamento do casamento das partes e que, ademais, como grande parte do dinheiro estava com as rés, o casal teve que contrair empréstimos para adquirir outro imóvel; que o valor razoável para reparação dos danos morais é de R$ 5.000,00.

Contrarrazões a ps. 384/388.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

Os autos encontram-se em termos de julgamento.

É o relatório.

LEGITIMIDADE PASSIVA DE PDG REALTY

De início, afasta-se a preliminar de ilegitimidade passiva alegada no apelo das rés.

Tem-se que a requerida PDG é parte legítima para figurar no polo passivo da presente ação, por conta da solidariedade da cadeia de fornecedores imposta pelas regras protetivas do CDC (artigos 7º, p. único e 25, §1º) e porque restou verificada - pela leitura dos documentos dos autos - que fazem parte do mesmo grupo econômico, tendo sido favorecida pelo pagamento do preço, e responsável pela disponibilização do extrato de pagamentos dos compradores e divulgação de informações sobre a obra.

A diferença de CNPJs é irrelevante no caso, tendo em vista que PDG e Jardim das Vertentes possuem identidade de alguns sócios e diretores (tanto que outorgaram procuração conjunta aos advogados - ps. 260/270) e desenvolvem a mesma atividade econômica (incorporação e empreendimentos imobiliários).

Sob a ótica da Lei 8.078/90, não se pode exigir do consumidor que conheça a composição interna ou a estrutura societária do fornecedor, razão pela qual devem responder pelos prejuízos a ele causados.

LEGITIMIDADE PASSIVA DA PROPRIETÁRIA DO TERRENO (OGISA)

A sentença acolheu a alegação de ilegitimidade passiva da corré OGISA, já que é apenas proprietária do terreno em que se construiu o empreendimento. Respeitado o entendimento exarado, contudo, a parte tem legitimidade para

Acesso ao Sumário

figurar no polo passivo da lide.

As corrés participam todas da cadeia de fornecedores do produto.

Para o consumidor, nos termos dos artigos 14 e 28, §1º, do Código de Defesa do Consumidor, a cadeia de fornecedores responde solidariamente pelos prejuízos causados, ainda mais tendo em vista serem as empresas gestoras do empreendimento imobiliário contratado pelos autores.

A corré OGISA, proprietária do terreno, consta no contrato entabulado entre as partes e possui vantagem econômica no empreendimento. Faz parte, portanto, da cadeia de fornecimento e deve ser responsabilizada solidariamente com a construtora por eventuais indenizações ao comprador.

Merece reparo, assim, a sentença nesse capítulo, reconhecendo-se a legitimidade de OGISA.

POSSIBILIDADE DE RESCISÃO POR ATRASO NA ENTREGA

As rés alegam que não seria possível o pedido de rescisão do contrato pelos autores, porque o atraso foi mínimo.

O prazo de entrega, já com a tolerância prevista em contrato - e que não foi questionada pelos autores - seria em 13/09/2013.

No entanto, até o ajuizamento da ação, em março de 2014, o imóvel não foi entregue.

Havendo, portanto, incontestável inadimplemento das vendedoras e incorporadoras, os compradores possuem pleno direito de resilir o contrato.

RETENÇÃO DE QUANTIA PAGA

A ré deseja reter parte do valor pago pelos autores, tendo em vista os gastos realizados com a administração do contrato.

Inexiste, contudo, direito de retenção.

Isso porque foi constatada a mora das vendedoras, que não entregaram o imóvel no prazo previsto, o que motivou a presente demanda de rescisão contratual.

Não houve comprovação de caso fortuito ou força maior que eximissem as rés da responsabilidade pelo atraso. Nos moldes da Súmula 161 desta Corte, "*Não constitui hipótese de caso fortuito ou de força maior, a ocorrência de chuvas em excesso, falta de mão de obra, aquecimento do mercado, embargo do empreendimento ou, ainda, entraves administrativos. Essas justificativas encerram 'res inter alios acta' em relação ao compromissário adquirente*".

Portanto, não há que se falar em retenção de qualquer percentual.

Além disso, nos termos do artigo 35, inciso III do Código de Defesa do Consumidor, se o fornecedor de produto não cumprir a oferta, surge ao consumidor o direito de reaver todas as quantias já pagas, bem como pleitear indenização.

Acesso ao Sumário

Não há, no referido dispositivo, autorização para a limitação do valor da restituição ou para a retenção de qualquer montante por conta da rescisão por culpa da vendedora, até mesmo porque isso implicaria em atribuir o risco de conclusão do negócio ao consumidor.

Sobre esse tema, CLAUDIA LIMA MARQUES[1] explica que:

"No inc. III do art. 35 fica ainda mais clara a suposição, no sistema do CDC, da conclusão do contrato entre fornecedor-ofertante e consumidor. Este inc. III refere-se ao direito de 'rescindir o contrato'. Logo, se a rescisão tiver por motivo a recusa do fornecedor de dar cumprimento à sua oferta, oferta esta que representa agora o conteúdo firmado, ***o CDC assegura ao consumidor o direito de ver ressarcidas as suas eventuais perdas (restituição da quantia paga, monetariamente atualizada, qualquer outro dano emergente e lucros cessantes)***".

Esse é o entendimento desta 3ª Câmara, em casos semelhantes:

"***COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - Ação de rescisão contratual c.c. devolução de quantias pagas e indenização por perdas e danos - Atraso injustificado na entrega do imóvel - Inadimplemento contratual da promitente vendedora - Obrigação de restituição integral dos valores pagos pelos adquirentes - Restituição da comissão de corretagem indevidamente exigida dos compradores*** *- Legitimidade passiva da promitente vendedora para a restituição - Danos emergentes - Compatibilidade entre os pedidos de rescisão contratual e indenização por perdas e danos (art. 475 do CC) - Indenização consistente nos alugueres pagos pelos autores no período da mora da vendedora - Dano moral caracterizado - Arbitramento da indenização em R$ 10.000,00 em consonância com a norma do art. 944 do CC e com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade - Incidência dos Enunciados nº 38-1, 38-2 e 38-3 da 3ª Câmara de Direito Privado - Juros de mora devidos a partir da citação, por se tratar de responsabilidade contratual (art. 405 do CC) - RECURSO DA RÉ DESPROVIDO, PROVIDO O RECURSO ADESIVO DOS AUTORES*". (TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 0060918-68.2012.8.26.0577, Rel. Des. Alexandre Marcondes, j. 19/03/2015, sem destaques no original).

"*COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA DE BEM IMÓVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C.C. INDENIZAÇÃO.*

1.- Matéria preliminar. Ilegitimidade passiva da Fernandez Mera. Não acolhimento. Expressa participação da sociedade na relação contratual. Intermediação do negócio que determina a sua participação na relação

Acesso ao Sumário

1 MARQUES, CLAUDIA LIMA, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2ª ed., São Paulo, RT, p. 519 - sem destaques no original.

processual, inclusive porque formulado pedido de restituição das verbas de assessoria imobiliária. Legitimidade mantida. Precedentes da Câmara.

*2.- **Mora contratual. Configuração. Atraso na entrega do lote adquirido pelos autores.** Embargo judicial e entraves administrativos para o encerramento das obras inseridos na cadeia produtiva desenvolvida pelas rés. **Inadimplemento do contrato que autoriza a rescisão da avença. Hipótese, ainda, que necessária a devolução integral dos valores solvidos pelos adquirentes. Retenção desabrida.** Montante que premiaria o contratante inadimplente. SENTENÇA PRESERVADA NOS TERMOS DO ART. 252 DO RITJSP. APELOS IMPROVIDOS*". (TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 0021223-76.2012.8.26.0361, Rel. Des. Donegá Morandini, j. 23/03/2015, sem destaques no original).

COMISSÃO DE CORRETAGEM E ASSESSORIA IMOBILIÁRIA

1. Legitimidade passiva

Em primeiro lugar, mantém-se o reconhecimento da legitimidade passiva das corrés.

As corrés, inclusive a proprietária do terreno (OGISA) - parte legítima, conforme se verá adiante -, na qualidade de fornecedoras, respondem independentemente de culpa pelos danos decorrentes de defeitos de apresentação do produto e pelas informações insuficientes ou inadequadas veiculadas para a concretização da venda (art. 12, CDC).

Considerando ainda que a atuação de corretores imobiliários no estande de vendas se deu como mero acessório do contrato de promessa de compra e venda que veio a se concretizar, é evidente que o consumidor pode demandar as vendedoras para ressarcimento dessa despesa.

Para o consumidor, nos termos dos artigos 7º, p. único, 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, a cadeia de fornecedores responde solidariamente pelos prejuízos causados, ainda mais tendo em vista serem as empresas gestoras do empreendimento imobiliário contratado pelos autores.

A incorporadora, na qualidade de fornecedora de serviços, por indiscutivelmente fazer parte da cadeia de fornecimento, responde solidariamente pelos danos reclamados pelos consumidores, nos moldes do artigo 7º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido a tese fixada pelo E. Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recurso especial repetitivo (tema 939): "*Legitimidade passiva 'ad causam' da incorporadora, na condição de promitente-vendedora, para responder pela restituição ao consumidor dos valores pagos a título de comissão de corretagem e de taxa de assessoria técnico-imobiliária, nas demandas em que se alega prática abusiva na transferência desses encargos ao consumidor*" (STJ, 2ª Seção, REsp repetitivo nº 1.551.951/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso

Acesso ao Sumário

Sanseverino, j. 24.8.2016).

O precedente se amolda perfeitamente ao caso em apreço, no qual adquirente de apartamento comercializado para futura construção se insurge contra a cobrança de taxas de intermediação para a celebração do negócio jurídico.

2. Prescrição

Tal como alegado pelas rés, aplica-se à pretensão de ressarcimento das taxas de intermediação pagas por ocasião da celebração do contrato de promessa de compromisso de compra e venda o prazo prescricional trienal relativo a enriquecimento sem causa (art. 206, §3º, IV, CC).

Trata-se de entendimento fixado pelo E. Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial repetitivo (REsp n. 1.599.511/SP, do REsp n. 1.551.956/SP, do REsp n. 1.599.510/SP, do REsp n. 1.599.618/SC e do REsp n. 1.602.800/DF), há "*(i) Incidência da prescrição trienal sobre a pretensão de restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem ou de serviço de assistência técnico-imobiliária (**SATI**), ou atividade congênere (artigo 206, § 3º, IV, CC)*".

Desse modo, tendo em vista que os pagamentos a título de corretagem foram efetuados em mar/2010 (p. 68) e a demanda foi ajuizada somente em março/2014, a pretensão em relação à restituição desses valores está prescrita.

MULTA CONTRATUAL

Tem-se por inadmissível a condenação das demandadas ao pagamento da multa moratória referente ao inadimplemento e suas consequências. Isso porque não houve previsão de qualquer cláusula penal em desfavor da promitente vendedora em caso de demora no cumprimento de sua obrigação, em contrapartida à previsão em desfavor do comprador.

As disposições do Código de Defesa do Consumidor visam, de fato, restabelecer o equilíbrio contratual das relações regidas, quebrado pela posição favorável ocupada pelo fornecedor. Disso não decorre, contudo, a possibilidade de previsão pelo magistrado de cláusula contratual.

Acesso ao Sumário

Com efeito, ao julgador é vedado intervir naquilo que foi pactuado pelas partes para criar nova penalidade, motivo pelo qual a improcedência desse pedido é medida que se impõe.

Esse é o entendimento pacificado neste Tribunal, nos termos da Súmula 159: *É incabível a condenação da vendedora ao pagamento de multa ajustada apenas para a hipótese de mora do comprador, afastando-se a aplicação da penalidade por equidade, ainda que descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de venda e compra. Incidência do disposto no artigo 411, do Código Civil*.

DANOS MORAIS - NÃO CABIMENTO

A indenização por danos morais não deve ser acolhida.

Com efeito, não há comprovação de sofrimento exagerado, além dos dissabores normais de mero inadimplemento contratual, que tenham os autores sofrido em razão do descumprimento da avença.

Mero inadimplemento contratual, por si só, não acarreta ofensa à honra ou à reputação passíveis de indenização.

Os autores, ao firmarem compromisso para a entrega futura de bem, estavam sujeito às áleas corriqueiras dos negócios jurídicos que envolvem construção de imóveis. Demais disso, não trouxeram prova ou argumento realmente robusto a demonstrar que tenham experimentado humilhação, vexame ou qualquer outra ofensa que lhe tenha afetado à sua dignidade ou honra e autorizasse a condenação ora pretendida.

A propósito:

"*AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO. EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO. IMPONTUALIDADE NA ENTREGA DA OBRA. DANOS MORAIS. 1. O inadimplemento de contrato, por si só, não acarreta dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. É certo que a inobservância de cláusulas contratuais pode gerar frustração na parte inocente, mas não se apresenta como suficiente para produzir dano na esfera íntima do indivíduo, até porque o descumprimento de obrigações contratuais não é de todo imprevisível" (STJ, 4ª Turma, REsp 876.527/RJ, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. em 01.04.2008 V.U.).*

Ação de resolução contratual, c.c, ressarcimento de valores pagos e indenização por dano moral - Atraso na entrega do imóvel - Ilegitimidades bem apreciadas - Código de Defesa do Consumidor aplicação - Discussão - Irrelevante - Relação de consumo - Prescrição afastada - A pretensão de rescisão contratual, com lastro em descumprimento obrigacional, sujeita-se ao prazo comum das ações pessoais - Em casos como o presente, em que o lapso prescricional havia transcorrido em patamar menor do que a sua metade quando diminuído pelo novo Código Civil, a incidência da redução somente será iniciada a partir da sua entrada em vigor - Jurisprudência pacífica do STJ - Devolução das parcelas pagas - (...) - ***Mero inadimplemento contratual não gera indenização por dano moral - Indenização indevida*** *- Sentença reformada em parte - Recursos providos em parte*. (TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, apelação nº 0024023-40.2010.8.26.0590, Rel. Des. Beretta da Silveira, j. 7.2.2012, sem destaque no original).

No mais, conforme fundamentou a sentença, não ficou comprovado que os autores adiaram o casamento, ou tiveram maiores prejuízos por conta do

Acesso ao Sumário

atraso. Sentença mantida quanto a este capítulo.

DANOS MATERIAIS (LUCROS CESSANTES)

Os lucros cessantes, respeitado o posicionamento exarado pelo juízo de origem, estão configurados simplesmente pelo atraso na entrega do imóvel, por não terem os demandantes recebido o imóvel na data fixada pelo contrato.

Pouco importa não tenham sido apresentados documentos provando a destinação do bem, pois o imóvel adquirido poderia ser usado e fruído pelos compradores, nesse período em que não foi entregue, enquanto o contrato estava vigente.

Nesse sentido, saliente-se que, enquanto o contrato estava vigente, os autores tinham plena expectativa e direito de receber o imóvel conforme contratado, mas, por culpa das rés, não foi possível a imissão na posse, o que, inclusive, ocasionou o pedido de rescisão do contrato.

Nos moldes da Súmula 162 desta Corte, "*Descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de venda e compra, é cabível a condenação da vendedora por lucros cessantes, havendo a presunção de prejuízo do adquirente, independentemente da finalidade do negócio*".

Segundo precedentes do Superior Tribunal de Justiça, os danos materiais - na hipótese de atraso na conclusão da obra e entrega das chaves - são presumidos e merecem reparação. Nesse sentido, confira-se:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO INCAPAZ DE ALTERAR O JULGADO. LUCROS CESSANTES. ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL. PRESUNÇÃO DE PREJUÍZO. PRECEDENTES. 1.* ***Esta Corte Superior já firmou entendimento de que, descumprido o prazo para entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda, é cabível a condenação por lucros cessantes****, havendo presunção de prejuízo do promitente-comprador. 2. Agravo regimental não provido.* (STJ, 3ª T., AgRg no Ag 1319473/RJ, Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 25/06/2013, sem grifos no original).
>
> *CIVIL. CONTRATO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESOLUÇÃO POR CULPA DA CONSTRUTORA. ARTIGO 924, DO CÓDIGO CIVIL/1916. INAPLICABILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 1.092, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL/1916. RESTITUIÇÃO DA INTEGRALIDADE DAS PARCELAS PAGAS E DOS LUCROS CESSANTES PELO VALOR DO ALUGUEL MENSAL QUE IMÓVEL PODERIA TER RENDIDO. PRECEDENTES. (...)* ***A inexecução do contrato pelo promitente-vendedor, que não entrega o imóvel na data estipulada, causa, além do dano emergente, figurado nos valores das parcelas pagas pelo promitente-comprador, lucros cessantes a título de alugueres que poderia o imóvel ter rendido se tivesse sido entregue***

Acesso ao Sumário

***na data contratada. Trata-se de situação que, vinda da experiência comum, não necessita de prova (art. 335 do Código de Processo Civil)**. Recurso não conhecido.* (STJ - Resp 644.984/RJ, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. de 05/09/2005, sem grifos no original).

*AGRAVO REGIMENTAL - COMPRA E VENDA. IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA - LUCROS CESSANTES - PRESUNÇÃO - CABIMENTO - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO. 1.- A jurisprudência desta Casa é pacífica no sentido de que, descumprido o prazo para entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda, **é cabível a condenação por lucros cessantes. Nesse caso, há presunção de prejuízo do promitente-comprador, cabendo ao vendedor, para se eximir do dever de indenizar, fazer prova de que a mora contratual não lhe é imputável.** Precedentes. 2.- O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar o decidido, que se mantém por seus próprios fundamentos. 3.- Agravo Regimental improvido.* (STJ - AgRg no REsp 1.202.506/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, j. 7/02/2012).

Diante da inexistência de demonstração documental dos valores efetivamente pagos a título de locação, tampouco do montante que seria alcançado com a comercialização do imóvel em atraso, é de rigor fixar - pelas regras de experiência - indenização em valor mensal correspondente a 0,5% sobre o valor atualizado do contrato, no período correspondente à mora da ré, isto é, do mês subsequente à previsão de conclusão até a **data da citação**, quando as rés foram notificadas da pretensão dos autores pela resolução do contrato.

Portanto, **dá-se parcial provimento** aos recursos para: *(i)* reconhecer a legitimidade passiva da corré OGISA; *(ii)* declarar a prescrição da pretensão relativa à devolução de corretagem e SATI afastando, assim, a condenação nesse sentido; e *(iv)* condenar as rés ao pagamento de danos materiais (lucros cessantes) nos termos do acórdão. Fica mantida a sucumbência como fixada na sentença.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003079-50.2015.8.26.0296, da Comarca de Jaguariúna, em que são apelantes H BRASIL PUBLICIDADE E PLANEJAMENTO IMOBILIÁRIO LTDA. e JAGUARIÚNA II EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO SPE LTDA., são apelados MIRNA SEDREZ ANTUNES e ALBERTO FERREIRA ANTUNES.

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 26648)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MOREIRA VIEGAS (Presidente sem voto), FÁBIO PODESTÁ e A.C.MATHIAS COLTRO.

São Paulo, 5 de dezembro de 2016.

JAMES SIANO, Relator

Ementa: AÇÃO DE RESSARCIMENTO. Pretensão de devolução dos valores pagos a título de comissão de corretagem e desembolso dos honorários contratuais. Sentença de procedência.

Apela a corré H Brasil Publicidade e Planejamento Imobiliário SPE Ltda. sustentando a cobrança de comissão de corretagem é devida, o serviço de intermediação foi efetivamente prestado; (inexiste abusividade ou ilegalidade na cobrança).

Apela também a corré Jaguariúna II Empreendimentos Imobiliários SPE Ltda. para alegar a ilegitimidade passiva, porquanto não recebeu os valores pagos a título de corretagem; a comissão de corretagem foi expressamente prevista em contrato, não havendo que se falar em abusividade; a condenação pelos honorários contratuais é incabível.

Cabimento em parte dos recursos.

Aplicação da legislação de consumo. Atividade empresária de oferecer ao mercado em geral a venda de unidades em construção ou a serem construídas. Inteligência do art. 3º do CDC. Ilegitimidade passiva. Insubsistência. Todas as corrés atuaram de forma única para a realização do empreendimento. Comportamento conjunto na cadeia de consumo impõe solidariedade. Inteligência dos art. 14 e 18 do CDC.

Comissão de corretagem. Ausente no contrato o valor destacado. Vinculação e cobrança da comissão de corretagem não se coadunam com o que restou determinado pelo STJ em recurso repetitivo.

Entendimento mais recente do STJ é contrário

Acesso ao Sumário

à condenação pelo pagamento dos honorários advocatícios contratuais.

Recursos providos em parte para afastar a condenação ao ressarcimento dos honorários contratuais.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de f. 167/176 que julgou parcialmente procedente a ação de ressarcimento proposta por Mirna Sedrez Antunes e Outro em face de Jaguariúna II Empreendimentos Imobiliários SPE Ltda. e Outro, para condenar as rés solidariamente à restituição do valor pago pela autora correspondente à comissão de corretagem, bem como aos honorários contratuais em R$1.800,00.

Apela a corré H Brasil Publicidade e Planejamento Imobiliário SPE Ltda. (f. 179/184) sustentando: (i) a cobrança de comissão de corretagem é devida, o serviço de intermediação foi efetivamente prestado; (ii) inexiste abusividade ou ilegalidade na cobrança.

Apela também a corré Jaguariúna II Empreendimentos Imobiliários SPE Ltda.(f.188/ para alegar: (i) a ilegitimidade passiva, porquanto não recebeu os valores pagos a título de corretagem; (ii) a comissão de corretagem foi expressamente prevista em contrato, não havendo que se falar em abusividade; (iii) a condenação pelos honorários contratuais é incabível.

Recurso respondido (f. 219/230).

É o relatório.

Legitimidade passiva da corré H Brasil Publicidade.

Presente a legitimidade passiva de ambas as corrés para responder pelos desdobramentos do empreendimento em discussão, considerando que todas as rés atuaram de forma única na concretização do empreendimento.

Proclama o STJ: "*A melhor exegese dos arts. 14 e 18 do CDC indica que todos aqueles que participam da introdução do produto ou serviço no mercado devem responder solidariamente por eventual defeito ou vício, isto é, imputa-se a toda a cadeia de fornecimento a responsabilidade pela garantia de qualidade e adequação" (Resp 1077911/SP, Terceira Turma, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 04.10.11).*

Também nesse sentido precedente desta Câmara em caso assemelhado, conforme tópico de ementa:

> *Compromisso de Compra e Venda de imóvel - Revisão do contrato com fundamento no atraso na entrega da obra - Procedência em parte dos pedidos - Ilegitimidade passiva das corrés não acolhida - Relação de consumo - Empresas do mesmo grupo econômico - Inteligência do §1º,*

Acesso ao Sumário

do art. 25 do CDC - Aquele que lucra com o negócio não pode se furtar da responsabilização - (...). (Apelação nº 0005793-63.2012.8.26.0562, Rel. MOREIRA VIEGAS, J. 29.05.13).

Restituição dos valores desembolsados a título de comissão de corretagem.

O STJ firmou tese quando do julgamento de recurso repetitivo acerca da possibilidade de transferir para o consumidor a obrigação de responder pelo custo da comissão de corretagem "*desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem*". A cobrança da SATI vinculada ao compromisso restou afastada. Confira-se:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS EM ESTANDE DE VENDAS. CORRETAGEM. CLÁUSULA DE TRANSFERÊNCIA DA OBRIGAÇÃO AO CONSUMIDOR. VALIDADE. PREÇO TOTAL. DEVER DE INFORMAÇÃO. SERVIÇO DE ASSESSORIA TÉCNICO-IMOBILIÁRIA (SATI). ABUSIVIDADE DA COBRANÇA.

I - TESE PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015: 1.1. Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, ***desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem****.*

1.2. Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel.

II - CASO CONCRETO: 2.1. Improcedência do pedido de restituição da comissão de corretagem, tendo em vista a validade da cláusula prevista no contrato acerca da transferência desse encargo ao consumidor. Aplicação da tese 1.1.

2.2. Abusividade da cobrança por serviço de assessoria imobiliária, mantendo-se a procedência do pedido de restituição. Aplicação da tese 1.2.

III - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. (REsp 1599511/SP, Segunda Seção, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, j. 24.08.2016, g.n.).

O art. 725[1] do Código Civil prevê o pagamento da comissão de corretagem,

Acesso ao Sumário

1 **Art. 725**. A remuneração é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação, ou ainda que este não se efetive em virtude de arrependimento das partes.

ainda que o negócio ao final não se concretize.

Quanto à responsabilidade pelo pagamento, não obstante a praxe seja o pagamento da comissão de corretagem pelo vendedor do bem, diante da contratação do serviço de intermediação da venda, em que se coloca na posição de comitente-contratante, nada obsta que o comprador arque com tal ônus.

Todavia, para não evidenciar a ocorrência de venda casada, nos termos do art. 39, I, do CDC[2], necessário constar no contrato o valor destacado dessa verba, para que a subscrição do instrumento represente a admissão expressa do consumidor da obrigação de responder por seu custeio.

Não se vislumbra no contrato o valor destacado da comissão de corretagem. A planilha de cálculos da imobiliária não se coaduna com o que restou determinado pelo STJ.

Os valores pagos pelo consumidor devem, portanto, ser devolvidos, com correção monetária do desembolso e juros de mora de 1% ao mês da citação.

Honorários contratuais.

Com relação aos honorários advocatícios contratuais, a orientação jurisprudencial mais recente do STJ é contrária à condenação a cargo da parte que deu causa à propositura da demanda.

Nesse sentido:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. INCLUSÃO NO VALOR DA INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DANO INDENIZÁVEL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA REJEITADOS. 1. "A contratação de advogados para defesa judicial de interesses da parte não enseja, por si só, dano material passível de indenização, porque inerente ao exercício regular dos direitos constitucionais de contraditório, ampla defesa e acesso à Justiça" (AgRg no AREsp 516277/SP, QUARTA TURMA, Relator Ministro MARCO BUZZI, DJe de 04/09/2014). 2. No mesmo sentido: EREsp 1155527/MS, SEGUNDA SEÇÃO, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, DJe de 28/06/2012; AgRg no REsp 1.229.482/RJ, TERCEIRA TURMA, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJe de 23/11/2012; AgRg no AREsp 430399/RS, QUARTA TURMA, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, DJe de 19/12/2014; AgRg no AREsp 477296/RS, QUARTA TURMA, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, DJe de 02/02/2015; e AgRg no REsp 1481534/SP, QUARTA TURMA, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe de 26/08/2015. 3. A Lei n.º 8.906/94 e o Código de Ética e Disciplina da OAB, respectivamente,

2 **Art. 39**. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

Acesso ao Sumário

*nos arts. 22 e 35, § 1.º, prevêem as espécies de honorários de advogado: os honorários contratuais/convencionais e os sucumbenciais. 4. Cabe ao perdedor da ação arcar com os honorários de advogado fixados pelo Juízo em decorrência da sucumbência (Código de Processo Civil de 1973, art. 20, e Novo Código de Processo Civil, art. 85), e não os honorários decorrentes de contratos firmados pela parte contrária e seu procurador, em circunstâncias particulares totalmente alheias à vontade do condenado. 5. Embargos de divergência rejeitados. (**EREsp nº 1507864/RS, Corte Especial, Rel.ª Min.ª LAURITA VAZ, j. 20.04.16**).*

Ante o exposto, **dá-se parcial provimento aos recursos**, apenas para afastar a condenação de pagamento dos honorários contratuais desembolsados pela parte autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003438-79.2015.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante CID ROBERTO DA CUNHA MELO, é apelado ASSOCIAÇÃO DOS ADQUIRENTES DE UNIDADE DO LOTEAMENTO REAL PARK MOGI.

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 16/31146)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS MARIO GALBETTI (Presidente) e MIGUEL BRANDI.

São Paulo, 5 de dezembro de 2016.

LUIZ ANTONIO COSTA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação de Cobrança - Loteamento - Despesas com manutenção e conservação - Não pagamento implicaria em enriquecimento sem causa - Comprovação de que as despesas beneficiam proprietário do bem - Sentença mantida - Recurso improvido.

VOTO

Recurso de Apelação interposto contra sentença que julgou procedente Ação de Cobrança proposta por Associação dos Adquirentes de Unidades do

Loteamento Real Park Mogi.

Apela o Autor postulando, de início, os benefícios da assistência judiciária gratuita. No mérito, pede a reforma da sentença, vez que não participa da referida associação. Aduz a incidência do artigo 5º, XX, da CF. Diz ainda que paga regularmente os impostos municipais existindo a obrigação deste tipo de manutenção. Pede a reforma da sentença com vistas à improcedência da demanda.

Recurso tempestivo.

Ante o requerimento dos benefícios da assistência judiciária gratuita pelo Apelante foi determinada a juntada das 3 (três) últimas declarações de bens e renda ou o recolhimento das custas de preparo.

O Apelante recolheu devidamente o preparo recursal (fls. 131/132).

É o Relatório.

Antes de proferir meu voto anoto que conheço as recentes decisões monocráticas proferidas pelos ministros relatores em recursos submetidos ao C. STJ, que já adotam a tese trazida em sede de recurso repetitivo em dois Acórdãos oriundos desta Corte.

Ocorre que conforme a ementa disponibilizada no sítio daquele tribunal não permite, ainda, concluir qual a tese adotada. A ementa se refere a "taxa de associação" e nessa linha têm sido proferidos julgados que estendem esse entendimento à repartição de despesas o que me parece diverso.

Também já foi explicitada a tese do referido Acórdão em publicações jurídicas e, ao que consta, têm-se um posicionamento acerca de que apenas a lei e o contrato podem constituir obrigações impositivas.

Destarte, por ora, mantenho meu entendimento que se fixa na regra do Direito Civil, positivada no CC 2002, arts. 884/886 e, então, analiso o mérito do recurso.

A matéria de fundo a ser dirimida exige análise de confronto entre direito consagrado no inciso XX do art. 5ª da CF, que assegura a liberdade de associação, e princípio geral de direito que veda o enriquecimento sem causa (art. 884 do CC), com respaldo constitucional na igualdade (art. 5º, *caput*, da CF) e no direito fundamental à propriedade (inc. XXII do art. 5º).

Verifica-se do Estatuto da Associação que "*São denominados sócios efetivos as pessoas físicas ou jurídicas que sejam proprietários, promitentes compradoras, cessionárias, promitentes cessionárias ou possuidoras de unidades residenciais dos lotes do Residencial Real Park Mogi, os quais desde a data da aquisição do direito e com assinatura do termo de adesão ficam sub-rogadas aos direitos e obrigações decorrentes.*"

Assim, é dever do proprietário contribuir com o pagamento da taxa de

Acesso ao Sumário

conservação.

O Regimento Interno trazido aos autos comprova que o loteamento dispõe de portaria, lagos e espelhos d'água, quadras esportivas, trilha ecológica, bosques, praças, salão de festas e demais áreas de circulação (asfalto), o que demanda manutenção.

Com efeito, é obrigação do proprietário o pagamento da taxa, por lote, pelos serviços prestados de manutenção e conservação do bem.

É certo que os proprietários dos lotes usufruem dos serviços que são colocados a sua disposição e, que por sua vez, aumentam o valor do bem.

A jurisprudência majoritária desta Câmara na matéria é no sentido da ilegalidade da resistência de não-associados em contribuírem com as despesas necessariamente coletivas.

Essa posição não viola o direito constitucional invocado porque, em princípio, não se está a reconhecer a obrigatoriedade de participação (ou associação) do requerido.

O que se reconhece é a aplicação do princípio de direito que veda o enriquecimento sem causa, o que aconteceria se o Apelante não pagasse pelos serviços dos quais desfruta e, por consequência, os tornaria mais onerosos aos demais proprietários dos imóveis de mesma situação, diante da redução de partícipes do rateio.

Na medida dessa coletividade necessária e involuntária, é justo e constitucional que se compartilhem os ônus implicados pelas vantagens derivadas de decisões que *precisam* ser tomadas em conjunto.

Desta forma, repiso, não há como o Apelante se furtar do seu dever de satisfazer as prestações relativas à divisão das obrigações referidas. Implicaria em verdadeiro enriquecimento ilícito da parte dele ser mantido fora do rateio dos gastos de manutenção e melhoria do loteamento imposto a todos os moradores da área atendida pela atuação da Apelada, aproveitando-se dos benefícios decorrentes dos pagamentos efetivados pelos demais moradores.

Destarte, a sentença merece ser integralmente mantida.

Isto posto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1061189-65.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes LUIS FERREIRA DREYFUSS, TAYNA MENEZES, CAROLINA FERREIRA DREYFUS e ISABEL FERREIRA DREYFUSS, é apelada MARILU BAZANA

Acesso ao Sumário

OKABE.

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 8.368)**

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

São Paulo, 3 de outubro de 2016.

ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JÚNIOR, Relator

Ementa: COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - Ação Anulatória - Erro substancial caracterizado - Imóvel doado aos réus pelos pais com cláusula de impenhorabilidade - Existência de inúmeras ações executivas e trabalhistas movidas contra os doadores que justificam a anulação do contrato, pelo risco de evicção Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação de ação anulatória, alegando a autora que em 09/12/2013, celebrou com os requeridos, Instrumento Particular de Promessa de Venda e Compra e Outras Avenças, do imóvel descrito na inicial, efetuando o sinal de R$ 28.000,00, mediante transferência bancária ao primeiro requerido, bem como da comissão de R$ 2.000,00 à Imobiliária Stevaux Galvão Ltda., todavia, em janeiro de 2014, ao analisar a matrícula do imóvel, constatou que os vendedores haviam recebido o bem por doação dos pais, com cláusula vitalícia de impenhorabilidade extensiva aos frutos e rendimentos, e, solicitando certidão dos doadores, apurou que figuravam no polo passivo de processos trabalhistas e executivos fiscais, razão pela qual a doação pode ter sido feita em fraude a credores, o que configura justo motivo para o desfazimento do negócio, tendo a imobiliária já devolvido o valor de R$ 2.000,00, requerendo a anulação do contrato e condenação dos réus a devolverem os R$ 28.000,00 em dobro.

A r. sentença, cujo relatório se adota, integrada às fls. 153, julgou procedente em parte o processo, resolvendo o contrato, condenando os réus a devolverem de forma simples a quantia de R$ 28.000,00, corrigida monetariamente do desembolso, com juros de mora desde a citação, arcando ainda com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação (fls. 146/149).

Os vendedores apelaram arguindo que na ocasião da celebração da

Acesso ao Sumário

compra e venda não havia qualquer impedimento legal à realização do negócio, e nem a própria sentença conseguiu enquadrar o pedido de rescisão numa das hipóteses de defeitos dos negócios jurídicos legalmente previstas, limitando-se a fundamentar a decretação de rescisão contratual no "risco de evicção", não sendo tal argumento suficiente para desfazer um negócio jurídico perfeito, que gerou efeitos de forma eficaz, cuja posse foi transferida à compradora, aduzindo que, em se tratando de arrependimento da compradora, há previsão na avença de perda do sinal, o mesmo corroborado pelo Código Civil, nos artigos 418 e 420, requerendo a reforma para que seja julgada improcedente a ação (fls. 155/163).

Foram apresentadas contrarrazões sustentando-se a manutenção da sentença (fls. 167/169).

É o Relatório.

Firmaram as partes em 09/12/2013, Instrumento Particular de Promessa de Venda e Compra e Outras Avenças, referente ao apartamento n. 113, localizado no Edifício Maison des Etoiles, pelo preço certo e ajustado de R$ 705.000,00, tendo a requerente pago a importância de R$ 28.000,00, a título de sinal e princípio de pagamento, e o saldo restante a ser pago da forma estabelecida na cláusula primeira, itens "b" a "d" (fls. 15).

Os vendedores omitiram que o imóvel negociado foi a eles doado pelos pais, em 09/09/2013 (fls. 25), ocasião em que contra os genitores já haviam sido ajuizadas várias demandas trabalhistas e execuções fiscais (fls. 30/67).

É expresso o art. 422 do Código Civil, no sentido de que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, "como em sua execução", os princípios de probidade e boa-fé.

Como leciona Orlando Gomes[1], ao discorrer sobre o princípio da boa-fé, as partes "devem agir com lealdade e confiança recíprocas", procedendo com boa-fé. Acrescenta que se aventa a ideia de que: "entre o credor e o devedor é necessário a *colaboração*, um ajudando o outro na execução do contrato", o que é adequado à vigente codificação, e ao presente caso, em que havia comunhão e não contraposição de interesses.

Acesso ao Sumário

Como bem observado pela I. Magistrada a assertiva dos apelantes de que não estavam obrigados a apresentar documentos e certidões referentes aos doadores, por não estarem previstos no rol taxativo da cláusula quinta do contrato, não pode ser aceita, sendo evidente o risco de anulação ou declaração de ineficácia da doação por fraude a credores ou fraude à execução, com reflexos na alienação sucessiva do imóvel pelos donatários à autora.

Houve erro por parte da autora, o que está bem delineado na petição inicial e na sentença, que é a falsa percepção de uma realidade, que se conhecida da pessoa, ela teria procedido de maneira diversa.

1 GOMES, Orlando. Contratos. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.43.

São anuláveis os negócios jurídicos quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial, assim considerado o que "interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais" (art. 139, I, do Código Civil) ou disser respeito "à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante" (art. 139, II, do Código Civil).

Segundo o escólio de Nestor Duarte[2]: "não é necessário que o erro seja comum a ambas as partes nos negócios bilaterais, bastando que atinja a vontade de uma delas", e nem que o erro fosse do conhecimento da parte beneficiada.

Como salientam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald[3]: "erro *essencial* é o recai sobre as circunstâncias e aspectos relevantes (principais) do negócio que se celebra. É aquele que constitui a causa determinante do ato. Em outras palavras, se o declarante (agente) tivesse conhecimento da realidade fenomenológica efetiva, não celebraria o negócio. Logo, o erro deve ser a causa essencial do negócio".

A ausência de qualquer gravame na matrícula do imóvel não afasta o risco ou o direito de anular o contrato, diante da ciência da real situação, pois não havia garantia de posse mansa e pacífica, a não ser pela quitação das dívidas, o que não se poderia prever que ocorreria com o numerário relativo ao negócio, que o bem negociado não pudesse ser objeto de penhora ou ações e fonte de aborrecimentos à compradora.

Assim, estando o desfazimento do negócio justificado não pelo arrependimento da autora, mas pelo erro, diante do risco da evicção, a sentença fica mantida pelos seus judiciosos fundamentos.

Inexistiu violação aos arts. 171, 418 e 420 do Código Civil, 11 do CPC, 93, IX, da Constituição Federal.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1009146-70.2014.8.26.0127, da Comarca de Carapicuíba, em que é apelante M.D.C.C.S., é apelado P.S.D.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão:

Acesso ao Sumário

2 DUARTE, Nestor. Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência. Coord. Cezar Peluso. 6ª Ed. Barueri: Manole, 2012, p 115.

3 FARIAS, Cristiano Chaves de. Teoria Geral/Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011, p. 624.

"Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.574)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente sem voto), JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA e PERCIVAL NOGUEIRA.

São Paulo, 9 de novembro de 2016.

EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE, Relator

Ementa: Guarda - Guarda compartilhada que, no caso, é solução que melhor atende aos interesses da criança - Garantia do direito à convivência familiar plena, em atenção ao superior interesse da criança - Recurso improvido.

VOTO

Ação de divórcio c.c. partilha de bens, guarda e regulamentação de visitas julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 279/284, de relatório adotado, para decretar o divórcio do casal, partilhando em 50% para cada consorte o patrimônio, incluindo dívidas, sobre o qual não houve acordo, fixando-se, ainda, a guarda compartilhada da filha do casal, que terá como residência a casa materna. Por fim, foi homologado o acordo realizado em audiência.

Recorre a autora, forte na alegação de que o apelado não tem condições de exercer a guarda da filha, motivo pelo qual pleiteia seja ela fixada unilateralmente em seu favor. Sustenta que a prova pericial produzida nos autos constatou que a situação que melhor atende aos interesses da criança é fixar sua guarda com a mãe.

Recurso preparado (fls. 309/310), respondido (fls. 323/331).

Parecer do Ministério Público pelo improvimento do recurso.

É o relatório, em acréscimo ao da sentença.

Contra o divórcio, a partilha de bens e o regime de visitas do pai à filha não pendeu recurso, tratando-se de tópicos transitados em julgado.

Cinge-se a irresignação a atribuição da guarda de forma compartilhada a ambos os genitores.

Contudo, sem razão.

Segundo ensina Milton Paulo de Carvalho Filho, "*Na* guarda compartilhada *os pais têm responsabilidade conjunta na tomada das decisões e igual responsabilidade legal sobre os filhos. Ambos têm a guarda jurídica, apesar de um deles ter a guarda material. Há presença física da criança no lar de um dos genitores, tendo o outro o direito de visitá-la periodicamente, mas*

Acesso ao Sumário

a responsabilidade legal sobre o filho e pela sua educação deve ser bilateral, ou seja, do pai e da mãe. O poder familiar é exercido por ambos, que tomarão conjuntamente as decisões do dia a dia" (Código Civil Comentado, 4ª edição, 2010, coord. Min. Cezar Peluso, são Paulo: Manole, pág. 1.728).

O autor prossegue afirmando que "***o legislador instituiu a preferência pela guarda compartilhada****, que somente deve ser afastada quando o melhor interesse dos filhos recomendar a guarda unilateral*" (op cit., pág. 1.729).

E sobre o instituto, assim se manifestou o C. STJ, em julgamento de lavra da Ministra Nancy Andrighi:

"*CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE.*

1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.

2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.

3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.

4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole.

5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.

6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão.

7. Recurso especial provido" (REsp 1428596/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 03.06.2014).

No caso, o laudo psicológico encartado às fls. 207/2011 indica que a

Acesso ao Sumário

requerente reúne melhores condições de permanecer com a guarda da filha.

Contudo, ele indica que ambos genitores atualmente precisam de acompanhamento psiquiátrico e psicológico, já que os dois apresentam quadro de ansiedade e descontrole emocional em razão de todo o vivido e relatado nos autos.

Nesta esteira, depreende-se que a recomendação de que a guarda permaneça unilateral e materna tem como fim manter a situação já estabelecida da filha, que se encontrava confortavelmente instalada na casa da mãe.

Isso é que se extrai da resposta ao quesito 14: "*Neste momento, se levada em consideração somente ao emocional e psicológico, sim,* [o réu possui estrutura psicológica e emocional para assumir o compromisso de cuidar e educar a filha], *mas existe a necessidade de conforto e segurança e referência de um lar, por isso a necessidade em permanecer com a mãe*" (fls. 223), assim como ao quesito 19, em que se aponta como único empecilho ao exercício da guarda compartilhada o fato de que a criança está confortavelmente instalada na casa em que hoje mora com a mãe (fls. 224).

Este fundamento, no entanto, não é suficiente para afastar a guarda compartilhada, que hoje é a regra, na medida em que manter como a residência da criança a casa materna já atende a este necessário critério de estabilidade.

Nenhum outro elemento há que desaconselhe o compartilhamento da guarda, já que também há fortes vínculos afetivos da criança com o pai.

Neste sentido é o laudo social, em que se constatou que "*a filha do casal revela um forte vínculo afetivo com ambos os genitores, não faz queixas quanto à forma como é tratada por eles e manifesta o desejo de ficar uma semana com cada um (sic). Desta forma, entendemos que a Guarda Compartilhada é a que melhor atende às necessidades de M., pois, desta forma, ela manteria contato regular e frequente com os genitores e ambos se responsabilizariam por sua criação*" (fls. 232).

E o consenso dos genitores quanto ao exercício compartilhado da guarda é dispensável, uma vez que "*a regra passou a ser a guarda compartilhada. Sua adoção não mais fica à mercê dos acordos firmados entre os pais, e sim contemplados expressamente na norma legal, sob pena de se transformar em instituto destituído de efetividade*" (Manual de Direito das Famílias, Maria Berenice Dias, 8ª edição, 2011, São Paulo: RT, pág. 443).

Por fim, o pai se submeteu a exame toxicológico, em que não se detectou o uso de qualquer substância entorpecente (fls. 144), não havendo risco à incolumidade da criança ao ficar na companhia do pai.

Deste modo, nada a alterar na sentença.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0050872-93.2011.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que são apelantes JESUS FERNANDES DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA) e GLEICE MAGDA GESSI FERNANDES DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados REDE D'OR SÃO LUIZ S.A. - UNIDADE ASSUNÇÃO e AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram extinto o processo sem apreciação do mérito em relação a Rede D'Or São Luiz S.A. e deram provimento ao recurso dos autores. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.710)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SILVÉRIO DA SILVA (Presidente sem voto), ALEXANDRE COELHO e GRAVA BRAZIL.

São Paulo, 7 de novembro de 2016.

THEODURETO CAMARGO, Relator

Ementa: ILEGITIMIDADE PASSIVA "AD CAUSAM" - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - PLANO DE SAÚDE - AUTORA DIAGNOSTICADA COM PIELONEFRITE - PRIMEIRO ATENDIMENTO EM HOSPITAL QUE NÃO POSSUIA LEITOS DISPONÍVEIS-INTERNAÇÃO NÃO CONSUMADA POR FALTA DE AUTORIZAÇÃO DA OPERADORA - ILEGITIMIDADE PASSIVA "AD CAUSAM" DO NOSOCÔMIO - ENCAMINHAMENTO PARA OUTRO DA REDE CREDENCIADA - ATENDIMENTO EMERGENCIAL PRESTADO REGULARMENTE - INTERNAÇÃO QUE NÃO SE DEU EM RAZÃO DA NEGATIVA DA CORRÉ AMIL.

INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS - RECUSA INJUSTIFICADA DA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE, PORQUE O PRIMEIRO HOSPITAL PARA O QUAL A DEMANDANTE FORA ENCAMINHADA

Acesso ao Sumário

ERA CREDENCIADO DA REQUERIDA - DANOS MORAIS EVIDENTES - CONDENAÇÃO DEVIDA - RECURSO PROVIDO PARA CONDENAR A REQUERIDA AMIL A PAGAR AOS AUTORES O MONTANTE DE R$ 15.000,00 A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 417/420, que julgou improcedente o pedido, condenando os vencidos ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios arbitrados, com base no art. 20, § 4º, do CPC, em R$ 1.600,00, na proporção de 50% para os patronos da Rede D'Or São Luiz S.A. - Unidade Assunção e 50% para os patronos da Amil Assistência Médica Internacional S.A.

Irresignados, recorrem os autores pugnando pela reforma da r. sentença. Sustentam que o Hospital Assunção era credenciado; o convênio não liberou a internação da coautora de forma irregular; a coautora necessitava de uma internação para tratamento de pielonefrite e não para a realização de uma cirurgia; os autores sofreram com a negativa de internação do convênio; ficou suficientemente demonstrada a ocorrência de danos morais e que os autores fazem jus à indenização por danos morais (fls. 428/435).

Dispensado do recolhimento do preparo, o recurso foi recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo (fls. 459).

Contrarrazões às fls. 462/475 e 477/485.

As partes não manifestaram oposição ao julgamento virtual (fls. 493).

É o relatório.

1. - DA CONTROVÉRSIA - Jesus Fernandes da Silva e Gleice Magda Gessi Fernandes da Silva ajuizaram ação de indenização por danos morais em face da Rede D'Or São Luiz S.A. - Unidade Assunção e Amil Assistência Médica Internacional S.A. alegando, em síntese, que são beneficiários do plano de saúde coletivo administrado por esta última; em 11 de novembro de 2009, a autora apresentou quadro de pielonefrite e foi levada ao Hospital Itacolomy; solicitada a internação, não havia leito disponível no hospital, sendo orientada a ir ao Hospital e Maternidade Assunção. Neste hospital foi atendida pela emergência, recebeu o primeiro atendimento, mas não foi internada em razão da negativa de liberação do convênio médico. Sustentaram a abusividade da recusa e a ocorrência de danos morais. Pugnaram pela condenação dos requeridos no pagamento de indenização por danos morais em valor não inferior a cem salários mínimos.

Em contestação a requerida Rede D'Or suscitou preliminar de

Acesso ao Sumário

ilegitimidade ativa *ad causam* do coautor Jesus Fernandes e ilegitimidade passiva dela própria. No mérito, afirmou ter prestado atendimento à coautora Gleice, que foi retirada do hospital por seu marido, o coautor Jesus Fernandes, depois que ele foi cientificado de que o convênio não custearia a internação da mulher; não praticou ato ilícito, e, por fim, que o valor da indenização é excessivo (fls. 173/192).

Amil Assistência Médica Internacional S.A. contestou alegando que não houve negativa de cobertura, mas apenas direcionamento da paciente para hospital da rede própria; os autores receberam o orientador médico com informações sobre a rede credenciada disponível para o plano contratado; ausência dos pressupostos ensejadores da obrigação ressarcitória; inexistência de danos morais; excessivo valor do pleito de indenização por danos morais (fls. 252/384).

O MM. Juiz de primeiro grau julgou improcedentes os pedidos deduzidos na inicial (fls. 417/420).

2. - DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DA REDE D'OR SÃO LUIZ S.A. - Inicialmente, de rigor o reconhecimento da ilegitimidade passiva da corré Rede D'Or.

Isso porque se cuida de demanda de indenização calcada na recusa de cobertura de internação, de responsabilidade da operadora do plano de saúde.

Logo, como a corré Rede D'Or realizou o atendimento de emergência na autora, reiterou o diagnóstico de pielonefrite feito pelo Hospital Itacolomy, ministrou medicação e somente não procedeu à internação em razão da negativa de cobertura do plano de saúde e da opção do coautor Jesus Fernandes, marido da coautora Gleice, em removê-la para outro hospital em razão do custo da internação particular (cf. prontuário médico de fls. 174/175).

Assim, não houve conduta omissiva da corré Rede D'Or a justificar sua inclusão na lide.

De rigor, portanto, a extinção do processo sem apreciação do mérito em relação à corré Rede D'Or.

3. - DO MÉRITO - Após detida análise dos autos, infere-se que houve negativa indevida de cobertura de internação da coautora Gleice, em hospital da rede credenciada, pela operadora Amil Assistência Médica.

Na verdade, ficou suficientemente demonstrado que a coautora Gleice apresentou quadro de pielonefrite e foi levada ao Hospital Itacolomy para atendimento (fls. 61). Foi solicitada a sua internação, mas como não havia leito disponível, foi orientada ao Hospital e Maternidade Assunção, onde foi atendida pelo setor de emergência (fls. 65/70), recebeu o primeiro atendimento, mas não foi internada em razão da negativa de liberação do convênio médico, que orientou seu encaminhamento para hospital localizado no bairro de Moema

Acesso ao Sumário

(fls. 63).

O documento de fls. 60, não impugnado pela corré Amil, comprova que o Hospital Assunção pertencia à rede credenciada.

Logo, é evidente que a recusa na internação se deu de forma indevida.

A leitura atenta da contestação da corré Amil não deixa dúvida de que, de fato, a autora teve um primeiro atendimento no Hospital Itacolomy e que, em razão da ausência de leitos disponíveis, foi orientada a se dirigir ao Hospital Assunção, também da rede credenciada (fls. 212).

Em consequência, o direcionamento da autora pela corré Amil foi, justamente, para o Hospital Assunção, da rede credenciada, onde se deu a negativa de cobertura da internação.

Ressalte-se, que em momento algum a corré Amil negou ser o Hospital Assunção pertencente à rede credenciada. Esse ônus era, sem dúvida, da corré Amil, nos termos do inciso II do art. 333 do CPC 1973, que vigia na época.

E, se havia leito disponível, a recusa de hospitalização para tratamento da pielonefrite foi, de fato, indevida.

4. - DOS DANOS MORAIS - A conduta da corré Amil gerou danos morais nos autores.

Tendo em vista a urgência da internação para início do tratamento, em razão da gravidade da doença que acometia a demandante Gleice, as dores por ela sofridas, e, principalmente, o risco de perder o funcionamento dos rins com a demora na autorização do procedimento e tratamento, de rigor o reconhecimento da ocorrência de danos morais.

De fato, não se cuida de mera recusa fundada em discussão ou interpretação de cláusula contratual, o que, via de regra, afasta a indenização a esse título.

A questão aqui discutida vai mais além.

Trata-se de negativa de cobertura, não obstante o grave estado de saúde da paciente, seu sofrimento e angústia.

Reprovável, portanto, a postura da corré Amil.

Em consequência, impõe-se a condenação da operadora do plano de saúde ao pagamento de indenização de danos morais, tendo em vista a inexistência de motivos para a recusa de autorização na internação da autora no Hospital Assunção.

No dizer abalizado de MARIA CELINA BODIN DE MORAES, "não será toda e qualquer situação de sofrimento, tristeza, transtorno ou aborrecimento que ensejará a reparação, mas apenas aquelas situações graves o suficiente para afetar a dignidade humana em seus diversos substratos materiais, já identificados, quais sejam, a igualdade, a integridade psicofísica - compreendido como direito à saúde, isto é, ao bem-estar psicofísico e social - , a liberdade e a solidariedade

Acesso ao Sumário

familiar ou social, no plano extrapatrimonial em sentido estrito" (cf. Danos à pessoa humana - uma leitura civil - constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1ª ed., 4ª tiragem, 2009, ps. 94 e 188/189).

Em situações similares, não obstante o grave quadro de saúde do segurado, este e. Tribunal vem acolhendo pleito indenizatório a esse título, merecendo destaque os julgados da Ap. 609.959.4/0-00 e da Ap. 0020956-63.2008.8.26.0032, ambas desta C. 8ª Câmara de Direito Privado, relatadas pelo Des. Salles Rossi.

Logo, de rigor o reconhecimento dos danos morais sofridos não apenas pela demandante Gleice, mas também por seu marido, pelos sofrimentos intensos e desnecessários que ambos sofreram em razão da injusta recusa de cobertura da internação.

5. - DO VALOR DA RESPECTIVA INDENIZAÇÃO - Nesses termos e sem perder de vista o caráter inibitório, de autêntico desestímulo ou advertência, dessa modalidade de reparação civil, salientado pelo saudoso CARLOS ALBERTO BITTAR e consagrado pela jurisprudência (cf. Reparação civil por danos morais. São Paulo: RT, 1993, n. 36, ps. 219/226; RSTJ 137:486 e STJ-RT 775:211), o *quantum* indenizatório deve ser fixado em R$ 15.000,00, valor condizente com as consequências do mal que o ato ilícito causou aos autores, e ajustado aos parâmetros sempre seguidos para casos idênticos, em que se procura minorar o sofrimento da parte lesada, sem lhe trazer indevido enriquecimento ilícito, nem desfalque desmesurado ao agente causador do dano, o que aqui está fora de cogitação, por se tratar de instituição sólida, com recursos mais do que suficientes para arcar com a condenação ao pagamento dos danos morais fixados, indicador sempre levado em consideração para a fixação do montante dos danos da espécie.

Afinal, "*na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico da autora, e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso*" (STJ-4ª T., REsp 135.202-0-SP, j. 19.05.98, rel. Min. Sálvio de Figueiredo).

A correção monetária e os juros de mora deverão ser contados a partir desta decisão (STJ, Súmula 362; STJ, REsp 903258).

6. - CONCLUSÃO - Daí por que se julga extinto o processo sem apreciação do mérito em relação a Rede D'Or São Luiz S.A. - Unidade Assunção, nos termos do art. 485, inciso VI, do CPC2015, provendo-se o recurso dos autores para condenar a ré Amil Assistência Médica Internacional Ltda. a pagar-lhes a quantia de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de indenização de

Acesso ao Sumário

danos morais, corrigida monetariamente segundo a tabela prática deste Egrégio Tribunal de Justiça, e juros legais, aquela e estes últimos contados desta decisão. Em razão da sucumbência, condena-se a requerida a arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 20% (vinte por cento) do valor da condenação (CPC2015, art. 85, *caput* e § 2º), incumbindo aos autores arcar com os honorários dos advogados da corré Rede D'Or São Luiz S.A., igualmente fixados em 20% (vinte por cento) do valor total da condenação (CPC2015, art. 85, *caput* e § 2º), isentando-se da obrigação de recolher essa verba por ser beneficiária da assistência judiciária (CPC2015, art. 98, § 3º).

Na hipótese de apresentação de embargos de declaração contra o presente acórdão, ficam as partes intimadas a se manifestarem, nas próprias razões recursais, a respeito de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do art. 1º da Resolução n. 549/2011 do Órgão Especial deste Eg. Tribunal de Justiça, entendendo-se o silêncio como concordância.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008543-15.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado RICARDO FRAGA OLIVEIRA, é apelado/apelante MOFARREJ VILA MARIANA SPE EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO S/A.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso do réu e negaram provimento ao recurso da autora, V.U. Sustentaram oralmente o Doutor Carlos Daniel Gomes Toni e o Doutor Daniel Gustavo Magnane Sanfins. Julgaram desnecessária a sustentação oral do *amicus curiae*, Doutora Camila Marques Barroso, em razão de haver desta parte, juntada no processo, manifestação escrita.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16803)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA VIEGAS (Presidente), FÁBIO PODESTÁ e FERNANDA GOMES CAMACHO.

São Paulo, 9 de novembro de 2016.

MOREIRA VIEGAS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO INIBITÓRIA - DANOS MATERIAIS E MORAIS - Veiculação de mensagens e vídeos em redes sociais, além de movimentos públicos, posicionando-

se contrariamente à construção de empreendimento - Críticas que extrapolaram os limites da liberdade de expressão, manifestação e reunião - Necessidade de retirada do conteúdo, - Abstenção de novos atos da mesma natureza que caracteriza inadmissível censura prévia - Irrazoabilidade da medida adotada - Necessidade de ajustamento dos limites espaciais para eventuais manifestações - Danos materiais meramente hipotéticos, não ensejando indenização - Mero aborrecimento que não caracteriza dano moral passível de reparação - Sentença reformada em parte - Recurso do réu parcialmente provido - Negado provimento ao recurso do autor.

VOTO

Apelações interpostas em face de r. sentença de fls. 1610/1618, relatório adotado, que, nos autos de ação inibitória c.c. indenização, julgou parcialmente procedentes os pedidos, para determinar que o réu se abstenha de quaisquer atos defronte ao imóvel, em um raio de 1 km ao seu redor, bem como para que retire e deixe de fazer postagens relacionadas ao bem na rede mundial de computadores e também para que se abstenha de importunar e coagir interessados no empreendimento, sob pena de multa de R$10.000,00 (dez mil reais), por cada infração.

Apelam as partes. Em longo arrazoado, o réu sustenta, em síntese, que suas manifestações e críticas não são infundadas, sendo revestidas de interesse público. Aduz a inexistência de propósito de prejudicar a apelada, salientando que o movimento possui caráter informativo, social, artístico e educativo. Ressalta que os atos foram praticados nos limites da liberdade de expressão, razão pela qual a r. sentença afronta a proporcionalidade e razoabilidade, bem como o art. 3º, inciso I, da Lei 12.965/14. Pleiteia a intervenção do Ministério Público no caso. Pugna pela concessão de efeito suspensivo ao recurso. (fls. 1635/1709).

Adesivamente, recorre a autora, argumentando a caracterização dos danos materiais e morais (fls. 1743/1758).

Recursos processados, recolhido o preparo.

Contrarrazões às fls. 1716/1742.

É o relatório.

Indefere-se o pedido de efetivo suspensivo à apelação, face à ausência dos requisitos legais.

Com a presente demanda, pretende a autora a reparação por danos materiais

Acesso ao Sumário

e morais, além de preceito inibitório, devido a manifestações e divulgação, pelo réu, de mensagens em rede social (*Facebook*), de movimento denominado "O outro lado do muro - Intervenção Coletiva", bem como vídeos no *site Youtube*, criados com o intuito de incitar a coletividade a posicionar-se contrariamente ao empreendimento lançado pela autora.

Como é cediço, a liberdade de imprensa, informação e reunião (artigos 5º, incisos IX, XIV e XVI e 220, da Constituição Federal), embora princípios constitucionais, não são absolutos e devem ser exercitados com consciência e responsabilidade, em respeito a outros valores igualmente importantes e protegidos pelo texto constitucional, como a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana, que, uma vez violada, demanda reparação. No caso concreto, havendo colidência entre tais direitos, necessária a realização de ponderação entre eles.

Igualmente, o exercício de tais direitos no uso da internet, conforme assegura do art. 3º, inciso I, da Lei 12.965/14, também se sujeita aos limites supra referidos.

É certo que a criação de página em redes sociais, com a finalidade de veiculação de condutas abusivas praticadas por empresas, é medida legítima e constitui exercício regular de direito. Trata-se de medida revestida de notória utilidade pública e caráter informativo, auxiliando, por vezes, a tomada de decisões de outros consumidores.

Na hipótese vertente, contudo, observa-se que as manifestações nas proximidades do empreendimento, bem assim as mensagens e vídeos divulgados na rede mundial de computadores extrapolaram o limite do razoável.

Com efeito, a conduta do réu exacerbou o direito de informar, bem como o interesse público, evidenciando má-fé, porque não se limita a mostrar as supostas irregularidades do empreendimento. O réu, na verdade, tem atribuído à autora condutas desabonadoras que não traduzem mera crítica à ocupação do espaço urbano que tem sido efetivada.

Cumpre observar que as irregularidades apontadas sequer foram comprovadas, haja vista o reconhecimento, pelas autoridades competentes, do exercício regular do direito de construir pela autora. Afastada, ademais, a existência de área de preservação permanente na localidade (fls. 799 e 1473/1479).

Não bastante, evidente o tumulto gerado com as manifestações nos arredores do empreendimento, criando empecilhos não apenas ao andamento das obras, mas também à população local.

Assim, ainda que o réu discorde da edificação no local, sua conduta foi irresponsável e leviana, uma vez que não ficou evidente a prática de qualquer ato irregular.

Acesso ao Sumário

Neste sentido, já se pronunciou esta E. Corte:

*"DANOS MORAIS - **OFENSAS PROFERIDAS CONTRA A AUTORA EM COMUNIDADE NA REDE SOCIAL FACEBOOK - Réu que criou comunidade para advertir os consumidores a respeito das práticas ilegais de empresa da qual a autora é funcionária - Críticas acirradas que extrapolaram o limite do direito de reclamação, escalando da reprovação à atuação profissional da autora à ofensa pessoal** - Réu que, na qualidade de administrador do grupo, permitiu ainda fossem proferidas diversas outras ofensas - Agravamento pela divulgação não autorizada da imagem da autora - Agressões bilaterais que não foram comprovadas - Dano moral evidenciado - RECURSO DO RÉU DESPROVIDO.*

VALOR DA INDENIZAÇÃO - MAJORAÇÃO - As ofensas proferidas pelo autor à honra da autora, somadas à violação do direito de imagem e à omissão em bem administrar a comunidade do facebook criada, com considerável repercussão a terceiros (cerca de 2.500 curtidas), justificam a majoração do valor da indenização para R$ 8.000,00. RECURSO DA AUTORA PROVIDO." (AC 1001590-70.2015.8.26.0001, Relator(a): Angela Lopes; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 10/05/2016; Data de registro: 13/05/2016, grifo nosso).

*"**RESPONSABILIDADE CIVIL - Ação de Indenização por danos morais c/c Obrigação de Fazer - Publicação na rede social 'facebook' - Caráter ofensivo** - Procedência do pedido para fixar indenização por dano moral no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) e determinar a exclusão definitiva das postagens relacionadas ao autor - Inconformismo - Preliminar - Ausência de fundamentação do decisum - Não configurada - Legítima defesa da moral pela morte da irmã decorrente de erro médico imposto ao autor (artigo 188, I, CC) - Excludente não configurada - Ausentes os requisitos (artigo 25, CP) - **Excesso no exercício da manifestação do pensamento - Ato ilícito - Ofensas ao autor, enquanto pessoa e profissional - Caráter pejorativo e injurioso** - Inteligência dos artigos 186 e 187, CC - Culpa - Dano moral - Quantum indenizatório - Redução - Possibilidade - Sentença reformada - Recurso provido, em parte - Sucumbência mantida." (AC 0002559-07.2012.8.26.0196, Relator(a): Marcia Tessitore; Comarca: Franca; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 14/04/2015; Data de registro: 14/04/2015, grifo nosso).*

Não obstante, é certo que a proibição de fazer novas postagens e criar qualquer outra manifestação relacionada ao empreendimento na rede mundial de computadores caracteriza censura prévia, inadmissível em nosso ordenamento jurídico, merecendo a r. sentença reforma neste aspecto.

Acesso ao Sumário

Outrossim, demasiada rígida, para não se dizer desproporcional, a vedação de qualquer ato de manifestação contra o empreendimento a menos de um quilômetro da obra. Suficiente à garantia do direito de propriedade e de livre exercício da atividade econômica que a vedação se restrinja ao quarteirão onde o mesmo se encontra localizado, consoante já decidido por este magistrado.

No tocante aos danos materiais reclamados pela autora, sua caracterização é por demais hipotética, não havendo qualquer elemento de prova a demonstrar que o atraso na construção esteja diretamente relacionado às atitudes do réu, tampouco que as vendas das unidades tenham sido comprometidas exclusivamente por sua conduta.

Tampouco há falar-se em danos morais, vez que as manifestações do réu não ensejaram o abalo ao bom nome e conceito social de que goza a pessoa jurídica.

Finalmente, despicienda a intervenção do Ministério Público no caso em testilha, porquanto se trata de demanda visando à tutela de direito individual, não se vislumbrando qualquer hipótese de atuação do *Parquet*, a teor do art. 178, do NCPC.

Pelo exposto, dá-se parcial provimento ao recurso do réu, nos termos acima explanados, e nega-se provimento ao recurso da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0017996-94.2013.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante MARIA INÊS FREZZATTI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado FIT 01 SPE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

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 26648)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ÁLVARO PASSOS (Presidente) e JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS.

São Paulo, 8 de novembro de 2016.

JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - Compromisso de compra e venda - Atraso na entrega do bem - Acordo extrajudicial celebrado entre as partes para

compensação das perdas e danos - Ausência de alegação de qualquer vício de convencimento a maculá-lo - Perdas e danos prefixadas - Impossibilidade de se pleitear lucros cessantes - Violação ao *bis in idem* - Danos morais inexistentes - Sentença de improcedência mantida - Recurso desprovido.

VOTO

RELATÓRIO.

1. Trata-se de recurso de apelação interposto por Maria Inês Frezzatti contra a r. sentença de fls. 127/313 - cujo relatório se adota - que julgou improcedente a ação indenizatória ajuizada pela apelante em face da apelada, Fit 01 SPE Empreendimentos Imobiliários Ltda.

2. Inconformada, a vencida apela às fls. 134/137. Sustenta, em apertada síntese, que o acordo extrajudicial que entabulou com a apelada não diz respeito aos direitos pleiteados na presente ação, mas sim à multa pelo atraso na entrega das chaves, que não faz parte do objeto da presente ação. Pede, então, o provimento do recurso, para que a ação seja julgada procede.

3. O recurso foi recebido no duplo efeito (fls. 138). Contrarrazões da apelada às fls. 141/153.

FUNDAMENTOS.

4. O apelo não merece provimento.

5. De saída, e com a devida vênia ao entendimento do D. Magistrado *a quo*, não conjugo da interpretação dada por ele ao "termo de acordo" de fls. 98, pelo qual a autora teria dado quitação total à ré "em relação às obrigações assumidas perante a autora".

6. E isto porque o objeto daquele ajuste é bem delimitado: "acordo efetuado em relação à multa pelo atraso na entrega das chaves do referido imóvel, conforme disposição contratual".

7. Assim, depreende-se que o acordo teve relação com a "multa pelo atraso na entrega das chaves" disposta em contrato, e não em relação a todas as obrigações assumidas perante a autora.

8. E, em casos como o dos autos, quando há prefixação das perdas e danos, não cabe ao consumidor pleitear indenização por "lucros cessantes", consubstanciada nos valores que despendeu (ou poderia ter despendido) com aluguéis durante o atraso na entrega do bem.

9. Logo, não havendo, na petição inicial, qualquer menção àquele ajuste, tampouco alegação de vício de consentimento no momento de sua assinatura, tem-se que os danos materiais decorrentes da mora da construtora foram

Acesso ao Sumário

devidamente equacionados pelas partes, sendo mesmo improcedente o pedido em relação a este particular.

10. Poder-se-ia cogitar de obrigação da requerida em restituir eventuais valores cobrados a mais sobre o saldo devedor em razão do atraso na entrega do bem.

11. Contudo, a autora instruiu mal sua ação, sem trazer a cópia do contrato havido entre as partes, não se sabendo, com precisão, qual seria o prazo final para o término do prazo de construção. Note-se que, no "quadro resumo" de fls. 31/33, fez-se menção à "data prevista para a conclusão das obras" como sendo **março de 2011**, "**observando-se a tolerância prevista na cláusula 10ª e seguintes**", cláusula esta que não veio ao conhecimento deste E. Tribunal.

12. Assim, considerando que a cláusula de tolerância no mercado de compra e venda de imóveis em construção é perfeitamente aceita pela jurisprudência deste E. Tribunal (Súmula 164), que "O descumprimento do prazo de entrega do imóvel objeto do compromisso de venda e compra não cessa a incidência de correção monetária, mas tão somente dos encargos contratuais sobre o saldo devedor" (Súmula 63), que a autora não fez prova de que foram aplicados juros ou índices de correção monetária abusivos sobre o saldo devedor e, finalmente, que "o direito não socorre aos que dormem", perdeu a autora a oportunidade de provar eventual cobrança abusiva e a restituição de indébito.

13. Finalmente, o caso dos autos não comporta indenização por danos morais. É que o mero inadimplemento contratual, conforme entendimento pacífico de nossa jurisprudência, não dá ensejo à reparação por dano moral.

14. Segundo Sérgio Cavalieri Filho, só se caracteriza 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" (Programa de responsabilidade civil, 2ª ed., SP: Malheiros, 1998, p. 78, apud Carlos Roberto Gonçalves, Responsabilidade civil, 8ª ed., SP: Saraiva, 2003, p. 549/550).

15. Nesse mesmo sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça reiteradas vezes:

> "CIVIL. DANO MORAL. NÃO OCORRÊNCIA. O recurso especial não se presta ao reexame da prova. O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias

Acesso ao Sumário

> no espírito de quem ela se dirige. Recurso especial não conhecido" (REsp 403919- MG, 4ª turma, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 15.5.2003, RSTJ 171/351).

16. Em verdade, "a indenização por dano moral não deve ser deferida por qualquer contrariedade, não se devendo estimular o enriquecimento indevido nem a chamada 'indústria do dano moral'" (REsp. nº 504.639 - PB, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, em 26/6/03, DJ de 25/8/03, pág. 323).

17. Confira-se, a propósito, lição do eminente Des. José Osório que, ao relatar a Ap. 83.060.4/5-00, j. 12/8/99, assim decidiu: "Nos casos de ilícito contratual, exige-se maior severidade para o reconhecimento do dano moral. Só mesmo em caso de dolo civil ou de culpa grosseira por parte do causador do dano. Nos demais casos, entende-se que os aborrecimentos sofridos são consequência natural da vida dos negócios. É o que aconteceu no presente caso, em que a ré teve algum motivo para explicar seu comportamento...".

18. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça mantém entendimento segundo o qual "o inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Embora a inobservância das cláusulas contratuais por uma das partes possa trazer desconforto ao outro contratante e normalmente o traz trata-se, em princípio, do desconforto a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade" (REsp. 338.162 - MG - STJ - 4ª Turma - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - J. 20.11.2001 - DJ de 18.02.2002) (grifei).

19. No caso concreto, não há situação de excepcionalidade que permita a conclusão de que os autores sofreram abalo em sua honra ou a qualquer valor psíquico, de maneira que o afastamento do pedido de indenização a este título é de rigor.

20. Neste sentido, confiram-se precedentes desta Corte e do C. Superior Tribunal de Justiça:

> "Dano moral. Mero constrangimento incapaz de configurar violação aos direitos da personalidade. Ausência de prova de que o aludido incidente tenha provocado abalo da honra ou qualquer valor íntimo ou psíquico da apelante. Recorrente não se desincumbiu do ônus probatório, demonstrando de maneira cabal a conduta lesiva do recorrido capaz de justificar pedido de reparação de danos, sendo de rigor o não acolhimento de sua pretensão (art. 333, I, do CPC). Recurso, nesta parte, improvido. (...) 2 - Melhor sorte não assiste à apelante quanto ao pedido de indenização por danos morais. Embora não se duvide dos aborrecimentos causados à apelante pelo evento em questão, tornaram-se relativamente comuns incidentes envolvendo atrasos na entrega

Acesso ao Sumário

de obra, como o ocorrido no caso em tela, não importando reparação o mero constrangimento incapaz de configurar violação aos direitos da personalidade. Não havendo prova e nesse caso não se presume o dano de ter o aludido incidente provocado abalo da honra ou qualquer valor íntimo ou psíquico da apelante, não se justifica a compensação em dinheiro, restando descabida, neste ponto, a reforma da r. sentença." (TJSP. Ap. 9285214-41.2008.8.26.0000, Rel. Des. José Joaquim dos Santos, 2ª Câmara de Direito Privado, DJ 16/10/2012). "Na verdade, meras aflições e irresignações são próprias dos negócios que são realizados no mundo todo e sem outras particularidades, como no caso, não estariam a justificar reparação por dano moral. Se todos os negócios devessem ser presumidos como a terem de desembocar num mar de rosas e a natureza humana não haveria sequer de ter que padecer dúvidas nem angústias, como é de se esperar dela, para honra de suas gerais características, nem as leis haveriam de prever sequer normas de reparação por danos materiais." (Tribunal de Justiça de São Paulo, 4ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível n° 140.905-4/7, de São Paulo, Relator Desembargador J. G. JACOBINA RABELLO, j. 26/6/2003).

"RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE RESCISÃO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - MORA DA CONSTRUTORA PROMITENTE VENDEDORA RESTITUIÇÃO INTEGRAL DAS PARCELAS PAGAS - CABIMENTO - IMPONTUALIDADE NA ENTREGA DO IMÓVEL - DANO MORAL - INEXISTÊNCIA, EM REGRA - PRECEDENTES - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. I - O

consumidor está autorizado, por nosso ordenamento jurídico, a pleitear a rescisão contratual, bem como a devolução imediata dos valores pagos. II - Decorrente da rescisão contratual, em virtude da mora injustificada da Construtora, promitente vendedora, a devolução integral das parcelas pagas é medida de rigor e está em consonância com a orientação preconizada por esta Corte Superior. III - Todavia, salvo circunstância excepcional que coloque o contratante em situação de extraordinária angústia ou humilhação, não há dano moral. Isso porque, o dissabor inerente à expectativa frustrada decorrente de inadimplemento contratual se insere no cotidiano das relações comerciais e não implica lesão à honra ou violação da dignidade humana. Precedentes. IV - Recurso especial parcialmente provido." (STJ. REsp 1129881/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, Data do julgamento: 15/09/2011).

21. Assim, diante do exposto, pelo meu voto, NEGO PROVIMENTO ao recurso, nos termos da fundamentação supra.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000932-29.2014.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que é apelante MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/A, é apelado LUCAS PENINSON (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram extinto, de ofício, o processo em relação ao pedido de devolução da comissão de corretagem e taxa de serviço de assessoria técnico-imobiliária e deram parcial provimento ao recurso da ré, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36113)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO GODOY (Presidente sem voto), FRANCISCO LOUREIRO e CHRISTINE SANTINI.

São Paulo, 22 de novembro de 2016.

RUI CASCALDI, Relator

Ementa: CONTRATO IMOBILIÁRIO - Compromisso de compra e venda de imóvel em construção - Atraso na entrega da obra - Indenização pelos gastos havidos com locação durante o período de mora - Perdas efetivas correspondentes aos danos materiais reconhecidos pela sentença apelada - Pedido não formulado na inicial - Condenação "ultra petita" - Adequação aos limites da pretensão - Lucros cessantes - Pedido existente, embora indevidamente expressado na inicial como "danos materiais" - Irrelevância - Disposição contratual que estabelece a entrega do imóvel em 24 meses após a assinatura do contrato de financiamento reconhecidamente abusiva - Conclusão da obra deve ser igual para todos os adquirentes - Prorrogação por 180 dias válida - Prazo que se mostra razoável para acobertar fatores extras - Súmula nº 164 deste E. Tribunal - Atraso na entrega do imóvel verificado - Caso fortuito ou força maior não verificados - Súmula 161 deste Egrégio Tribunal de Justiça - Reconhecimento de que o autor teria deixado de lucrar com descumprimento contratual - Indenização por lucros cessantes devida - Quantia

Acesso ao Sumário

reduzida para 0,5% (meio por cento) do preço pactuado por mês de atraso, de acordo com orientação desta Câmara - Multa moratória - Cumulação incabível - Condenação "bis in idem" - Legitimidade da ré para ressarcimento da "Taxa de Evolução de Obra", durante o atraso - Responsabilidade desta pelos danos relacionados ao atraso ocorrido por sua culpa - Devolução devida - Dano moral não configurado - Indenização afastada - Reembolso de comissão de corretagem e taxa SATI - Prescrição trienal - Extinto o processo em relação a estes pedidos, DE OFÍCIO e recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se de apelação de sentença, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação revisional de cláusula contratual c/c reparação de danos, para condenar a ré: **a)** ao pagamento de indenização decorrente do atraso na entrega da obra a ser apurado em fase de liquidação, indicando como parâmetros os mesmos critérios que incidiriam em caso de mora por parte dos autores; **b)** a indenizar estes pelos gastos havidos com locação durante o período de mora ou inviabilidade de dar em locação o bem adquirido (lucros cessantes) e pelas despesas havidas no período de evolução das obras, a ser apurado em fase de liquidação; **c)** ao ressarcimento do valor pago a título de corretagem/SATI, no total de R$ 3.020,00, corrigido monetariamente a partir do ajuizamento, com juros de 1% a partir da citação; e **d)** ao pagamento de indenização de danos morais no valor de R$ 10.000,00, com acréscimo de correção monetária a contar da prolação e de juros moratórios de 1% ao mês, a partir da citação. Porque sucumbente, a parte ré foi condenada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados estes em 10% sobre o valor da efetiva condenação (CPC, art. 20, § 3º).

Insurge a ré, preliminarmente, contra o ponto da decisão que a condenou ao pagamento de indenização por lucros cessantes e danos materiais, alegando que esta determinação é *extra petita*, eis que não pleiteados pelo autor. Sustenta ainda preliminarmente a sua ilegitimidade passiva "*ad causam*" para responder pela "Taxa de Evolução de Obra", cujos valores foram pagos diretamente à Caixa Econômica Federal, bem como para o ressarcimento dos valores pagos a título de comissão de corretagem e confecção de contrato, tendo os valores sido repassados à Assessoria Imobiliária e os serviços contratados pelo autor, e ainda, a incompetência da Justiça Estadual diante do litisconsórcio passivo necessário com a CEF.

Acesso ao Sumário

Quanto ao mérito, sustenta, em síntese, que não ocorreu o alegado atraso na entrega do imóvel, eis que o prazo estipulado para tanto é de 24 meses após o registro em cartório do contrato de financiamento do imóvel e que não pode responder por suposto atraso ocorrido pela prorrogação do prazo, por mais de 180 dias, em razão de caso fortuito ou força maior, com as devidas notificações ao autor, sendo indevida a aplicação de multa por atraso na entrega, cuja previsão contratual diz respeito, precipuamente, ao atraso do comprador no adimplemento das parcelas. Alega que incabível a indenização por danos morais, eis que ausente ato ilícito capaz de causar abalo psicológico ou moral à parte. Impugna, alternativamente, o *quantum* fixado a esse título, que considera desproporcional e desarrazoado.

Recurso processado com resposta do autor.

Oportunizada manifestação às partes, nos termos do art. 487, parágrafo único, do CPC/15, ante a possibilidade de prescrição da restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem ou de serviço de assistência técnico-imobiliária (SATI). Manifestaram-se as partes, não se opondo ao reconhecimento da prescrição de ofício.

É o relatório.

Realmente, o autor não pleiteou indenização pelos gastos havidos com locação durante o período de mora, ou seja, por perdas efetivas, que corresponderia aos danos materiais reconhecidos pela sentença apelada. Na verdade, nem mesmo alegou a existência de qualquer despesa a esse título, pelo que a sentença, ao deferir-lhe tal verba, extrapolou os limites da inicial, de modo que a decisão é, portanto, *ultra petita*.

Deve, assim, ser reduzida aos limites do pedido, sem necessidade de anulação.

Neste sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO* ULTRA PETITA. *REDUÇÃO AOS LIMITES DO PEDIDO. POSSIBILIDADE.*
>
> *A sentença* extra petita *é nula, não ocorrendo o mesmo com a sentença* ultra petita*, isto é, a que decide além do pedido. Esta, ao invés de ser anulada deverá ser reduzida aos limites do pedido. Nego provimento ao agravo regimental." (AgRg nos EDcl no Ag 885.455/SP, Rel. MIN. PAULO FURTADO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/BA), TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 04/08/2009).*

O mesmo não se pode dizer, no entanto, em relação à indenização por lucros cessantes, ou seja, o que o autor teria deixado razoavelmente de lucrar como consequência direta do alegado descumprimento contratual, correspondente à quantia equivalente a 1% do valor atualizado do imóvel, por mês, por todo o

Acesso ao Sumário

período de atraso, indevidamente expressada na inicial como "*danos materiais*".

Conforme lição do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, no julgamento do Resp 284/480/RJ, "*o pedido é o que se pretende com a instauração da demanda e se extrai da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, sendo de levar-se em conta os requerimentos feitos em seu corpo e não só aqueles constantes em capítulo ou sob a rubrica 'dos pedidos'*".

E, quanto a isso, tem-se que a condenação é mesmo devida.

Não deve prosperar a alegação da apelante de o termo inicial para entrega do imóvel deve ser contado a partir da "*data de assinatura do contrato de financiamento junto à Caixa Econômica Federal*".

Sabe-se que em 05/06/2010 firmaram as partes (o autor Lucas e a ré MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/A) instrumento de compromisso de compra e venda do apartamento nº 304, bloco 03 no loteamento "Reserva do Japi", tendo a ré se comprometido a concluir as obras "*até o último dia útil do mês mencionado no item 5 do quadro resumo, salvo se outra data for estabelecida no contrato de financiamento com instituição financeira*", hipótese em que deveria prevalecer esta última, podendo esse prazo ser prorrogado por até 180 dias e por tempo indeterminado na ocorrência de caso fortuito ou força maior (cláusula 5ª - fls. 220).

Referido quadro resumo estabeleceu, no entanto, que a entrega seria realizada em setembro de 2012, estipulando ainda que o comprador estaria ciente de que prevaleceria "*como data de entrega de chaves, para quaisquer fins de direito, 24 (vinte e quatro) meses após a assinatura do referido contrato* ***(de financiamento junto à CEF)*** *junto ao agente financeiro*" (fls. 215 - intromissão nossa).

Esta disposição contratual, que estabelece a entrega do imóvel em 24 meses após a assinatura do contrato de financiamento, é reconhecidamente abusiva, eis que visa apenas assegurar a irresponsabilidade da vendedora em relação a um suposto atraso indevido, injustificado, uma vez que a conclusão da obra deve ser igual para todos os adquirentes. Válido, portanto, o primeiro prazo estipulado, ou seja, setembro de 2012, admitida a prorrogação prevista por 180 dias, pois é sabida a dificuldade do ramo da construção civil quanto à mão de obra, dias que não se mostram úteis para o trabalho e problemas administrativos na regularização do empreendimento, sendo razoável o prazo estabelecido para acobertar tais fatores extras.

Acesso ao Sumário

Ademais, tal prazo de carência é notoriamente costumeiro nesse ramo contratual, devendo ser respeitado, conforme o art. 113 do Código Civil, conforme entendimento já assentado por este E. Tribunal de Justiça na Súmula nº 164:

"*É válido o prazo de tolerância não superior a cento e oitenta dias,*

para entrega de imóvel em construção, estabelecido no compromisso de venda e compra, desde que previsto em cláusula contratual expressa, clara e inteligível".

Feitas essas considerações, tem-se que ocorrido o atraso na entrega do imóvel, pois realizada em janeiro de 2014, ou seja, 10 meses após o prazo de tolerância de 180 dias, que se findou em março de 2013.

Não há como acolher a ocorrência de caso fortuito ou força maior, como alegado pelas rés, para justificar atraso na entrega, pois eventuais entraves burocráticos na expedição do habite-se, à semelhança de situações de falta de material, mão de obra, inadimplência, entre outras, são inerentes à atividade empresarial da ré e ao risco do próprio negócio, inclusive a incidência de condições climáticas adversas. O que não se pode admitir é tentar repassar ao consumidor esses ônus, exclusivos da atividade exercida pelas construtoras.

Neste sentido, é a Súmula 161 deste Egrégio Tribunal de Justiça:

"*Não constitui hipótese de caso fortuito ou de força maior, a ocorrência de chuvas em excesso, falta de mão de obra, aquecimento do mercado, embargo do empreendimento ou, ainda, entraves administrativos. Essas justificativas encerram 'res inter alios acta' em relação ao compromissário adquirente.*".

Responsável pelo atraso na entrega do bem, deve a ré responder pelos lucros cessantes reclamados pelo autor.

Todavia, referida indenização, conforme orientação sedimentada desta Câmara, merece reforma, devendo corresponder à fração de 0,5% (meio por cento) do preço pactuado por mês de atraso, monetariamente corrigida pelos índices da Tabela Prática deste TJSP, acrescida de juros de mora de 1% ao mês desde a citação.

Porém, apesar de reconhecido o atraso na entrega no bem, não há que se cogitar a imposição de multa moratória quando reconhecida a indenização a título de lucros cessantes.

Isso porque vem esta Câmara entendendo que, com a condenação das rés ao pagamento de indenização a título de lucros cessantes, a injunção de multa moratória, também em função do atraso na entrega do bem, constitui verdadeiro *bis in idem*, o que é inadmissível (e.g: Apel. 0008419-62.2012.8.26.0010, rel. Claudio Godoy, j. em 08.10.2013).

Ademais, nos termos da Súmula nº 159, do TJSP, "*É incabível a condenação da vendedora ao pagamento de multa ajustada apenas para a hipótese de mora do comprador, afastando-se a aplicação da penalidade por equidade, ainda que descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de venda e compra. Incidência do disposto no artigo 411, do Código Civil.*".

Acesso ao Sumário

Incabível, ainda, a indenização por dano moral decorrente de atraso na entrega do imóvel, merecendo, neste aspecto, acolhimento a pretensão recursal.

Tem esta Câmara decidido, de acordo com precedentes do C. STJ, que o mero inadimplemento contratual não gera indenização por danos morais, pois insuficiente para produzir dano na esfera íntima do indivíduo, além de que o descumprimento de obrigações contratuais não é de todo imprevisível, sendo cabível apenas quando há comprovação de sofrimento incomum e exacerbado, não ocorrido no caso.

Tem-se ainda que a ré é parte legítima para responder pela devolução de valores desembolsados a título de "*Taxa de Evolução da Obra*" no período de atraso a que deu causa.

Vale dizer, não fosse o atraso culposo da ré, a parte autora não despenderia tais valores.

Portanto, nessa medida, a legitimidade para responder ao pleito é unicamente da ré, porquanto somente dela a responsabilidade pelo atraso na entrega da obra, não havendo questionamento quanto à licitude ou não da cobrança dos valores cobrados pelo agente financeiro, não se reconhecendo a necessidade deste figurar no polo passivo da demanda.

Com relação à devolução do valor pago a título de "corretagem/SATI", a ação está prescrita.

Decidiu o C. STJ, sob o fundamento da abusividade da transferência desses encargos ao consumidor:

> *"REsp 1.551.956/SP - tema 0938 - Incidência da prescrição trienal sobre a pretensão de restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem ou de serviço de assistência técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere (artigo 206, §3º, IV, CC)". (endereço eletrônico constante no texto original).*

Assim, ajuizada a presente demanda em janeiro de 2014, perdeu o autor a pretensão de pleitear a devolução de valores pagos a tal título em julho de 2010 (fl. 75), decorridos, seguramente, mais de três anos, reconhecida, de ofício, a prescrição da cobrança de tais verbas.

Ante o exposto, DE OFÍCIO, **JULGA-SE EXTINTO** o processo em relação ao pedido de devolução da comissão de corretagem e taxa de serviço de assessoria técnico-imobiliária e **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso da ré, para revogar a condenação ao pagamento de indenização por danos materiais, não pleiteada pelo autor, e julgar improcedentes os pedidos de multa moratória e indenização por dano moral por este formulados e ainda reduzir a indenização por lucros cessantes para 0,5% (meio por cento) do preço pactuado por mês de atraso, mantidos os encargos estabelecidos pela sentença. Em consequência do resultado parcial ficam redistribuídos os encargos

Acesso ao Sumário

sucumbenciais, cabendo à ré 3/5 (três quintos) das custas e honorários fixados na origem e 2/5 (dois quintos) destes encargos aos autores.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1080918-14.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARIA ANTONIETTA LANGONE CERVETTO, é apelado MAPFRE VIDA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª 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 35.828)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (Presidente) e EGIDIO GIACOIA.

São Paulo, 28 de novembro de 2016.

DONEGÁ MORANDINI, Relator

Ementa: SEGURO. AÇÃO DE COBRANÇA.

1.- Seguro viagem. Contratação incontroversa. Discussão alinhada à cobertura ajustada entre as partes. Certificado de assistência em viagem que não equivale às condições gerais pactuadas. Contradição entre os documentos. Inexistência. Certificado que disciplina o resumo das coberturas e respectivos limites. Conjugação dessa matéria às condições gerais. Falta de entrega do segundo documento. Não acolhimento. Expressa indicação de sua disponibilidade ao segurado ao tempo da contratação.

2.- Indenização por danos materiais. Extensão da cobertura ao acompanhante. Pretensão contrária ao estabelecido na apólice. Abusividade da limitação, no caso, inexistente. Observância do disposto no art. 757 do Código Civil. Admissibilidade, entretanto, do reembolso dos valores dispendidos com a tradução juramentada da prova documental acostada pela autora. Documento imprescindível à propositura da ação. Resistência ofertada pela seguradora, por sua vez, que autorizava o ajuizamento da demanda, bem

Acesso ao Sumário

como a reparação pelos danos inerentes ao exercício do direito de ação.

3.- Indenização por danos morais. Não acolhimento. Reembolso de considerável parcela das despesas experimentadas pela segurada. Controvérsia subsistente, apenas, sobre parte do prejuízo material, arrimada, por sua vez, em discussão sobre o alcance das disposições contratuais. Inexistência, nesse caso, de ofensa aos direitos da personalidade. Simples discussão sobre a avença que não acarreta perturbação anormal à atividade psíquica da segurada. Precedentes.

4.- Honorários de sucumbência. Arbitramento de verba superior à estabelecida na r. sentença que restou anulada por este Tribunal. Suposta *reformatio in pejus*. Alegação, na espécie, inócua. Acréscimo, na condenação, dos valores dispendidos com a tradução juramentada que ocasionou a sucumbência recíproca entre os litigantes. Incidência do art. 21 do CPC-73, ordenamento vigente ao tempo do primeiro julgamento da demanda.

APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

1.- Ação de cobrança julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 305/311, cujo relatório é adotado, proferida pelo MM. Juiz de Direito Fernando Henrique de Oliveira Biolcati, após anulação da r. sentença de fls. 226/231, nos termos do v. acórdão proferido por esta Câmara (fls. 280/283).

Fê-lo a r. sentença, nesta ocasião, para "condenar a ré ao pagamento de indenização por danos materiais, no valor de RS 12.500,58, referente à remarcação de sua passagem aérea, acrescidos de correção monetária pela tabela do Tribunal de Justiça de São Paulo, desde a data do desembolso (25/10/2012 - fls. 106/107), e de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, por ser contratual a relação, nos termos do artigo 405, do Código Civil. Os demais pedidos indenizatórios são improcedentes".

Inconformada, recorre a autora.

Afirma, em breve síntese, que não foram observadas as disposições contratuais constantes do Código de Defesa do Consumidor, notadamente a falta de informação por parte da seguradora. Busca, assim, a parcial reforma do julgado para incluir, na condenação,

Acesso ao Sumário

a) estadia e despesas com alimentação em virtude de acompanhamento de Idoso "conforme faturas de estadia e comprovantes de despesas com alimentação em anexo" valor CHF 3.904,20 em 10/2012 (= R$ 2,18) - equivalente em moeda nacional R$ 8.511,15 (oito mil quinhentos e onze reais e quinze centavos);

b) passagem aérea de acompanhante (retorno ao Brasil vez que a acompanhante já se encontrava na Europa) - conforme bilhetes de viagem em anexo - valor USD 5302 em 10/2012 (= R$ 2,02) - equivalente em moeda nacional R$ 10.710,04 (dez mil setecentos e dez reais e quatro centavos);

c) reembolso com despesas relativas à tradução juramentada dos documentos anexados ao processo - conforme recibos em anexo - R$ 1.157,47 (mil cento e cinquenta e sete reais e quarenta e sete centavos);

d) indenização por danos morais - conforme argumentação lançada na petição inicial estimados em R$ 115.000,00 (cento e quinze mil reais);

e) custas, despesas processuais e honorários advocatícios a cargo da Apelada/Ré (invertendo a sucumbência lançada na sentença);

f) alternativamente, redução dos honorários de sucumbência majorados, indevida e injustamente, na segunda sentença proferida no processo.

Contrarrazões apresentadas às fls. 338/353.

É o RELATÓRIO.

2.- O apelo, em parte, comporta acolhimento.

Com efeito.

Reconhecido o acidente pessoal sofrido pela recorrente, evento que se ajustava à cobertura destacada na apólice securitária, adequada, em parte, a indenização securitária pleiteada, notadamente o custeio da passagem aérea, como disciplinado pela r. sentença recorrida, providência, aliás, sequer questionada pela seguradora, preservada a improcedência dos pedidos alusivos ao acompanhante, seja porque a internação não se prolongou pelo período contratado ou, ainda, porque a assistência ao menor ou idoso, segundo a apólice, é para as situações em que as referidas pessoas forem as acompanhantes e não a própria segurada, como se observa no presente caso.

Calca-se a insurgência, entretanto, no limite da cobertura ofertada, aludindo, nesta ocasião, descompasso entre o pronunciamento judicial e os ditames estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

Vale lembrar, entretanto, que a limitação contratual avençada entre as partes não se mostrou abusiva ou tampouco contrária ao ordenamento consumerista, representando, longe dessas objeções, efetiva equidade entre o prêmio quitado e a correspondente cobertura contratual, equacionamento que, no caso dos autos, não se mostrou eivado de vícios, com adequação, ao contrário, da disciplina trazida pelo art. 757 do Código Civil. Como já se decidiu, "**nem**

Acesso ao Sumário

se alegue, outrossim, com aquilo que estabelece o art. 47 do CDC ('As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor'). Na espécie, como visto, ausente qualquer dúvida ou falta de clareza a permear a contratação firmada entre as partes, restando bem delineado o quadro de cobertura dos danos e, principalmente, as exclusões" (Apelação Cível n. 0001777-27.2005.8.26.0428, de minha Relatoria).

Rejeita-se, depois, a alegada falta de informação. Disponibilizado o certificado de assistência em viagem, conforme o documento encartado pela própria recorrente (fls. 21), nenhuma dúvida paira em relação à entrega das condições gerais da apólice contratada, destacando-se que o certificado disciplina, expressamente, a entrega concomitante das condições gerais à segurada. É como, a propósito, decidiu o C. STJ: "**A alegação de que a administradora do cartão de crédito não prestou as informações adequadas sobre o produto que comercializava é desmentida pelos próprios termos da petição inicial, na qual o consumidor transcreve literalmente uma comunicação que recebeu, dando conta de que o seguro oferecido se referia apenas ao percurso de viagem" (STJ, REsp 947968/SP, Min. Nancy Andrighi).**

Além disso, é evidente que o certificado não equivale às condições gerais pactuadas, inexistindo contradição entre seus termos, considerando que o primeiro documento relata o resumo das coberturas e respectivos limites - segundo a própria redação destacada no instrumento de fls. 21 - ao passo que a abrangência e demais características pactuadas encontram-se disciplinadas nas condições gerais.

Portanto, não se verifica o afastamento das disposições protetivas disciplinadas pela Lei nº 8.078/90; do contrário, o equacionamento levado a efeito pela r. sentença recorrida disciplina a conjunção dessa legislação com o efetivamente pactuado pelos contratantes.

Com razão, depois, o inconformismo deduzido quanto ao reembolso das despesas com a tradução juramentada dos documentos, considerando que essa prova se mostrou necessária ao ajuizamento da ação. A demanda, por seu turno, é calcada no indiscutível interesse de agir da recorrente, anotando-se a alta litigiosidade que incide sobre os pleitos deduzidos na inicial.

Nesse cenário, indiscutível que essa despesa somente foi assumida a partir da recalcitrância apresentada pela recorrida, hipótese em que a responsável pelo prejuízo deve assumir o seu custeio, afastando-se, depois, a alegação de que essa prova sequer foi utilizada na relação processual, pois serviu à formação da convicção judicial e a apelada, se não bastasse, a ela fez expressa referência em sua contestação (fls. 152). O apelo, neste ponto, é provido para determinar o reembolso da quantia de R$-1.157,47 (um mil cento e cinquenta e sete reais e quarenta e sete centavos), atualizada monetariamente segundo a tabela prática

Acesso ao Sumário

do TJSP, a contar do desembolso, e com juros de mora legais a partir da citação.

Rejeita-se, no mais, o inconformismo apresentado quanto à reparação por danos morais. A parcial negativa de cobertura, no caso, é decorrente da interpretação contratual firmada pela recorrida. Essa particularidade, por si só, afasta o abuso atribuído à seguradora.

E se não bastasse, os relatos trazidos pela recorrente mostram-se distantes da lesão aos direitos da personalidade, providência necessária à indenização busca a este título. No fundo, nada houve de extraordinário na negativa securitária, inexistindo a menor relação desse evento com o agravamento da saúde psicológica da apelante, de modo que, ainda que patenteado o desgaste na solução do problema, essa circunstância é ínfima à ocorrência de lesão moral ostentada pela segurada, cuidando-se, assim, de simples inadimplemento contratual, o qual não se mostra compatível, de per si, com a reparação pretendida, consoante reiterada jurisprudência sobre a matéria: **"A jurisprudência desta Corte tem assinalado que os aborrecimentos comuns do dia a dia, os meros dissabores normais e próprios do convívio social não são suficientes para originar danos morais indenizáveis" (STJ, REsp 1399931/MG, Min. Sidnei Beneti)**.

E, finalmente, acrescidos os valores dispendidos com a tradução juramentada na verba sujeita à indenização, insuperável o reconhecimento da sucumbência recíproca entre os litigantes, destacando-se, neste tema, que o princípio da sucumbência é balizado juntamente com o princípio da causalidade, cujo equacionamento, *in casu*, autoriza a aplicação do disposto no art. 21 do CPC-73, dispositivo vigente ao tempo do primeiro julgamento da demanda, devendo cada parte se responsabilizar por metade das custas e despesas processuais, bem como pelos honorários de seus respectivos patronos, inexistindo vinculação à repartição da honorária decretada pela r. sentença anulada por este Colegiado, pois nova verba foi acrescida à condenação. Nesse sentido, aliás, é a orientação jurisprudencial: **"Não há que se falar em 'extrapolação dos limites da lide e do pedido', 'alteração do trânsito em julgado', ou 'reformatio in pejus', quando o Tribunal estadual substitui a sentença terminativa e, julgando o mérito da apelação, condena, mesmo sem conhecer do recurso adesivo, a recorrente ao pagamento dos honorários de sucumbência, fixando a verba honorária, visto que não determinada na sentença" (STJ, AgRg no REsp 1117861/SC, Min. Raul Araújo).**

Assim, o apelo é parcialmente provido para inserir as despesas com a tradução juramentada na verba indenizatória estabelecida pela r. sentença recorrida (fls. 305/311), reconhecendo-se a sucumbência recíproca entre os litigantes.

APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1014274-21.2015.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelada AYAKO INOUE, é apelante ITAÚ UNIBANCO S/A (ATUAL DENOMINAÇÃO DE BANCO ITAÚ S/A).

ACORDAM, em 20ª 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 32433)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS CARLOS DE BARROS (Presidente) e REBELLO PINHO.

São Paulo, 26 de setembro de 2016.

CORREIA LIMA, Relator

Ementa: DECLARATÓRIA E RESPONSABILIDADE CIVIL - Cartão de crédito - Alegada obtenção fraudulenta da tarjeta magnética de titularidade da autora por meliante que se fez passar por preposto do banco réu, clonagem e utilização do cartão de crédito para a realização de compras - Existência e validade do consentimento da vítima não demonstradas - Falha na prestação do serviço - Súmula nº 479 do Superior Tribunal de Justiça - Responsabilidade objetiva da instituição financeira - Risco profissional - Fato de terceiro relacionado diretamente com a atividade desenvolvida pelo banco réu - Excludente de responsabilidade civil não verificada - Débitos impugnados declarados inexigíveis - Dano moral configurado - Damnum in re ipsa - Indenização devida - Arbitramento realizado segundo o critério da prudência e razoabilidade - Procedência mantida - Recurso improvido.

VOTO

1. Trata-se de ação ordinária declaratória de inexigibilidade de débito c.c. indenização por dano moral (alegada obtenção fraudulenta da tarjeta magnética

de titularidade da autora por meliante que se fez passar por preposto do banco réu, clonagem e utilização do cartão de crédito para a realização de compras, fls. 1/14) intentada por Ayako Inoue contra Itaú Unibanco S.A., julgada procedente pela r. sentença de fls. 219/223, de relatório a este integrado, para declarar inexigíveis os valores referentes às transações impugnadas pela autora, bem como todos os acessórios, taxas, juros e multas cobrados em razão das operações e condenar o réu a restituir os valores indevidamente descontados, corrigidos desde o lançamento pela tabela do TJSP e acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês, contados da citação, apurando-se em liquidação, além de indenização por danos morais no valor de R$15.000,00, incidindo sobre a última verba juros de mora de 1% ao mês a partir da citação e correção monetária a partir da data do decisum e, em razão da sucumbência, o pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% do valor atualizado da condenação.

Inconformado, pelas razões expostas a fls. 235/243, o réu postula o provimento a fim de que a ação seja julgada improcedente.

O recurso é tempestivo, foi respondido e recolheu-se o preparo (fls. 244/247).

É o relatório.

2. O inconformismo não comporta provimento.

3. De início, convém assinalar que a relação jurídica de direito material existente entre as partes tem natureza de consumo, portanto, aplicáveis as normas do Código de Defesa do Consumidor ao caso posto em julgamento, especialmente a que permite a inversão do ônus da prova a fim de facilitar a defesa dos interesses do consumidor em juízo e a que determina ao fornecedor de serviço a prova de que, não obstante tenha sido prestado, o defeito na prestação do serviço inexiste (arts. 2º, 3º, 6º, inc. VIII e 14, § 3º, inc. I, da Lei nº 8.078/90).

O banco apelante, apesar de negar insistentemente qualquer espécie de responsabilidade no evento danoso em foco, imputando à apelada a culpa exclusiva pela ocorrência, em momento algum, demonstrou ter sido a consumidora quem efetivamente efetuou as compras indicadas na petição inicial (item 7, fls. 3) com o cartão de crédito de sua titularidade. Era, portanto, ônus do banco apelante não só provar ter sido a própria apelante quem realizou as operações impugnadas (fls. 56/57 e 61/62), pois somente ele tinha melhor condição técnica de providenciar referida prova em razão da impossibilidade e hipossuficiência da apelada em produzir prova negativa em seu favor, mas, sobretudo, que não houve falha de segurança do serviço bancário prestado (art. 14, § 3º, inc. I, do CDC).

Ora, como prestou serviços de administração de cartão de crédito (supostamente à apelada), cabia ao banco apelante demonstrar que, em nenhum momento, houve falha de segurança ao administrar recursos financeiros

Acesso ao Sumário

relacionados a operações de crédito realizadas por meio da tarjeta magnética de titularidade da apelada.

Isso porque é notório o uso de práticas ilícitas ou ardis pelos falsários, dentro ou fora das agências bancárias, para obtenção de cartões dos correntistas a fim de que sejam clonados, falsificação de assinaturas e uso indevido de senhas, cumprindo salientar que nem sempre compras e saques indevidos ou a contratação de empréstimos ocorre em razão de negligência do consumidor. A cada dia que passa surgem novas formas de fraudes bancárias no mercado de consumo, o que demonstra a inteligência, sutileza e astúcia dos estelionatários, as quais são capazes de enganar até os mais instruídos em grau de escolaridade, de modo que os riscos advindos da atividade econômica desenvolvida pelas instituições financeiras jamais podem ser transferidos aos consumidores, notadamente porque, atualmente, conhecedoras dessa ardileza e sutileza, elas contam (e aparatam-se) com grande arsenal tecnológico com o propósito de evitar prejuízos ao patrimônio de seus clientes, mas, principalmente, não diminuir o prognóstico de lucros decorrentes de sua atividade.

Também é cediço que os bancos atuam como prestadores de serviços e, nestas condições, segundo já salientado, submetem-se à legislação consumerista, respondendo objetivamente pelos danos advindos aos consumidores por defeitos relativos à atividade exercida, conforme preceitua o art. 14 da Lei 8.078/90, in verbis:

"O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

(...)

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro".

Destarte, o prestador de serviço responde, independentemente de ter agido com culpa ou não na execução de suas tarefas, pelo dano causado ao consumidor, caso porventura não exista alguma das excludentes previstas no parágrafo 3º do dispositivo legal mencionado.

Nesse contexto, mesmo sustentando que o serviço prestado não foi defeituoso, o banco apelante permitiu que fossem concretizadas operações de crédito totalmente fora do padrão de consumo da apelada. Não tivesse, pois, falhado o serviço de segurança relacionado ao cartão de crédito administrado pelo banco apelante, por certo, as operações de crédito impugnadas não teriam sido finalizadas pela administradora do cartão de crédito de titularidade da apelada.

Acesso ao Sumário

Em verdade, ao agir como administrador de recursos de terceiros, a instituição bancária tomou para si a responsabilidade pelas transações indevidas, sujeitando-se à atividade de fraudadores e estelionatários, em razão de cuja ação espúria não foi capaz de evitar a ocorrência de prejuízo à correntista.

Ademais, não se pode cogitar da presença da excludente de responsabilidade por culpa exclusiva de terceiro, pois os danos causados à apelada decorreram do defeito de segurança do próprio serviço prestado pelo apelante. Trata-se, pois, de fato de terceiro intrinsicamente ligado à atividade desenvolvida pelo apelante (fortuito interno), razão pela qual sua responsabilidade por danos não pode ser excluída, sob pena de transferir o risco do negócio que explora ao consumidor de seus serviços.

O apelante, portanto, responde pelos danos causados ao apelado em decorrência da teoria do risco do negócio, prevista no art. 927, p. único, do Código Civil, bem como no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Por essa teoria, o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de seus serviços, salvo se comprovar a inexistência de defeito, a culpa exclusiva do consumidor ou fato de terceiro totalmente alheio ou independente da atividade por ela desenvolvida (fortuito externo), cujo risco foi assumido ao optar por administrar recursos de terceiros ou conceder dinheiro ou crédito no mercado de consumo.

Em casos análogos já decidiriam esta E. Corte e o C. Superior Tribunal de Justiça, in verbis:

"CONSUMIDOR. Responsabilidade civil. Correntista que sofre golpe dentro de agência bancária. Dano moral.

1. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras (STJ, Súmula 297).

2. As instituições financeiras têm o dever legal de garantir a segurança de seus clientes dentro de suas dependências e respondem objetivamente pelo defeito na prestação de serviço, decorrente da falha no sistema de vigilância e monitoramento que permite que criminosos permaneçam dentro de suas agências.

3. As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias (STJ, Súmula 479).

4. A indenização por dano moral deve ser suficiente para compensar o abalo moral sofrido pela vítima, bem como para punir e inibir a reincidência da conduta lesiva do ofensor.

5. A movimentação fraudulenta em conta-corrente caracteriza ato ilícito de modo que o termo inicial dos juros moratórios é a data do evento (STJ,

Acesso ao Sumário

Súmula 54).

Recurso não provido, com observação." (TJSP-18ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 0001258-14.2012.8.26.0038 - Araras, J. 10.12.2014, vu, Rel. Des. WILLIAM MARINHO, voto nº 26.473).

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. SAQUES SUCESSIVOS EM CONTA-CORRENTE. NEGATIVA DE AUTORIA DO CORRENTISTA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

- É plenamente viável a inversão do ônus da prova (art. 333, II, do CPC) na ocorrência de saques indevidos de contas-correntes, competindo ao banco (réu da ação de indenização) o ônus de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

- Incumbe ao banco demonstrar, por meios idôneos, a inexistência ou impossibilidade de fraude, tendo em vista a notoriedade do reconhecimento da possibilidade de violação do sistema eletrônico de saque por meio de cartão bancário e/ou senha.

- Se foi o cliente que retirou o dinheiro, compete ao Banco estar munido de instrumentos tecnológicos seguros para provar de forma inegável tal ocorrência.

Recurso especial parcialmente conhecido, mas não provido." (STJ-3ª Turma, REsp nº 727.843-SP, Reg. nº 2005/0031192-7, J. 15.12.2005, vu, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, in Jurisprudência do STJ e RDDP 40/145).

Outrossim, a questão foi sumulada pelo STJ, no verbete nº 479:

"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 vertente caso, a instituição financeira apelante não se desincumbiu do ônus de provar a ocorrência de culpa exclusiva da consumidora ou de fortuito externo capaz de romper o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, de sorte que havia mesmo de ser acolhido os pedidos declaratório de inexigibilidade dos valores referentes às transações impugnadas (item 7 da petição inicial, fls. 3), inclusive dos acessórios incidentes sobre a dívida (juros, taxas e multas) e de indenização por dano material (restituição dos valores indevidamente descontados) e moral.

4. De outro lado, a ofensa moral reclamada é resultante inexorável dos transtornos (especialmente porque tentou, inúmeras vezes, resolver o problema administrativamente - os constantes contatos telefônicos com informação de protocolos de atendimento sequer foram impugnados pelo banco apelante em contestação), angústia, frustração e abalo psicológico causado à apelada em decorrência da fraude praticada por terceiros, mas que somente foi concretizada porque houve falha de segurança do serviço prestado pelo banco apelante.

Acesso ao Sumário

É damnum in re ipsa, que importuna desde logo o sujeito passivo do injusto desfalque, não se tratando de mero desassossego.

Nesse sentido, aliás, o E. Superior Tribunal de Justiça deixou assentado:

"CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. SAQUES IRREGULARES EFETUADOS EM CONTA CORRENTE. DANOS MATERIAIS RECONHECIDOS. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. VALOR INDENIZATÓRIO DEVIDO. FIXAÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. REEXAME DOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ.

1. Tendo o Tribunal a quo examinado, fundamentadamente, todas as questões suscitadas pelo recorrente, tanto em sede de apelação como em embargos (fls. 141/144, 167/169), não há falar na ocorrência de omissão e, pois, de ofensa ao art. 535, II, do CPC.

2. No pleito em questão, os saques irregulares efetuados na conta-corrente do autor acarretaram situação evidente de constrangimento para o correntista (que, como reconhece, expressamente, o Tribunal 'perdeu quase todo o seu dinheiro que tinha em sua conta corrente'), caracterizando, por isso, ato ilícito, passível de indenização a título de danos morais. Segundo precedentes desta Corte, em casos como este, o dever de indenizar prescinde da demonstração objetiva do abalo moral sofrido, exigindo-se como prova apenas o fato ensejador do dano, ou seja, os saques indevidos por culpa da instituição ora recorrida: 'a exigência de prova do dano moral se satisfaz com a comprovação do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam' Precedentes (...) Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido." (STJ-4ª Turma, REsp 797.689/MT, J. 15.08.2006, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, DJ 11.09.2006, p. 305).

5. Bem configurado, pois, pelos fundamentos expostos, o dano moral, resta analisar o seu quantum.

É certo que, de um lado, há que dissuadir o autor do ilícito ou responsável para não reiterar a conduta lesiva (valor de desestímulo) e, de outro, compensar a vítima pelo vexame, humilhação ou transtorno a que acometida. Não pode, entretanto, o dever reparatório ser convertido em instrumento propiciador de vantagem exagerada ou de enriquecimento ilícito nem tampouco ser irrisório.

Na fixação do quantum, por tais motivos, leva-se em conta o perfil econômico da vítima (aposentada, fls. 1), a capacidade financeira da entidade ofensora, as circunstâncias do caso concreto e a repercussão social do dano.

Desta feita, sob o influxo do critério prudencial e da razoabilidade, a indenização estimada em primeiro grau (R$15.000,00) deve ser mantida, porquanto arbitrada em patamar condizente com os transtornos sofridos pela apelada, anotando-se que eventual diminuição não compensaria a lesão

Acesso ao Sumário

extrapatrimonial sofrida pelo apelado nem produziria eficácia suficiente para servir de advertência ao agente causador do dano.

5. Isto posto nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0052397-13.2011.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante EUNICE DE SOUZA OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados SÃO BERNARDO DO CAMPO TRANSPORTES SPE LTDA. - SBC TRANS e COMPANHIA MUTUAL DE SEGUROS.

ACORDAM, em 19ª 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 32.912)**

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

São Paulo, 26 de setembro de 2016.

RICARDO NEGRÃO, Relator

Ementa: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - "Ação de reparação de danos materiais c/c indenização por danos morais" - R. sentença que julgou improcedente a demanda - Alegação de aplicabilidade da legislação consumerista - Ocorrência - Serviços de transporte de passageiros - Relação consumerista caracterizada.

RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR - "Ação de reparação de danos materiais c/c indenização por danos morais" - R. sentença que julgou improcedente a demanda - Alegação de que a responsabilidade da transportadora é objetiva, e que ainda que comprovada a culpa de terceiro, responde pelos danos causados ao passageiro durante o percurso contratado - Descabimento - Os fatos decorridos não tiveram a colaboração do preposto, tratando-se de culpa exclusiva de terceiro - Hipótese

Acesso ao Sumário

na qual, não há como não se verificar a incidência da hipótese do inc. II do § 3º do art. 14 do CDC - Decisão mantida - Recurso de apelação não provido.

Dispositivo: Negam provimento ao recurso.

VOTO

Recurso de apelação interposto pela Sra. Eunice de Souza Oliveira dirigido à r. sentença proferida pelo Dr. Carlo Mazza Britto Melfi, MM. Juiz de Direito da E. 5ª Vara Cível da Comarca de São Bernardo do Campo, na denominada "ação de reparação de danos materiais c/c indenização por danos morais" que promove contra São Bernardo do Campo Transportes SPE Ltda., com posterior aceitação de denunciação à lide da seguradora Companhia Mutual de Seguros (fl. 116).

O nobre Magistrado julgou improcedente a demanda nos termos do art. 269, inc. I, do CPC, bem como condenou a apelante ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R$ 1.000,00, com observação à gratuidade processual. Em relação à lide secundária, condenou a empresa de transportes a arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 900,00.

Ponderou que não houve prescrição, pois não consumado o período de cinco anos, conforme previsão existente no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, e que entende que a situação do roubo ocorrida no interior do veículo constitui caso de força maior, o que interrompe o nexo causa entre o serviço prestado pela empresa ré e o evento ilícito danoso, nos termos do art. 734 do Código Civil (fl. 193-197).

Em razões recursais, a suplicante sustenta que a responsabilidade da transportadora é objetiva, e que ainda que comprovada a culpa de terceiro, responde pelos danos causados ao passageiro durante o percurso contratado, e que a relação contratual se submete ao regramento específico do Código de Defesa do Consumidor.

Aponta a existência de entendimento de que rompido o nexo de causalidade, por afastada se tem a responsabilidade civil do transportador, mas indicando alguns casos em que a indenização foi mantida pelo STJ, requerendo que seja dado provimento ao pedido de indenização por danos morais, afim de tentar amenizar o seu prejuízo e angústia, bem como que as verbas de sucumbência sejam atribuídas totalmente à empresa de transportes.

Com estes fundamentos, pugna pela reforma da r. sentença (fl. 202-216).

Sem preparo em razão da gratuidade concedida (fl. 40).

Contrarrazões de ambos os réus pelo não provimento do recurso (fl. 220-224 e 226-232).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

I - DA TEMPESTIVIDADE

O recurso é tempestivo. A r. sentença foi disponibilizada no Diário da Justiça eletrônico aos 9 de janeiro de 2014 (fl. 200-201), e considerada publicada no dia seguinte (10/1/2014). Por sua vez, o recurso de apelação foi interposto, por protocolo integrado, aos 17 de janeiro de 2014 (fl. 202), dentro, pois, do decêndio legal.

II - DA MATÉRIA DE FUNDO

A inicial descreve que a Sra. Eunice de Souza Oliveira, encontrava-se, em 13 de novembro de 2008, no interior de ônibus da Empresa São Bernardo do Campo Transportes SPE Ltda. Por volta da 23:00h, na altura do km 25,5 da Rodovia Anchieta, três rapazes adentraram ao coletivo portando arma de fogo e anunciaram um assalto.

Relata que um dos meliantes travou luta corporal com um policial militar, tendo sido disparados tiros, tendo um acertado o seu ombro. Diz que precisou se submeter a cirurgia, e que um braço ficou menor que o outro, que precisou de acompanhamento psicológico, e que não conseguiu retornar às suas atividades laborativas (fl. 3-4).

Pleiteou, em razão desse episódio: (a) danos materiais orçados em dois salários mínimos por mês, até a data em que complete 70 anos de idade; (b) danos morais no importe de R$ 50.000,00 e (c) danos estéticos no importe de R$ 80.000,00. O fundamento jurídico dos pedidos é a responsabilidade objetiva da empresa.

Regularmente citada, a requerida contestou (fl. 43-64), alegando prescrição, denunciação a lide da seguradora, e ocorrência de excludente do nexo de causalidade por se tratar de caso fortuito. Subsidiariamente, necessidade de fixar os danos com equidade.

Deferida a denunciação à lide (fl. 116), a seguradora apresentou contestação alegando prescrição, caso fortuito externo como elisão do dever indenizatório, e improcedência da pretensão por danos morais bem como do pensionamento pretendido (fl. 123-141).

Réplica em fl. 112-115 e 184-186, e manifestação da empresa de transporte à contestação da seguradora às fl. 180-183.

As partes indicaram as provas que pretendem produzir (fl. 189-190 e 191), sobrevindo a r. sentença combatida.

III - DA INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Aplicável ao caso concreto o Direito do Consumidor tendo em vista a existência de uma relação jurídica de consumo, isto é, de um lado temos a autora consumidora e de outro lado o transportador ou fornecedor, tendo por objeto a

Acesso ao Sumário

aquisição de um serviço.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece, em seu artigo 2º:

"Art. 2º: Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final."

"Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo."

Adotado, assim, o conceito de que consumidor é todo aquele que adquire um produto ou um serviço, enquanto destinatário final, como no caso concreto, o serviço de transporte de passageiros.

Para o fornecedor, o mesmo Diploma Legal prescreve em seu artigo 3º:

"Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, púbica ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade 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."

"§ 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."

O conceito adotado pelo Código de Defesa do Consumidor para fornecedor é amplo, englobando qualquer agente que exerça uma atividade no mercado de consumo de forma habitual.

Portanto, as empresas que prestam serviços de transporte de passageiros no mercado de consumo, enquadram-se no conceito de fornecedor, e tanto os passageiros como os equiparados são considerados consumidores, essa relação configura-se típica de consumo e se aplica o Código de Defesa do Consumidor.

Assim, pela aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor no contrato de transporte de passageiro, a responsabilidade objetiva é aplicável, tendo como base a teoria do risco do negócio, isto é, aquele que exerce uma atividade, qualquer que seja ela, deve assumir os riscos a ela inerentes ou riscos dela decorrentes.

IV - DA RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR

A condição de passageira da autora encontra-se suficientemente demonstrada pelos elementos probatórios, em especial pelos documentos de fl. 23-39, que informam a data, local, hora e dinâmica dos fatos.

Por outro lado, ambas as contestações não negam a qualidade de passageira, nem a ocorrência do acidente, suscita exclusão de responsabilidade em razão de caso fortuito (fl. 47-51 e 128-131).

E uma vez que a legislação consumerista é aplicável ao caso, deve-se

Acesso ao Sumário

verificar o que microssistema protetivo diz a respeito do tema.

O art. 14 do Código de Defesa do Consumidor assim dispõe:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre, sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

E no caso concreto, não há como não se verificar a incidência da hipótese do inc. II do § 3º do art. 14 do CDC, posto que os fatos decorridos não tiveram a colaboração de seu preposto, tratando-se de culpa exclusiva de terceiro.

Neste sentido o entendimento do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ASSALTO NO INTERIOR DE ÔNIBUS COLETIVO. FORÇA MAIOR. CASO FORTUITO. EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DA EMPRESA TRANSPORTADORA. CONFIGURAÇÃO. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. REVELIA. PRESUNÇÃO RELATIVA. PROVIMENTO NEGADO.

1. Este Tribunal já proclamou o entendimento de que fato inteiramente estranho ao transporte (assalto no interior de ônibus) constitui caso fortuito, excludente de responsabilidade da empresa transportadora. Entendimento pacificado pela eg. Segunda Seção desta Corte. Precedentes.

2. Nos casos de revelia, ocorre apenas a presunção relativa de veracidade dos fatos afirmados na inicial, devendo o julgador atentar para a prova dos fatos da causa, podendo negar provimento ao pedido, como ocorreu no presente caso.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 531.739/SP, Quarta Turma, Rel. Ministro Raul Araújo, julgado aos 05/02/2015,

Acesso ao Sumário

publicado no DJe aos 23/02/2015).

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, ESTÉTICOS E MATERIAL. ASSALTO À MÃO ARMADA NO INTERIOR DE ÔNIBUS COLETIVO. CASO FORTUITO EXTERNO. EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DA TRANSPORTADORA.

1. A Segunda Seção desta Corte já proclamou o entendimento de que o fato inteiramente estranho ao transporte em si (assalto à mão armada no interior de ônibus coletivo) constitui caso fortuito, excludente de responsabilidade da empresa transportadora.

3. Recurso conhecido e provido. (REsp n. 726.371-RJ, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, julgado aos 7/12/2006, publicado no DJ aos 5/2/2007 p. 244).

Assim, verifica-se correto o entendimento do nobre Magistrado (fl. 194-196):

Controvertem as partes acerca da responsabilidade civil da autora para a reparação dos danos sofridos pela autora em decorrência de assalto ocorrido no interior de ônibus coletivo em que se encontrava, bem como acerca do **quantum debeatur** das eventuais indenizações. A pretensão da autora é improcedente.

A situação do roubo ocorrida no interior do veículo constitui caso de força maior, o que interrompe o nexo causal entre o serviço prestado pela empresa ré e o evento ilícito danoso. Não se trata de deficiência do serviço, mas sim de fato inevitável praticado pelos roubadores, que só a segurança pública estatal poderia eventualmente evitar. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ASSALTO NO INTERIOR DE ÔNIBUS. CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O fato de terceiro, que não exime de responsabilidade a empresa transportadora, é aquele que guarda uma relação de conexidade com o transporte.

2. Segundo pacífico entendimento firmado nesta Segunda Seção, a ocorrência de assalto no interior de composição ferroviária mostra-se fato inteiramente alheio à relação de transporte propriamente dita, excluindo a responsabilidade da empresa concessionária de transporte público.

3. Agravo improvido.

(AgRg no Resp 960.578/SP, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 18/09/2007, DJ 08/10/2007 p. 315).

"**RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE COLETIVO. ASSALTO À MÃO ARMADA. FORÇA MAIOR**".

Constitui causa excludente da responsabilidade da empresa transportadora o fato inteiramente estranho ao transporte em si, como é o assalto ocorrido no interior do coletivo. (REsp 435865/RJ; RECURSO

Acesso ao Sumário

ESPECIAL 2002/0065348-7 - Ministro BARROS MONTEIRO - SEGUNDA SEÇÃO - 09/10/2002 - DJ 12.05.2003 p. 209).

"AGRAVO REGIMENTAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO ASSALTO - INTERIOR DE ÔNIBUS - RESPONSABILIDADE DA EMPRESA - EXCLUDENTE - CASO FORTUITO - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO. I. Fato inteiramente estranho ao transporte (assalto à mão armada no interior de ônibus coletivo), constitui caso fortuito, excludente de responsabilidade da empresa transportadora. II. O agravante não trouxe qualquer argumento capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. Agravo improvido." (AgRg no Ag 711.078/RJ Rel. Min. SIDNEI BENETI Terceira Turma j. 16.09.2008 DJe 30.09.2008).

Trata-se de aplicação expressa do artigo 734 do Código Civil, de modo que, o transportador deve responder pelos danos causados às pessoas transportadas, exceto nos casos de força maior, como no caso dos autos. Se utilizado o sistema do Código de Defesa do Consumidor, nem mesmo se poderia falar em "serviço defeituoso", em virtude do evento estranho à sua prestação.

Ademais, a empresa transportadora não tem obrigação de arcar com aparatos de segurança, como instalação de câmeras ou outros mecanismos tecnológicos, pois se estaria impondo verdadeira inversão de funções entre o particular e o poder público. Não se pode exigir do particular que atue no lugar da polícia, nem ele evidentemente pode substituí-la, ressalvadas as localidades em que a especial vigilância é inerente aos serviços prestados, como ocorre com as instituições bancárias.

Destarte, nenhuma modificação a fazer na bem lançada r. sentença proferida pelo Dr. Carlo Mazza Britto Melfi.

Em razão do exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1013500-76.2015.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SONIA MARIA BARREGUDA EVANGELISTA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO DO BRASIL 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 do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42565e)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAURÍCIO

Acesso ao Sumário

PESSOA (Presidente sem voto), THIAGO DE SIQUEIRA e LÍGIA ARAÚJO BISOGNI.

São Paulo, 6 de outubro de 2016.

MELO COLOMBI, Relator

Ementa: CONTRATO. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. MUTUÁRIO INTERDITADO. INVALIDADE. RESTITUIÇÃO DO VALOR DAS PARCELAS. INADMISSIBILIDADE.

1. O banco concedeu empréstimo a cliente interditado.

2. E, embora não tenha sido comunicado da interdição, em se tratando de incapacidade absoluta, o negócio é nulo de plano, despicienda a alegada "inocência". Precedente do E. STJ.

3. Todavia, o curador não negou que os valores mutuados tenham revertido à incapaz.

4. E, em se tratando de descontos consignados na folha do soldo da aposentadoria do interdito junto à Municipalidade de São Paulo, não poderia o curador alegar desconhecimento do negócio.

5. De maneira que a ordem de restituição acarretaria enriquecimento indevido da parte.

6. Recurso parcialmente provido.

VOTO

A r. sentença (fls. 73/77 e 94/95), cujo relatório se adota, julgou improcedentes os pedidos deduzidos por Divino Carlos Evangelista (na qualidade de curador de Sonia Maria Barreguda Evangelista) contra Banco do Brasil S/A, à falta de provas da falta de condições da interdita para gerir as atividades da vida civil e de que o valor mutuado não a beneficiou.

Inconformado, apela o vencido sustentando a nulidade da avença contraída pela absolutamente incapaz, assim reconhecida por sentença transitada em julgado. Pugna pela reforma do julgado para o acolhimento de suas pretensões.

Recurso bem processado e respondido.

É o relatório.

A certidão de fls. 22/23, do cartório do Primeiro Ofício da Família e Sucessões do Foro Regional VII - Itaquera comprova que a autora foi interditada por sentença proferida nos autos do processo nº 3289/97, transitada em julgado em 5.3.99, que nomeou o senhor Divino Carlos Evangelista, esposo

Acesso ao Sumário

da interditada, como seu curador definitivo.

Nessa esteira, "data venia" do entendimento preconizado pelo ilustre magistrado "a quo", temos que a declaração de nulidade dos negócios celebrados com o banco/réu, independente de sua ciência a respeito da condição da autora, se impõe.

Nesse sentido, confira-se: STJ Resp 38.353-RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 1º.3.2001, DJ 23.4.2001, p.158.

De rigor, pois, o decreto de nulidade, com ordem de cessação dos descontos futuros, incidentes sobre verba de natureza alimentar.

Com relação ao pedido de restituição das parcelas descontadas, "data venia", penso que não deve proceder.

Isso porque, em primeiro lugar, em momento algum o autor negou que os valores mutuados tivessem revertido à interdita.

Depois, em se tratando de descontos consignados diretamente do soldo de aposentadoria do incapaz junto à Municipalidade de São Paulo (vide demonstrativo de pagamento copiado às fls. 24), imprescindível a autorização da fonte pagadora (cuja ciência a respeito da interdição o curador não logrou demonstrar).

E, constando os débitos na folha de pagamento da interdita, não poderia o curador alegar desconhecimento do negócio.

De maneira que o acolhimento do pedido de repetição, diante das peculiaridades do caso, no meu pensar, acarretaria enriquecimento indevido da parte autora.

Posto isto, dá-se parcial provimento ao recurso para acolher os pedidos de anulação dos contratos e de abstenção da "negativação" do nome da interdita.

Com isso, repartem-se as custas, despesas processuais e os honorários de sucumbência na proporção de 75% a cargo do réu e, o restante, da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0974612-98.2012.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante ROBERTO CESAR DE LACERDA OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO PAN 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: "Conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida, negaram-lhe provimento. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este

acórdão. **(Voto nº 22830)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), SANDRA GALHARDO ESTEVES e CASTRO FIGLIOLIA.

São Paulo, 25 de outubro de 2016.

TASSO DUARTE DE MELO, Relator

Ementa: AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO. "Contrato de abertura de crédito - veículos".

INOVAÇÃO RECURSAL. Encargos de inadimplência. Abusividade. Inadmissibilidade de alegação em sede recursal. Violação ao princípio do duplo grau de jurisdição. Recurso não conhecido neste ponto.

CERCEAMENTO DE DEFESA. Inocorrência. Prova pericial desnecessária. Questões de direito. Julgamento antecipado possível. Preliminar afastada.

CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. Possibilidade de capitalização em prazo inferior a um ano. Medida Provisória nº 1963-17/2000, perenizada pela EC nº 32/2001. Previsão contratual expressa. Contrato posterior à vigência da norma. Inteligência das Súmulas nº 539 e nº 541 do C. STJ. Recurso não provido.

TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS. Abusividade. Inocorrência. Necessidade de se observar o Custo Efetivo Total da Operação. Taxa de juros efetivamente cobrada inferior à taxa contratada. Recurso não provido.

Recurso parcialmente conhecido e, na parte conhecida, não provido.

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 83/86) interposta por Roberto Cesar de Lacerda Oliveira contra a r. sentença (fls. 73/79) proferida pela MMª. Juíza de Direito da 10ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto, Dra. Rebeca Mendes Batista, que julgou improcedentes os pedidos deduzidos na inicial.

Sustenta o Apelante: (i) a ocorrência de cerceamento de defesa, vez

que imprescindível a produção de prova pericial; (ii) a nulidade da cláusula "encargo de inadimplemento", que permite a cobrança de multa superior a 2% (dois por cento), mais comissão de permanência e juros moratórios; (iii) a ilegalidade da cobrança de juros capitalizados em período inferior a um ano; (iv) a irregularidade na utilização da Tabela "Price"; e (v) que o Apelado estaria aplicando taxa de juros superior à contratada.

Contrarrazões às fls. 94/104.

Ausente oposição ao julgamento virtual (fls. 110).

É o relatório.

O recurso deve ser parcialmente conhecido e, na parte conhecida, não comporta provimento.

Trata-se de ação revisional das cláusulas do "Contrato de Abertura de Crédito - Veículos" celebrado entre as partes em 28.07.2011 (fls. 12/15).

Inovação recursal.

Na petição inicial (fls. 02/05), o Apelante não sustentou a nulidade da cláusula que dispõe sobre os encargos de inadimplência, razão pela qual não foi objeto de julgamento na r. sentença.

Houve inovação em sede recursal, sem exame prévio da questão pelo juízo *a quo*, o que é vedado, pena de violação ao princípio do duplo grau de jurisdição, conforme o seguinte julgado:

> "ADMINISTRATIVO - PROCESSUAL CIVIL - RMS - PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO - INOVAÇÃO RECURSAL - DELEGADOS DE POLÍCIA ESTADUAL - DEMISSÃO - COMPETÊNCIA DE SECRETÁRIO DE ESTADO - DELEGAÇÃO - LEGALIDADE - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - CERCEAMENTO DE DEFESA - INEXISTÊNCIA E AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. I- Verificando-se que parte da fundamentação tecida nas razões do recurso ordinário não foi objeto de discussão perante a Corte a quo, justamente porque não foi assinalada na exordial, impõe-se não conhecer do apelo, quanto a este pormenor, sob pena de restar violado o princípio do duplo grau de jurisdição." (STJ, RMS 12358/TO, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, j. 22/10/2002)

Por essa razão, não se conhece desta matéria.

Cerceamento de defesa.

Não há que se falar em nulidade da r. sentença por cerceamento de defesa na espécie, pois a revisão de cláusulas contratuais é questão puramente de direito e sua solução não depende de prova pericial, conforme decide reiteradamente o C. STJ (REsp 1.320.440/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 07/03/2013) e esta C. Câmara (Ap. 0008927-07.2012.8.26.0269, Rel. José Reynaldo, j. 04/11/2013; e Ap. 0013824-47.2008.8.26.0066, Rel. Castro

Acesso ao Sumário

Figliolia, j. 31/07/2013).

Preliminar rejeitada.

Capitalização de juros.

A edição da Medida Provisória nº 1.963-17/2000, reeditada sob o nº 2.170-36/2001, cujos efeitos foram perenizados em razão do disposto no art. 2º da Emenda Constitucional nº 32/2001, possibilita a cobrança de juros capitalizados, em periodicidade inferior a 12 (doze) meses, pelas empresas integrantes do Sistema Financeiro Nacional nas suas operações de crédito.

Nesse sentido, o C. STJ, recentemente, editou a Súmula nº 539:

"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 1.963-17/00, reeditada como MP 2.170-36/01), desde que expressamente pactuada."

Ainda, o C. STJ pacificou o entendimento de que a previsão de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança dos juros capitalizados mensalmente, conforme Súmula nº 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."

Na espécie, o contrato é posterior à edição da referida norma e há previsão contratual expressa que permite a capitalização mensal de juros, conforme se constata da taxa anual cobrada - 28,35% a.a. - que, se decomposta em doze meses, é superior à taxa mensal - 2,07% a.m. (fls. 12).

Por conseguinte, prejudicada a análise da legalidade da utilização da Tabela "Price", vez que possível a cobrança de juros capitalizados em período inferior a um ano.

Recurso não provido.

Abusividade da taxa de juros remuneratórios.

O Apelante sustenta que o Apelado estaria cobrando taxa de juros diversa da contratada.

Entende que deveria ser aplicada a taxa de juros contratada - 2,07% ao mês -, e não aquela aplicada pelo Apelado - 2,13% ao mês.

Ao contrário do que alega o Apelante, o Apelado não está cobrando taxa de juros superior à contratada.

Isso porque, na elaboração de seu cálculo, o Apelante desconsidera o Custo Efetivo Total da Operação - taxa de juros de 3,09% ao mês (fls. 12).

Assim, verifica-se que a taxa efetivamente aplicada pelo Apelado - 2,13% ao mês, conforme afirmado pelo Apelante -, é menor do que à taxa contratada, que corresponde ao Custo Efetivo Total da Operação e, portanto, não há

Acesso ao Sumário

excessividade na cobrança.

Recurso não provido.

Diante do exposto, conhece-se em parte do recurso e, na parte conhecida, nega-se provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1115950-12.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante TIAGO GOMES DE CAMPOS, é apelado COM. DE BATERIAS NOBRE LTDA. ME.

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 25037)**

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

São Paulo, 25 de outubro de 2016.

JACOB VALENTE, Relator

Ementa: CHEQUE - Ação declaratória de inexigibilidade de título c.c pedido de indenização por danos morais - Cheque extraviado - Autor que demonstrou ter sido vítima de talonário de cheques extraviado, comunicando tal fato à instituição financeira após verificar a devolução de diversos títulos não emitidos - Reapresentação do cheque para pagamento - Devolução por divergência de assinatura - Título levado a protesto pelo portador da cártula - Insurgência do autor pretendendo o arbitramento de indenização por danos morais - Acolhimento - Abuso ao promover o protesto do título nestas circunstâncias - Abuso de direito caracterizando ilícito nos termos do art. 187 do Código Civil - Danos morais configurados - Indenização fixada em R$ 5.000,00 que atende os princípios da proporcionalidade e razoabilidade - Sentença parcialmente reformada - Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença de fls. 74/77, que julgou **parcialmente procedente** a ação declaratória c.c. pedido de indenização por danos morais movida por **TIAGO GOMES DE CAMPOS** em face de **COM. DE BATERIAS NOBRE LTDA. ME**, declarando a inexistência do débito representado pelo cheque discutido nos autos, determinando a sustação definitiva do protesto efetivado. Em razão da sucumbência recíproca, condenou tanto o réu quanto o autor no pagamento de metade das custas e despesas processuais, bem como em honorários advocatícios fixados em R$ 500,00 (quinhentos reais).

O nobre magistrado *a quo* fundamentou seu decreto de parcial procedência da ação no sentido de que os documentos acostados aos autos comprovam que o autor não emitiu o cheque discutido nos autos, declarando, pois, a inexigibilidade do débito representado pelo título. Contudo, afastou os danos morais por entender que além do prejuízo enfrentado pelo réu, há demonstração de que o cheque foi devolvido uma primeira vez por insuficiência de fundos, o que levou a empresa ré a apresentar o título novamente e posteriormente encaminhá-lo a protesto.

Inconformado, apela o autor (fls. 79/84), pretendendo a reforma do julgado, argumentando que (i) inexiste comprovação de que o réu seja vítima, eis que o título foi emitido em seu nome; (ii) que a devolução pela segunda vez ocorreu em razão de "divergência de assinatura", de modo que o réu não poderia apresentá-lo a protesto e (iii) que deve ser indenizado pelos prejuízos daí decorrentes. Pede o provimento do apelo.

Recurso formalmente em ordem, ausentes os recolhimentos das custas necessárias, por ser o autor beneficiário da justiça gratuita (fls. 40), sobrevindo resposta (fls. 87/91).

Devidamente intimadas, não houve oposição das partes quanto ao julgamento virtual do recurso.

É o relatório do essencial.

2. O recurso interposto comporta acolhimento.

Com efeito.

Trata-se de ação em que o autor pretende a declaração de inexigibilidade do débito representado pelo cheque nº 000026, alegando que este e outros cheques jamais estiveram em sua posse, tendo comunicado tal fato à instituição financeira, tão logo verificou a compensação de diversos cheques que não emitiu.

Aduz que o cheque em poder da ré foi devolvido uma primeira vez por insuficiência de fundos, mas quando da segunda apresentação o cheque foi devolvido por divergência de assinatura, tendo a ré encaminhado o título a protesto, o que lhe trouxe prejuízos de ordem moral.

Acesso ao Sumário

Ao sentenciar o feito, o juízo de primeiro grau declarou a inexigibilidade do débito representado pelo título em questão, mas afastou o pleito indenizatório por entender que a ré também foi vítima, bem como em razão do título ter sido devolvido por falta de provisão de fundos, quando apresentado ao banco sacado pela primeira vez.

Contudo, em relação aos danos morais, tem-se que outra solução se impunha ao caso presente.

Primeiramente mencione-se que dos autos não consta a cópia ou microfilmagem do cheque discutido a fim de verificar-se a assinatura lançada, porém, os extratos de fls. 19/20 comprovam que diversos títulos, entre eles o aqui discutido, foram devolvidos primeiramente por insuficiência de fundos e depois de reapresentados foram devolvidos por divergência de assinatura.

De qualquer forma, tal questão é incontroversa, até porque a própria ré admite que na segunda apresentação o cheque foi devolvido pela alínea 22, correspondente à 'divergência de assinatura', o que gera o dever de indenizar, já que promover o protesto do título, mesmo ciente da não compensação em razão da divergência da assinatura nele lançada, configura abuso por parte de seu portador.

O mínimo que se esperava diante deste cenário, era cautela; a ré deveria ter melhor investigado o motivo pelo qual, quando da segunda apresentação, o documento foi devolvido por divergência de assinatura e não por insuficiência de fundos, como ocorreu na primeira oportunidade.

Nesse sentido:

"*Responsabilidade civil. Indenização. Faturizadora que recebe* ***cheque em devolução por divergência de assinatura e o leva a protesto. Ato ilícito****. Danos morais devidos. Indevidos os materiais para reposição de honorários advocatícios, por serem meros consectários do principal, fixados na condenação e não podendo ser exigidos em duplicidade. Apelação provida em parte*." (Ap. nº 0118239-64.2008.8.26.0007, Rel. Des. Luiz Sabbato, 17ª Câm. de Dir. Priv., j. 18.4.12). (g.n.)

"*Ação declaratória de inexigibilidade de título c.c. cancelamento de protesto c.c. indenizatória - Cheque - Protesto indevido -* ***Cártula devolvida em razão de divergência de assinatura e mesmo assim levada a protesto - Danos morais devidos*** *- Valor da indenização reduzido - Recurso parcialmente provido.*" (Apel. nº 0023251-22.2009.8.26.0506, rel. Des. Maurício Pessoa, 14ª Câmara de Direito Privado, j, em 22.06.2015). (g.n.)

Além disso, o art. 187 do Código Civil dispõe que "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes".

Acesso ao Sumário

Assim, de se concluir pela ocorrência dos danos morais em razão do protesto indevido, já que é fato potencialmente danoso, capaz de gerar uma série de transtornos na vida do protestado, especialmente porque o título é nulo, eis que a própria instituição financeira devolveu o documento justamente em razão da divergência entre a firma lá aposta e aquela que seria de seu real emitente.

Diante desse quadro, natural que o autor seja indenizado pelos prejuízos daí advindos.

No que concerne ao *quantum* indenizatório tem-se que este deve atender ao binômio "reparação-punição"; à situação econômica dos litigantes, bem como ao elemento subjetivo do ilícito, de maneira que se arbitre um valor que seja, ao mesmo tempo, reparatório e punitivo, não sendo irrisório, tampouco se traduzindo em enriquecimento indevido.

A par disso, mostra-se conveniente que a indenização por danos morais seja fixada em R$ 5.000,00 (cinco mil reais) atualizados a partir do presente acórdão e com juros de mora a partir do evento danoso, por se tratar de ilícito extracontratual, a teor do que dispõe a Súmula 54 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, cujo valor se mostra adequado e com certeza recomporá o prejuízo de ordem moral causado ao autor.

Em sendo assim, cabe a parcial reforma do quanto decidido em primeiro grau, reconhecendo-se a procedência da ação, devendo o ônus da sucumbência ser suportado integralmente pela ré, de modo que fica condenada no pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios que se fixa em 15% do valor atualizado da condenação, nos termos do art. 85, §§1º e 2º do Novo Código de Processo Civil.

3. Dá-se, pois, provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1041714-19.2015.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante EXTRUSION TECH FERRAMENTARIA LTDA. ME, é apelado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em 19ª 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 13203)**

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

Acesso ao Sumário

COSTA.

São Paulo, 24 de outubro de 2016.

CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA, Relatora

APELAÇÃO - Ação indenizatória - Alegação de danos morais oriundos do pagamento de boleto falsificado - Pedido improcedente - Pleito de reforma impossibilidade - Inexistência de danos morais - Pagamento de boleto falsificado que resultou tão somente em dano material - Ausência de prova de ofensa à imagem dos autores - Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Djalma Oliveira Rocha Junior** e **Extrusion Tech Ferramentaria Ltda.-Me** em face da r. sentença de fls. 68/71, proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de São José do Rio Preto, nos autos da ação indenizatória proposta em face do **Banco do Brasil S/A**, que julgou improcedente os pedidos iniciais, além de condenar os autores ao pagamento de custas e honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00, por equidade.

Inconformados, apelam os autores pleiteando a reforma do decidido. Sustentam, em síntese, que o banco responde independentemente de culpa, inclusive, por danos oriundos de terceiros, conforme dispõe a Súmula nº 479, do E. Superior Tribunal de Justiça. Argumenta que o dano experimentado, pagamento de boleto falsificado, está inserido nos risco da atividade desempenhada pelo réu, razão pela qual responde objetivamente, nos termos do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil. Pleiteia, ao final, a reforma da r. sentença, para o fim de julgar procedente o pedido inicial (fls.76/85).

Recurso recebido e regularmente processado nos termos legais (fls.86).

O banco apresentou contrarrazões ao recurso, pugnando pela manutenção da r. sentença (fls.89/93).

É o relatório.

Conheço do recurso, haja vista a presença dos pressupostos de admissibilidade, no entanto, nego-lhe provimento.

Trata-se de ação indenizatória, na qual os autores sustentam que adquiriram material de seu fornecedor, Siliplastic, a ser pago por boleto bancário. No entanto, o fornecedor solicitou que desconsiderassem o primeiro boleto enviado, haja vista que o vencimento se daria no feriado nacional de 12 de outubro de 2015, razão pela qual, receberam outro documento, no valor de

Acesso ao Sumário

R$ 1.772,00.

Nesse passo, realizaram o pagamento do novo boleto no dia 13 de outubro de 2015 às 17h40, contudo, o Banco requerido, no dia seguinte, verificou que o boleto era falsificado, e a despeito de tal assertiva, recursou-se a cancelar o boleto ou devolver o dinheiro, resistência que teria ocasionado danos morais passíveis de indenização.

Ab initio, ao reverso do alegado pelos autores, o boleto falsificado foi enviado pela empresa Siliplastic (fornecedores) e não pelo banco recorrido, sendo suficiente para tal análise, a simples leitura do *e-mail*, coligido às fls. 22, tanto que assinado por Eduardo Silva, funcionário do departamento financeiro da empresa.

Tal hipótese permitiria, inclusive, colocar em dúvida a legitimidade passiva do banco requerido, no entanto, ainda que se considere parte legítima porque, muito provavelmente, o boleto (fls.24) foi gerado em seu *site* pela empresa Siliplastic, o pedido indenizatório é improcedente.

Infere-se dos autos que os apelantes efetivamente sofreram um prejuízo material de R$ 1.772,00 (fls. 25), em virtude da fraude no boleto, entretanto, impossível verificar maiores consequências oriundas do evento, não há qualquer comprovação de ofensa à honra objetiva dos recorrentes passível de indenização.

Não se olvida que os apelantes tenham sido vítimas de fraude, bem como, não se desconsidera o transtorno decorrente do golpe perpetrado.

Contudo, não há prova de afronta à reputação ou abalo de crédito perante terceiros, vez que, o ocorrido não tomou proporções hábeis a denegrir sua imagem perante atores externos, ônus processual do qual não se desincumbiram.

Nesse sentido, julgado desta colenda Câmara:

"RESPONSABILIDADE CIVIL. Danos Morais. Pessoa jurídica. Fraude em boleto bancário. Redirecionamento do pagamento a terceiro golpista. Necessidade de renovação do pagamento, após aviso da credora de que o valor do boleto bancário, expedido pelo réu, não lhe havia sido repassado, como meio de neutralizar eventual registro desabonador à empresa. Hipótese em que não se materializou abalo comercial ou mesmo ofensa ao conceito, à imagem ou ao bom nome da autora. Fato que não teve repercussão externa. Danos morais não configurados. Postulação rejeitada. Consideração, por fim, de que foi imposta ao banco pela sentença a obrigação de integral ressarcimento do déficit patrimonial experimentado pela autora, em função da necessidade de repetição do pagamento. Sentença de parcial procedência mantida. Reconhecimento da caracterização da sucumbência recíproca referendada. Recurso interposto pela autora improvido." (Apelação nº 0004788-85.2014.8.26.0125 - Rel. João

Acesso ao Sumário

Camillo de Almeida Prado Costa, j. 04/04/2016, v.u.)

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero igualmente lecionam a respeito do ônus da prova:

"*A norma que distribui o ônus da prova (art. 333, CPC) tem uma dupla finalidade no processo civil brasileiro contemporâneo. Serve como guia para as partes, funcionando assim como uma regra de instrução, com o que visa estimular as partes à prova de suas alegações e adverti-las dos riscos que correm ao não prova-las. Serve ainda como um guia para o juiz, no que aparece como uma regra de julgamento, a fim de que o órgão jurisdicional, diante de uma situação de dúvida invencível sobre as alegações de fato da causa, possa decidi-la sem arbitrariedade, formalizando seu julgamento com a aplicação do art. 333, PC*" - (MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. Código de processo civil comentado artigo por artigo. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 335).

Vê-se, como asseverado, que os autores não trouxeram aos autos documento hábil a comprovar suas assertivas, descumprindo, assim, o ônus de comprovar os fatos constitutivos do direito alegado em juízo, conforme artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil, razão pela qual, irretorquível a improcedência do pedido inicial.

Por fim, observando a data da prolação da r. sentença, necessário ponderar que o Novo Código de Processo Civil impõe ao julgador o dever de fixar honorários advocatícios, inclusive, no julgamento dos recursos interpostos independentemente do conteúdo da decisão, conforme dispõe o artigo 85, §§ 1º, 2º, 6º, 8º e 11, *in verbis*:

"*Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.*

§ 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

(...)

§ 6º Os limites e critérios previstos nos §§ 2º e 3º aplicam-se

Acesso ao Sumário

independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito.

(...)

§ 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.

§ 11. 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."

Portanto, levando-se em conta os parâmetros estabelecidos pela legislação processual e, considerada a natureza e complexidade da demanda, o trabalho realizado e o esforço desenvolvido pelo patrono vencedor, tem-se que os honorários sucumbenciais e recursais devem ser majorados para R$ 1.500,00, por equidade.

Ante o exposto, por meu voto, **nego provimento** ao apelo interposto, nos termos da fundamentação supra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008124-81.2015.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em que é apelante JOÃO BONICELLI, é apelado BANCO ITAUCARD 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 em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.032)**

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

São Paulo, 1º de novembro de 2016.

SILVEIRA PAULILO, Relator

Ementa: DANO MORAL INDENIZÁVEL - Apontamento no cadastro de inadimplentes - Cartão de crédito - Negligência na inscrição do nome da

Acesso ao Sumário

autora no cadastro de inadimplentes - Dano moral indenizável cabível - *Quantum* fixado em R$ 10.000,00, dentro do princípio da razoabilidade - Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, nos moldes do artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil de 1973 - Apelo parcialmente provido.

VOTO

Cuida-se de apelação, respondida e bem processada, por meio da qual quer ver o autor reformada a r. sentença de parcial procedência proferida nos autos da ação declaratória de inexistência de débito cumulada com danos morais, em que foi fixada verba indenizatória de R$ 4.400,00. Pretende a majoração do *quantum* indenizatório e dos honorários advocatícios arbitrados em 10% da condenação.

A instituição financeira, em suas contrarrazões, pugna pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Ingressou o autor com a presente ação com o intuito de ver declarado o débito apontado indevidamente em seu nome pela instituição financeira, pedido que foi acolhido pela r. sentença, sendo ainda, arbitrada indenização no valor de R$ 4.400,00 (quatro mil e quatrocentos reais).

Houve o apontamento do nome do autor no cadastro de inadimplentes realizado pela instituição financeira, o qual desconhece. Houve o reconhecimento da inexigibilidade de débito e o arbitramento de danos morais indenizáveis em R$ 4.400,00.

No que tange ao *quantum* indenizatório, deve haver majoração. Salienta-se que deve ser observado o critério de razoabilidade e equidade, ou seja, reparar a dor sofrida sem que haja enriquecimento sem causa por parte da vítima.

O arbitramento do referido valor leva em consideração a posição social do ofendido (aposentado), o comportamento do ofensor (negligente), a intensidade do sofrimento (média), a repercussão da ofensa (cobrança indevida) e o caráter punitivo da indenização (sem enriquecimento sem causa).

Assim sendo, entende-se, pretorianamente, que o valor deve ser majorado para R$ 10.000,00 (dez mil reais), conforme precedentes desta Corte, pois "*a reparação pecuniária do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem*"[1].

Acesso ao Sumário

1 CARLOS ROBERTO GONÇALVES. **RESPONSABILIDADE CIVIL**. 7ª edição. Ed. Saraiva.

Diante da majoração da verba indenizatória, há que se manter o *quantum* dos honorários advocatícios fixados (10% sobre o valor da condenação), porquanto em consonância com o disposto no artigo 20, parágrafo 4º, do Novo Código de Processo Civil.

Pelo exposto, pelo meu voto, é dado parcial provimento ao recurso para majorar a verba indenizatória para R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000639-36.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelada REMAZA ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIO LTDA., é apelado/apelante JOSÉ DA CRUZ (JUSTIÇA GRATUITA).

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 em parte ao recurso da requerida e negaram provimento ao recurso do autor. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27678)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ITAMAR GAINO (Presidente) e SILVEIRA PAULILO.

São Paulo, 1º de novembro de 2016.

MAIA DA ROCHA, Relator

Ementa: CONSÓRCIO - Contrato - Bem imóvel - Pretensão de rescisão e devolução das quantias pagas antes do encerramento do grupo - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Abatimento de parcelas relativas a título de taxa de administração, taxa de adesão e eventuais encargos de mora incidentes sobre parcelas em atraso exigidos durante o período de participação do consorciado no grupo, por corresponderem a despesas efetivadas no período da participação - Possibilidade - Restituição dos valores relativos à cota de aquisição do bem, deverá o autor observar a forma estipulada em contrato por ele aderido, pois deveria ter pleno conhecimento das cláusulas, inclusive da dinâmica de devolução de valores adotada pela requerida - Recurso provido em

2002. pág. 566.

Acesso ao Sumário

parte da administradora e não provido o do autor.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença de fls., que julgou procedente em parte a pretensão inicial para declarar a condenar a ré ao pagamento do valor de R$17.636,31, a ser corrigido monetariamente, após 30 dias a contar do encerramento do grupo. Em razão do grau de sucumbência da parte autora e do réu condenado, deu por compensados os honorários advocatícios de seus patrono, bem como as custas.

Há embargos de declaração opostos por ambas partes. Os de fls.128/132 foram acolhidos em parte, tão somente para fixar honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação, conforme artigo 85, § 2º, CPC, a cada uma das partes, haja vista que houve sucumbência recíproca. Os de fls. 124/125 foram rejeitados.

Aduz a apelante para a reforma do julgado, que houve a inserção indevida da mensalidade referente a dezembro/13 que foi impugnado pela ora apelante; que o apelado recolheu, efetivamente, a importância de R$12.870,19, abrangendo fundo comum, taxa de adesão, taxa de administração, fundo de reserva e multas por atraso nos pagamentos e não aquele que a apelante foi condenada a restituir; deve ser excluída da devolução as taxas de adesão, administração e multas por pagamentos em atraso, devendo ser devolvido o valor pago a título de fundo comum e fundo de reserva com atualização. Pede o provimento do recurso.

Apela o autor, aduzindo em apertada síntese, preliminar de cerceamento de defesa, vez que houve o julgamento antecipado. No mérito assevera que o apelante não obteve nenhuma vantagem econômica, muito pelo contrário; inaplicabilidade do artigo 53, § 2º, do CDC. Pede o provimento do recurso.

Recursos processados, preparado o da requerida e isento o do requerente e com contrarrazões.

É o relatório.

Do recurso da Administradora

Nas razões de apelação a administradora não se recusa a restituir os valores pleiteados pelo autor, apenas requer que sejam deduzidos os valores cobrados a título de taxa de administração, taxa de adesão e eventuais encargos de mora incidentes sobre parcelas em atraso.

Por conseguinte, o recurso deve ser apreciado nos limites especificados pela própria apelante.

Nesse sentido:

"*A apelação transfere ao conhecimento do tribunal a matéria impugnada - tantum devolutum quantum appellatum - nos limites dessa impugnação, salvo*

matérias examináveis de ofício" ***(RSTJ 128/366 e RF 359/236)***. No mesmo sentido: **(RSTJ 145/479; STJ 1ª - Turma, Resp 7.143-0-ES, rel. Min. César Rocha, j. 16.6.93, v.u., DJU 16.8.93, p. 15.955)**.

Emerge dos autos que desistindo de dar continuidade ao contrato, pretendeu o autor a devolução dos valores relativos a parcelas de consórcio, acrescida de juros e correção monetária.

Assim, a devolução não deve corresponder à restituição integral de tudo que foi pago, gerando situação de privilégio para o consorciado desistente ou excluído relativamente àqueles que integraram o grupo até seu encerramento, cumprindo suas obrigações.

Desse modo, deve sofrer a devolução restrição mediante abatimento dos valores pagos a título de taxa de administração, taxa de adesão e eventuais encargos de mora incidentes sobre parcelas em atraso exigidos durante o período de participação do consorciado no grupo, com vistas à cobertura de despesas efetivas.

Do recurso do autor.

No caso dos autos, a reabertura da instrução com a produção de prova por meio de depoimento pessoal do representante legal da requerida; oitiva de testemunhas ou até mesmo perícias nada acrescentaria ao convencimento do julgador. Portanto, o julgamento antecipado era medida que se impunha, à falta de evidência sobre a utilidade da dilação probatória. Não houve o alegado cerceamento de defesa, visto que a instrução processual foi conduzida pelo d. Magistrado em observância aos princípios do devido processo legal e ampla defesa, inexistindo, portanto, qualquer nulidade a ser reconhecida.

Em relação à restituição dos valores pagos, deverá o autor observar a forma estipulada em contrato por ele aderido, pois deveria ter pleno conhecimento das cláusulas, inclusive da dinâmica de devolução de valores adotada pela requerida.

Isto posto, dá-se provimento em parte ao recurso da requerida e nega-se provimento ao recurso do autor.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002751-50.2015.8.26.0637, da Comarca de Tupã, em que é apelante REGINALDO PEREIRA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO BMG 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: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que

integra este acórdão. **(Voto nº 32554)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA (Presidente), HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO e HELIO FARIA.

São Paulo, 7 de novembro de 2016.

ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: DANO MORAL - Ilícito - Nome do autor inscrito nos órgãos de proteção ao crédito indevidamente - Ilícito causador de danos morais "in re ipsa" - "Quantum" indenizatório fixado no "decisum" (R$ 5.000,00) majorado para R$ 10.000,00, atendendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para o caso concreto - Juros de mora fixados a partir da citação - Apelação provida.

VOTO

1) Cuida-se de ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais julgada procedente pela r. sentença de folhas 156/159, cujo relatório fica adotado.

Apela o autor (fls. 164/171), alegando que o valor do dano moral, arbitrado em R$ 5.000,00, é módico e está em desconformidade com as particularidades do caso concreto. Diz que os juros de mora foram fixados a partir da data do arbitramento, estando em desconformidade com o art. 219 do Código de Processo Civil revogado e com o art. 240 do NCPC. Pugna pela reforma do "decisum", a fim de que os danos morais sejam fixados em R$ 10.000,00 ou em outro valor superior ao fixado na sentença, com a incidência de juros moratórios a partir da citação. Contrarrazões às fls. 175/180.

As partes foram intimadas para eventual oposição ao julgamento virtual (folhas 183/184). Todavia não ocorreu nenhuma manifestação conforme certidão de folhas 185.

Recurso regularmente processado, mas não preparado (o autor é beneficiário da justiça gratuita).

É o relatório.

2) Alega o autor na petição inicial que firmou contrato de empréstimo consignado com o réu, com a previsão de desconto das prestações em folha de pagamento. Diz que embora inexistisse débito em aberto, o seu nome foi inscrito nos órgãos de proteção ao crédito pelo requerido, acontecimento que lhe causou danos morais passíveis de indenização.

Acesso ao Sumário

Pretende obter a declaração de inexistência do débito referente ao contrato nº 211717548, com a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais em quantia equivalente a 50 (cinquenta) salários mínimos, ou seja, no valor de R$ 39.400,00 (trinta e nove mil e quatrocentos reais).

A r. sentença julgou a demanda procedente, "para declarar inexistente o débito decorrente do contrato nº 211717548, condenando ainda o requerido ao pagamento da quantia de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de ressarcimento pelos danos morais causados ao autor, com juros de mora e correção monetária a contar desta data".

Com efeito, como a negativação não foi legítima, o requerido praticou ilícito causador de danos morais.

Diante da situação experimentada, o autor sofreu percalços e dissabores, com abalo no seu crédito e no seu bom nome, configurando efetivo dano moral "in re ipsa".

Diga-se que o "quantum" indenizatório por danos morais deve ser fixado em consonância com o princípio da razoabilidade, não podendo, de forma alguma, a reparação ser causadora de um enriquecimento sem causa.

A propósito, o C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.347.233 - RJ, aos 21/02/2013, relatoria da Min. Nancy Andrighi, ponderou que "O quantum indenizatório por danos imateriais é de fixação judicial, consistindo o pedido formulado pela parte mera sugestão: o efetivo arbitramento será feito com moderação, proporcionalmente ao nível socioeconômico do autor e, ainda, ao porte econômico do réu, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada hipótese".

Assim, o "quantum" indenizatório fixado pelo magistrado sentenciante (R$ 5.000,00) não é suficiente para desestimular o ofensor a repetir o ato.

Tendo em vista a condição do autor, a gravidade do evento, considerando ainda os critérios de prudência e razoabilidade, fixa-se o "quantum" indenizatório por danos morais em R$ 10.000,00 (dez mil reais), quantia que está em consonância com a jurisprudência e que é suficiente para desestimular o ofensor a repetir o ato.

Mediante tais considerações, reforma-se em parte a r. sentença, da lavra do eminente magistrado Emílio Gimenez Filho, a fim de condenar o réu ao pagamento ao autor da quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de indenização por danos morais, corrigida a partir do arbitramento (Súmula 362 do STJ), de acordo com a tabela prática fornecida por este Tribunal de Justiça, com juros moratórios de 1% ao mês, a partir da citação, arcando o requerido com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 20% sobre o valor atualizado da condenação, em atendimento aos critérios adotados pela lei.

Acesso ao Sumário

3) Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0189895-30.2007.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado TRIUNFO DISTRIBUIDORA LTDA., é apelado/apelante BAGLEY DO BRASIL ALIMENTOS LTDA.

ACORDAM, em 23ª 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 38532)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROBERTO DE SANTANA (Presidente sem voto), JOSÉ MARCOS MARRONE e SEBASTIÃO FLÁVIO.

São Paulo, 26 de outubro de 2016.

J. B. FRANCO DE GODOI, Relator

Ementa: CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO - Resilição - Institutos da boa-fé objetiva e da função social dos contratos que regem as relações contratuais - Aviso prévio de 90 dias insuficiente - Indenização por danos materiais devida - Valor fixado na r. sentença adequado e proporcional ao fim a que se destina - Recurso da ré improvido.

CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO - Resilição - Indenização pelo fundo de comércio - Inadmissibilidade - Autora que também se beneficiou da clientela e das negociações realizadas - Autora que optou por não contratar outros clientes assumindo o risco do negócio - Recurso da autora improvido.

SUCUMBÊNCIA - Sucumbência recíproca mantida - Art. 21, CPC/73 - Recurso da autora improvido.

SUCUMBÊNCIA - Honorários de advogado - Inaplicabilidade do par. 14 do art. 85, NCPC - Sentença proferida antes da vigência do novel diploma processual - Recurso da autora improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1) Insurge-se a autora contra r. sentença que julgou parcialmente procedente a ação de indenização que moveu contra a ré, alegando, em síntese, que: faz jus à indenização pelo fundo de comércio para evitar o enriquecimento ilícito da ré; diante da sucumbência recíproca cada parte deve arcar com 50% (cinquenta por cento) das custas processuais; necessária a fixação da verba honorária, ainda que seja constatada a sucumbência recíproca.

A ré também apelou alegando, em síntese, que: a rescisão contratual foi lícita; concedeu o prazo de aviso prévio previsto no contrato; o valor da indenização deve ser reduzido.

Efetuaram-se os preparos.

Recebidos os recursos, foram respondidos.

É o breve relatório.

2) Não merecem acolhimento os recursos.

Pelo que consta dos autos as partes firmaram contrato de distribuição e transporte das mercadorias produzidas pela ré por prazo indeterminado.

O laudo pericial constatou que a relação entre as partes perdurou por pelo menos 36 (trinta e seis) anos (fls. 886).

A ré denunciou o contrato em 08/11/2004 informando sua intenção de não mais continuar com o negócio, mediante aviso prévio de 90 (noventa dias).

A autora ajuizou a presente ação postulando: a) condenação da ré ao pagamento de indenização por perdas e danos por ausência de aviso prévio compatível com o vulto do negócio; ii) condenação da ré ao pagamento de indenização pelo fundo de comércio construído pela autora e apropriado pela ré após a extinção do negócio; iii) a condenação da ré ao pagamento de indenização pelos prejuízos causados pela venda direta feita pela ré na área de atividade da autora e pela redução unilateral da margem de lucro; iv) a condenação da ré ao pagamento de indenização pelos valores suportados com a devolução da mercadoria.

O MM. Juiz "a quo" julgou parcialmente procedente a ação para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos materiais e lucros cessantes no valor de R$ 440.874,55 (quatrocentos e quarenta mil, oitocentos e setenta e quatro reais e cinquenta e cinco centavos).

O Magistrado reconheceu a sucumbência recíproca consignando que cada parte arcará com as respectivas custas sem fixar condenação em honorários advocatícios.

A ré interpôs o presente recurso insurgindo-se contra a condenação e o valor da indenização.

Sem razão contudo.

Acesso ao Sumário

É certo que o contrato entabulado entre as partes prevê a possibilidade de rescisão do contrato desde que concedido o prazo de 60 (sessenta dias) à parte contrária (fls. 143).

Entretanto, a questão deve ser analisada de acordo com os princípios contratuais, em especial o da função social e da boa-fé.

O i. Ministro **MOURA RIBEIRO**, quando desembargador, lapidarmente acentuou em acórdão de sua lavra apreciando questão relacionada à denúncia de contrato de distribuição, o seguinte:

> "*Então, se não vigia o CC/02 à época da resilição, havia normas que não permitiam o rompimento sem indenização ao distribuidor.*
>
> *É que o rompimento abrupto e inesperado não mais pode ser tido como um exercício regular de direito, ainda que a distribuída vá dizer que tal instituto não constava do CC/16.*
>
> *Constava, sim. A leitura do art. 160, I, do CC/16, ao dizer que não constituem atos ilícitos os praticados no exercício regular de um direito reconhecido, revela que, a contrário senso, os atos praticados irregularmente constituem ilícitos.*
>
> *Então, desde o CC/16 estava contemplada a hipótese do ato ilícito praticado com excesso, desbordando do direito. Ou seja, o ato pode ser lícito pelo seu conteúdo (no caso, a denuncia resilitória), mas se tornou ilícito pela sua conseqüência (a ausência de indenização pelos implementos ordenados à distribuidora)*" **(Apel. 7.285.490-9 - 11ª Câmara de Direito Privado - j. 15.01.09)**.

GERSON LUIZ CARLOS BRANCO em sua criteriosa e completa obra **"FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS"** preleciona que desde a década de 1930, **ORLANDO GOMES** pregava a adoção da "*função social do contrato*" como um dos limites da autonomia privada **(pág. 34 - SARAIVA - 2009 - São Paulo)**.

ORLANDO GOMES preleciona que a denúncia nesse tipo de contrato não precisa ser justificada, entretanto, pondera, que inobstante a inexistência de causa justa não impede a resolução do contrato, mas a parte que o resiliu injustamente fica obrigada a pagar perdas e danos **(ob. cit. - pág. 186)**.

Acesso ao Sumário

É a aplicação do princípio da boa-fé contratual, evitando-se assim o abuso de direito de quem exercita a denúncia.

KARSTEN SCHMIDT ao tratar do contrato de distribuição à luz da legislação alemã ressalta que a obrigação de boa-fé põe-se com evidência ao término do contrato, havendo circunstâncias que exigem uma obrigação de receber de volta os estoques dos produtos adquiridos pelo "*comerciante em nome próprio*" - "VERTRAGSHÄNDLER" **("HADELSRECHT" - trad. do alemão por Federico E. G. Werner - "DERECHO COMERCIAL" - § 27,**

II - pág. 788 - ASTREA - 1997 - Buenos Aires).

A confiança lhes é elemento fundamental!

Aliás, a confiança é, de acordo com **ANTONIO MANOEL DA ROCHA E MENEZES CORDEIRO**, um dos fatores materiais da boa-fé contratual:

> "*Nas suas manifestações subjetiva e objectiva, a boa fé está ligada à confiança: a primeira dá, desta, o momento essencial; a segunda confere-lhe a base juspositiva necessária quando, para tanto, falte uma disposição legal específica*" **("DA BOA FÉ NO DIREITO CIVIL" - vol. II - pág. 1.250 - Almedina - 1985 - Coimbra)**.

É óbvio que à ré outorga-se a faculdade de revogar o contrato por tempo indeterminado, mas com o pagamento indenizatório, pois a autora foi colhida de surpresa, não sendo razoável o prazo de meros 90 (noventa) dias quando a relação entre as partes já perdurava por 36 (trinta e seis) anos.

Como bem observou o Magistrado, em que pese ter autorização para distribuir outros produtos desde que não similares aos comercializados pela ré, é certo que a autora montou toda sua estrutura voltada à revenda de produtos da ré.

Portanto, mostra-se justa a indenização fixada na r. sentença correspondente à média anual do faturamento líquido da autora nos últimos 07 (sete) anos, período que se mostraria adequado ao redirecionamento das atividades da autora a outra clientela.

Entretanto, a pretensão da autora de receber indenização pelo fundo de comércio não merece ser acolhida.

É certo que ao adquirir clientela e mercado para a ré a própria autora se beneficiou e esta questão é da própria essência do contrato entabulado entre as partes.

A esse respeito a lição de **FABIO ULHOA COELHO**: "*No contrato de distribuição-intermediação, exatamente em razão de sua atipicidade, não tem o distribuidor direito de ser indenizado pelas perdas decorrentes da exclusão do mercado que ajudou a formar ou consolidar, salvo expressa previsão contratual que lhe assegure o ressarcimento. Em outros termos, o distribuidor forçosamente assume o risco, inerente à sua condição empresarial, de talvez não conseguir realizar vendas do produto distribuído em volume ou preço tais que lhe proporcionem tanto o retorno dos investimentos como a esperada margem de lucro. Esse risco pode importar prejuízos, como o decorrente de qualquer outra atividade econômica os quais, em ocorrendo, devem ser suportados exclusivamente pelo empresário que os assumiu, no caso, o distribuidor.*"

Ademais, como acima já explicitado, foi uma opção da autora distribuir somente os produtos produzidos pela ré, pois tinha autorização contratual para negociar com outras empresas, desde que não concorrentes com esta.

Acesso ao Sumário

Considerando-se que cada litigante foi em parte vencedor e vencido, deve ser mantida a sucumbência recíproca nos termos fixados na r. sentença, nos termos do art. 21 do Código de Processo Civil/73.

Ressalte-se que é inaplicável o disposto no art. 85, par. 14 do novo CPC tendo em vista que a r. sentença foi proferida anteriormente à sua vigência.

Ante o exposto, nega-se provimento a ambos os recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002523-90.2014.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante DAMIÃO GRIGORIO DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ITAÚ UNIBANCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª 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 22535)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente) e WALTER FONSECA.

São Paulo, 16 de novembro de 2016.

MARINO NETO, Relator

Ementa: AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO - C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO E PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - APELAÇÃO DO AUTOR.

- O autor alega que a taxa de juros contratada foi de 1,6300% ao mês, mas que o valor efetivamente cobrado foi maior - Confusão entre a taxa de juros remuneratórios e o Custo Efetivo Total (CET) do contrato, que é de 1,71% ao mês - Irresignação que não se sustenta Sentença mantida.

- Abusividade - Juros - As instituições financeiras não estão sujeitas ao limite estabelecido na Lei de Usura, podendo cobrar juros superiores a 12% ao ano - Ademais, não há qualquer demonstração de que os juros pactuados estivessem além daqueles praticados no mercado financeiro - Sentença mantida.

Acesso ao Sumário

- Juros capitalizados - Não há capitalização de juros no caso dos autos, pois os empréstimos foram contraídos para pagamentos em parcelas fixas, nos quais os juros são calculados no início (capitalização não composta) e diluídos ao longo do prazo, não ocorrendo incidência de novos juros sobre aqueles anteriores - Ainda que assim não fosse, a capitalização 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 - Sentença mantida.

- Inexistência de *spread* abusivo, pois não há como considerar qualquer abusividade, com menção a lesão, em relação à cobrança de encargos e taxas bancárias, sem a indicação e efetiva comprovação de que os mesmos eram muito superiores àqueles praticadas no mercado financeiro - Sentença mantida.

Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de apelação de sentença (fls. 93/98) que julgou improcedente ação revisional de contrato bancário cumulada com repetição de indébito e pedido de antecipação de tutela[1], ajuizada por **Damião Grigorio dos Santos** em face de **Banco Itaú S/A**, carreando ao autor o pagamento das custas e dos honorários advocatícios, fixados em quinhentos reais (R$ 500,00), observada a gratuidade de justiça concedida.

Recorre o autor pretendendo a reforma da sentença, reiterando argumentos anteriores a respeito da ilegalidade da cobrança dos juros acima do limite legal e de encargos não amparados pelo Código de Defesa do Consumidor, bem como da ocorrência de *spread* bancário abusivo. Pleiteia a redução dos juros remuneratórios previstos no contrato e o afastamento da capitalização de juros mensal.

Recurso recebido em ambos os efeitos e não respondido.

É o relatório.

O autor celebrou com o banco réu, em março de 2013, contrato de financiamento de veículo, tomando o empréstimo da quantia de vinte e cinco mil, quatrocentos e quarenta e um reais e cinquenta e um centavos (R$ 25.441,51),

1 Valor R$ 1.000,00, em dezembro de 2014. Sentença disponibilizada no DJE em 02/02/2016.

Acesso ao Sumário

para pagamento em quarenta e oito parcelas de setecentos e sessenta seis reais e cinco centavos (R$ 766,05).

Da leitura do documento, percebe-se que constou a incidência de taxa de juros mensal (1,6300%), taxa de juros anual (21,4124%), Custo Efetivo Total - CET (1,71% a.m., 22,97% a.a.).

Em relação à taxa de juros cobrada pela instituição financeira, é pacífico que a Lei da Usura não se aplica às instituições financeiras, conforme consignado na Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal, não havendo abusividade na cobrança de juros superiores a 12% ao ano.

E, no caso concreto, verifica-se que os juros remuneratórios foram pactuados em 1,6300% ao mês que, com a cobrança dos encargos, totalizou um Custo Efetivo Total (CET) de 1,71% ao mês. Assim, não há que se falar em cobrança de juros acima da taxa pactuada, não havendo qualquer motivo para modificação do valor das parcelas, uma vez que o autor confundiu, em suas alegações, a taxa de juros remuneratórios com o CET do contrato.

Também não restou configurada **capitalização de juros**, porque a ação está fundada em contrato de empréstimo para pagamento em prestações fixas, tendo os juros sido calculados de início e diluídos ao longo do prazo, de forma que não incidem novos juros sobre aqueles já vencidos, salvo os moratórios, que têm natureza diversa.

Ainda que assim não fosse, a capitalização não padece de ilegalidade (REsp Repetitivo 973.827- RS, Súmulas STJ 541 e 539). Segundo o enunciado da 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".

Nos termos enunciados na Súmula 539 "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".

Acesso ao Sumário

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.

A alegação de ***spread*** excessivo não pode prevalecer, já que não há dado algum sobre o custo efetivo do negócio celebrado pelas partes, como, por exemplo, as despesas bancárias com instalações, com pessoal qualificado, com tributos e outras. O feito não oferece elementos de cognição suficientes para se verificar a presença de *spread* abusivo.

Por outro lado, não há como se considerar qualquer abusividade, com menção à lesão, em relação à cobrança de encargos e taxas bancárias, sem a

indicação e efetiva comprovação de que as taxas cobradas eram muito superiores às taxas praticadas no mercado financeiro.

O lucro da instituição financeira é baseado em custos com sua atividade, tanto relativos ao patrimônio, quanto com equipamentos e pessoal e também com tributos, o que inviabiliza qualquer restrição simplista com menção a determinada porcentagem desamparada de qualquer dado concreto sobre a efetividade dos negócios bancários ao lado das despesas.

Consigne-se, além disso, que o autor não estava obrigado a contratar com o réu, pois poderia fazê-lo em outra instituição financeira que oferecesse outras condições. Se o fez é porque o negócio também o favorecia.

Assim, não se vislumbra a alegada abusividade.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1024178-37.2015.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante COMPANHIA PIRATININGA DE FORÇA E LUZ - CPFL, é apelado COELHO BOA ESPERANCA BAR E RESTAURANTE LTDA.

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: 17.712)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COELHO MENDES (Presidente), JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO E MENDES PEREIRA.

São Paulo, 16 de novembro de 2016.

COELHO MENDES, Relator

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA. COBRANÇA DE VALORES ACIMA DA MÉDIA DE CONSUMO (IRREGULARIDADE NO APARELHO MEDIDOR - RESULTADO DA ANÁLISE DE AFERIÇÃO DE MEDIDORES - COM REGISTRO A MAIOR). RESTITUIÇÃO DE VALORES COBRADOS A MAIOR. CONFIRMAÇÃO. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. INTERRUPÇÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA NAS

Acesso ao Sumário

DEPENDÊNCIAS DO RESTAURANTE. FATO QUE ATINGE A HONRA OBJETIVA. *QUANTUM* ARBITRADO DENTRO DOS PARÂMETROS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. SENTENÇA REFORMADA EM PEQUENA PARTE, SEM ALTERAÇÃO DO RESULTADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 84/85, que julgou procedente a ação para condenar a ré ao pagamento: a) da quantia de R$26.309,35, com juros de 1% ao mês desde a citação (artigo 219 do CPC) e com correção monetária pela tabela prática do TJSP desde a propositura desta ação (artigo 1º, §2º, da Lei nº 6.899/81); b) da quantia de R$13.154,67, pelos danos morais sofridos pela autora, com juros de 1% ao mês desde a sentença (Súmula 362 do STJ); c) das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, com juros de 1% ao mês e correção monetária pela tabela prática do TJSP, tudo atualizado desde a propositura da ação.

Da decisão apela a vencida.

Aduz, em síntese, ser inaplicável o Código de Defesa do Consumidor à hipótese dos autos.

No mais, alega que o fornecimento de energia elétrica foi interrompido por conta do inadimplemento do usuário e no exercício regular do direito.

Insiste ter demonstrado a irregularidade no equipamento aferidor e por isto foi trocado.

Visa com o presente recurso afastar a condenação em dano material no valor de R$26.309,35, bem como dano moral no valor de R$13.154,67.

Argumenta que a recorrida é pessoa jurídica não fazendo jus ao dano moral porque desprovida de honra subjetiva e, o ocorrido não passou de mero aborrecimento.

Por fim, questiona o *quantum* arbitrado a título de dano moral por considerá-lo manifestamente excessivo e desproporcional.

Assim, pleiteia pelo provimento do recurso.

Recurso tempestivo, regularmente processado com resposta da parte contrária (fls. 127/133).

É o relatório.

Cuida-se de ação indenizatória movida por COELHO BOA ESPERANÇA

Acesso ao Sumário

BAR E RESTAURANTE LTDA. contra COMPANHIA PIRATININGA DE FORÇA E LUZ.

Na inicial a empresa alegou cobranças irregulares nas contas de energia elétrica em seu imóvel motivo pelo qual pleiteou a restituição dos valores desembolsados, bem como dano moral pelo corte indevido no fornecimento de energia elétrica.

Em resposta a apelante alegou inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, a licitude da suspensão do fornecimento de energia elétrica em razão de inadimplência. A perícia constatou irregularidades no medidor de energia que foi trocado. Houve revisão das faturas, disponibilizando-se os créditos respectivos e inexistência de dano moral.

A sentença foi proferida nos seguintes termos:

"(...). *Nos termos do artigo 330, I, do CPC, conheço diretamente do pedido porque a questão de mérito é unicamente de direito.*

A relação jurídica das partes é de consumo, porque a autora consumidora, na definição dada no artigo 2º da Lei nº 8.078/90, a ré fornecedora de serviços, na definição dada no artigo 3º da mesma Lei.

Defiro a inversão do ônus da prova requerida pela autora, porque presentes os requisitos do artigo 6º, VIII, da Lei n.º 8.078/90.

Os documentos que instruem a contestação apenas constituiu em procuração e atos constitutivos da ré, com o que, não provadas documentalmente por referida ré (única prova cabível, nos termos do artigo 400, II, do CPC) as alegações feitas na contestação no tocante à perícia constatando irregularidades no medidor de energia elétrica do estabelecimento da autora e no tocante à revisão das faturas com disponibilização dos créditos respectivos.

Notórios os danos morais sofridos pela autora, em razão de sua atividade econômica, sendo que não havendo critérios definitivos em lei para a fixação da indenização pelos danos morais sofridos peal autora, aplica-se ao caso dos autos o parágrafo único do artigo 953 do Código Civil, fixando-se uma indenização que não seja tão alta que ocasione um enriquecimento ilícito do ofendido, e nem tão baixa que não iniba o ofensor de praticar novamente a conduta.

Nessa linha de raciocínio e como não há outro parâmetro econômico nos autos que possa servir como base da indenização que não a quantia despendida pela autora (R$26.309,35), utilizo referido parâmetro, fixando a indenização em R$13.154,67, correspondente a metade de referida quantia (...)".

Primeiramente cumpre afastar a incidência do Código de Defesa do Consumidor na hipótese dos autos.

Acesso ao Sumário

Não se trata de relação de consumo, pois a empresa apelada não é consumidora final, uma vez que se utiliza da energia elétrica para o desenvolvimento de seu negócio (restaurante).

Na verdade, destinatário final é o consumidor, aquele que retirar o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo. É aquele que coloca um fim na cadeia de produção e não o que utiliza o bem para continuar a produzir na cadeia de serviços.

No mais, correta a decisão.

A alegação de irregularidades no medidor de energia elétrica do estabelecimento da apelada e a interrupção por falta de pagamento não prosperam.

Cabia ao apelante comprovar os fatos constitutivos de seu direito nos termos do artigo 333, II, do Código de Processo Civil (atual 373, II), o que não ocorreu, configurando falha na prestação do serviço.

Outrossim, não há como afastar o dano moral.

Com o corte de energia ficou evidenciada ofensa à honra da pessoa jurídica apelada, porque abalado o seu conceito perante os clientes locais em razão da suspensão do fornecimento de energia elétrica no seu imóvel.

No que diz respeito ao valor arbitrado de R$13.154,67, afigura-se adequado, pois sopesado a gravidade do evento danoso, a conduta do ofensor e a teoria do desestímulo a fim evitar valor insignificante ou enriquecimento indevido da apelada.

Finalmente, apenas para evitar futuros questionamentos desnecessários observo que tenho por expressamente ventilados, neste grau de jurisdição, todos dispositivos legais e constitucionais citados em sede recursal.

Em vista dessas circunstancias, não há motivos para a alteração da decisão que fica mantida.

Saliento ainda que a função do julgador é decidir a lide de modo fundamentado e objetivo, portanto, desnecessário o enfrentamento exaustivo de todos os argumentos elaborados pelas partes.

Prescindível, portanto, qualquer acréscimo aos sólidos fundamentos deduzidos pelo magistrado de primeiro grau, que ora ficam ratificados.

Portanto, pelo meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, sem alteração do resultado.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005773-

93.2013.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que são apelantes CLÁUDIO CÂNDIDO GOMES (JUSTIÇA GRATUITA) e SÉRGIO RICARDO GAMBARATE ANTONIETTE CENTRO AUTOMOTIVO ME, são apelados BANCO BRADESCO S/A e NEW AGE FOMENTO MERCANTIL LTDA.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 16952)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COELHO MENDES (Presidente sem voto), JAIRO OLIVEIRA JUNIOR E LUIZ ARCURI.

São Paulo, 17 de novembro de 2016.

LUCILA TOLEDO, Relatora

Ementa: DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE TÍTULO - ILEGITIMIDADE PASSIVA DO BANCO, QUE RECEBEU AS DUPLICATAS ATRAVÉS DE ENDOSSO MANDATO - SENTENÇA DE EXTINÇÃO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, POR ILEGITIMIDADE PASSIVA EM RELAÇÃO AO BANCO - NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

VOTO

O autor insurge-se contra sentença a fls. 179, cujo relatório adoto, na parte em que considerou o banco parte ilegítima para figurar no polo passivo da relação jurídica processual.

Insiste na legitimidade passiva do banco.

Contrarrazões, apenas, por parte da instituição bancária.

É o relatório.

A ação principal discute a exigibilidade de duplicatas, consideradas fria na petição inicial do apelante, por falta de relação jurídica entre as partes.

O banco apresentou os títulos através de endosso mandato, fls. 21 e 22, e não de endosso translativo.

Assim, quando os apontou junto ao cartório de protesto, agiu como mandatário de seu cliente, e não em nome próprio, o que basta para assinalar sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da relação jurídica processual.

Note-se que não há o menor indício de que o banco agiu com excesso de poderes. Hipótese em que responderia pelos danos causados por protesto

Acesso ao Sumário

indevido.

Para que não se alegue omissão, menciono que o Novo Código de Processo Civil, ao estabelecer parâmetros inéditos para arbitramento de honorários de advogado, criou direito material. Assim, as relações pretéritas não podem ser atingidas. Os honorários de advogado segundo a lei nova devem, em tese, ser arbitrados em primeira instância para ações ajuizadas a partir de 18 de março de 2016, data de sua entrada em vigor, e os honorários recursais, para recursos interpostos contra sentenças publicadas a partir dessa mesma data.

Pelo meu voto, **nego provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005898-46.2015.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CLAUDINEI DOS SANTOS MOREIRA GOMES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ITAÚ UNIBANCO BANCO MÚLTIPLO S.A.

ACORDAM, em 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Compareceu para Sustentação Oral a Dra. Juliana Costa (OAB/SP: 296814).", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27883)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR (Presidente) e WALTER BARONE.

São Paulo, 27 de outubro de 2016.

SALLES VIEIRA, Relator

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA - DANOS MATERIAIS E MORAIS - Autor que pleiteia indenização por danos materiais e morais em decorrência de ter seu dinheiro subtraído, em via pública, logo após o saque em agência bancária - Inexistência de falha na prestação de serviços por parte do banco réu - Ilícito que ocorreu fora do estabelecimento bancário - Caracterizada a culpa exclusiva de terceiro, a excluir a responsabilidade do banco - Inexistência de nexo causal com a atividade desenvolvida pelo réu, não se podendo responsabilizar a instituição financeira por danos causados aos seus

Acesso ao Sumário

clientes fora de suas dependências e sem relação com a atividade exercida - Indenização indevida - Ação improcedente - Sentença mantida - Apelo improvido.

VOTO

Apelo do autor em face da r. sentença de improcedência, proferida nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais.

Alega que foi vítima de roubo nas imediações da agência do banco réu. Aduz que a responsabilidade do banco é objetiva, em razão do risco de sua atividade econômica. A instituição financeira tem a obrigação de tomar todas as cautelas necessárias para assegurar a incolumidade dos cidadãos. Deve ser aplicado ao caso o CDC, com a inversão do ônus da prova. Sustenta que houve falha na prestação dos serviços. O banco é responsável pelos danos causados ao autor, devendo ser condenado ao pagamento de indenização pelos danos materiais e morais. Requer o provimento do recurso, para reformar a r. sentença, julgando-se procedente a ação (fls. 133/142).

Contrarrazões do banco réu às fls. 148/152, pugnando pelo improvimento da apelação interposta.

É o relatório.

Trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais, movida por Claudinei dos Santos Moreira Gomes em face de Itaú Unibanco S/A.

Segundo consta dos autos, o autor é correntista do banco réu e, no dia 10/11/2011, dirigiu- se a uma das agências bancárias do réu e realizou um saque no valor de R$1.200,00.

Ocorre que, ao sair das dependências do banco, quando já estava em via pública, o autor foi rendido por dois indivíduos com arma de fogo, que subtraíram a quantia que ele havia sacado no banco.

Sentindo-se lesado, ingressou o autor com a presente ação, pugnando pela condenação do banco réu ao pagamento de indenização por danos materiais e morais.

Em primeira instância, a ação foi julgada improcedente, entendendo o MM. juiz *a quo* que, em verdade, trata-se de fato exclusivo de terceiro, não relacionado ao fornecedor do serviço bancário.

Contra esta decisão insurge-se o autor.

A priori, esclareça-se ser aplicável ao caso o CDC, uma vez que as atividades desempenhadas pelas instituições financeiras inserem-se no conceito de serviços ao consumidor, nos termos do art. 3º, §2º, da Lei nº 8.078/90:

"*§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito*

Acesso ao Sumário

e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista."

A atividade desenvolvida pelo apelado enquadra-se nos termos da legislação acima citada, como prestação de serviços, e coloca ao mercado consumidor o dinheiro e demais serviços que presta, a todos que assim necessitam.

Na hipótese, contudo, restou caracterizada a culpa exclusiva de terceiro, excludente de responsabilidade civil da instituição financeira, nos termos do art. 14, §3º, inciso II, do CDC, a afastar a pretensão indenizatória do autor, não se verificando qualquer conduta, comissiva ou omissiva, do banco que pudesse caracterizar falha na prestação de serviços a legitimar a indenização por danos materiais e morais ao autor.

Por certo que cabe ao banco réu providenciar a segurança necessária de seus clientes para que possam praticar as atividades financeiras e utilizar os serviços oferecidos, bem como a guarda dos bens e valores que são colocados sob sua custódia, porém tal dever de segurança fica adstrito aos incidentes ocorridos em suas dependências ou nos estabelecimentos conveniados, que visam a eficácia e comodidade na prestação do serviço bancário.

O caso em tela se enquadra no delito vulgarmente chamado como "saidinha de banco", em que a vítima é abordada por terceiro, fora do estabelecimento bancário, e o dinheiro é subtraído logo após o saque na boca do caixa e nos caixas eletrônicos.

O fato descrito decorre de culpa exclusiva de terceiro e não guarda nexo causal com a atividade desenvolvida pelo réu, sendo certo que não se pode responsabilizar a instituição financeira por danos causados aos seus clientes fora de suas dependências e sem relação com a atividade exercida.

Neste sentido:

"RECURSO ESPECIAL. **AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ASSALTO NA VIA PÚBLICA APÓS SAÍDA DE AGÊNCIA BANCÁRIA. SAQUE DE VALOR ELEVADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. AUSENTE.** 1. **Autora pleiteia reparação por danos materiais e compensação por danos morais em decorrência de assalto sofrido, na via pública, após saída de agência bancária.** 2. Ausente a ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos. 3. **Na hipótese, não houve qualquer demonstração de falha na segurança interna da agência bancária que propiciasse a atuação dos criminosos fora das suas dependências. Ausência, portanto, de vício na prestação de serviços. 4. O ilícito ocorreu na via pública, sendo do Estado, e não da instituição financeira, o dever de garantir a segurança dos cidadãos e de evitar a atuação dos criminosos. 5. O risco inerente à atividade exercida**

Acesso ao Sumário

pela instituição financeira não a torna responsável pelo assalto sofrido pela autora, fora das suas dependências. 6. A análise da existência do dissídio é inviável, porque não foram cumpridos os requisitos dos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ." (STJ; 3ª Turma; REsp nº 1.284.962/MG; Rel. Ministra Nancy Andrighi; julgado em 11/12/2012).

"PROCESSO CIVIL. **RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. BANCO. ASSASSINATO OCORRIDO NA VIA PÚBLICA, APÓS SAQUE EM CAIXA ELETRÔNICO. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO ESTABELECIMENTO BANCÁRIO**. MATÉRIA DE FATO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 07 E 126 DO STJ. I. **O banco não é responsável pela morte de correntista ocorrida fora de suas instalações, na via pública, porquanto a segurança em tal local constitui obrigação do Estado**. II. Impossibilidade, em sede especial, de revisão da prova quanto ao local do sinistro, ante o óbice da Súmula n. 7 do STJ. III. Recurso especial não conhecido." (STJ; 4ª Turma; REsp nº 402.870; Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior; julgado em 16/12/2003).

"**Indenização. Responsabilidade Civil. Dano material e moral. Roubo a cliente de banco, ocorrido fora da agência. Crime denominado "saidinha de banco". Responsabilidade objetiva do Banco-réu não configurada. Obrigatoriedade de garantir a segurança somente em suas dependências. Entendimento contrário caracterizaria inversão de funções entre o particular e o Estado**. Sentença reformada. Recurso provido." (TJSP; 5ª Câmara de Direito Privado; Apelação nº 1053533-91.2013.8.26.0100; Rel. Edson Luiz de Queiroz; julgado em 12/11/2014).

"**RESPONSABILIDADE CIVIL - Indenização - Roubo de dinheiro após a Autora descontar cheque em agência do Banco-réu - Crime denominado 'saidinha de banco' - Delito que ocorreu no estabelecimento comercial da própria Autora, vizinho à agência bancária - Responsabilidade do Banco-réu - Não configuração - Falha na prestação de serviço - Inocorrência - Dever do Banco-réu em garantir a segurança de seus clientes se verifica apenas em suas dependências - Se o fato danoso ocorre fora do estabelecimento bancário, não responde objetivamente o Banco pelo prejuízo sofrido pela Autora - Estender a responsabilidade pelo evento ao Banco-réu seria uma inversão de funções entre o particular e o Estado, responsável pela segurança pública - Indenização por danos morais afastada** - Sentença reformada - Ação indenizatória improcedente - Recurso provido." (TJSP; 20ª Câmara de Direito Privado; Apelação nº 0022378- 98.2012.8.26.0625; Rel. Álvaro Torres Júnior; julgado em 13/10/2014).

"**INDENIZATÓRIA - danos materiais e morais - assalto à mão armada sofrido pelas autoras após saírem da agência bancária - afastada responsabilidade objetiva do réu - ilícito promovido quando as requerentes**

Acesso ao Sumário

já se encontravam distantes 1 km da agência - vítimas deveriam ter se cercado das cautelas necessárias após sacarem numerário considerável no estabelecimento bancário - confirmação da solução singular - aplicação do art. 252 do RITJSP - recurso improvido." (TJSP; 16ª Câmara de Direito Privado; Apelação nº 0044596-38.2011.8.26.0405; Rel. Jovino de Sylos; julgado em 12/11/2013).

"**RESPONSABILIDADE CIVIL - Crime denominado "saidinha de banco" - Assalto de correntista, após o saque de numerário, em via pública - Ausência de falha de segurança interna e de dever de guarda ou segurança fora das dependências da agência, já na via pública - Improcedência** - Recurso desprovido." (TJSP; 1ª Câmara de Direito Privado; Apelação nº 0221352- 41.2011.8.26.0100; Rel. Alcides Leopoldo e Silva Júnior; julgado em 16/07/2013).

Portanto, não há prova da ocorrência de falha na segurança interna suficiente para indicar, por si só, a responsabilidade objetiva da instituição financeira e a existência de nexo causal entre conduta e resultado danoso.

Por esta razão, não há como ser reconhecida a responsabilidade civil do banco, já que a questão discutida é de segurança pública e não de responsabilidade objetiva do banco.

Assim, não pode ser imputado ao banco réu o dever de indenizar o autor por fato por ele não praticado.

De rigor era, pois, a improcedência da ação, exatamente como constou do *decisum* de primeiro grau.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000929-62.2015.8.26.0431, da Comarca de Pederneiras, em que é apelante JOSÉ ROBERTO DIAS DO PRADO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BV FINANCEIRA S/A CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

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 16891)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente) e CERQUEIRA LEITE.

São Paulo, 1º de dezembro de 2016.

Acesso ao Sumário

CASTRO FIGLIOLIA, Relator

Ementa: AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS JULGADA PROCEDENTE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - honorários advocatícios fixados em R$ 200,00 - valor estipulado em montante apequenado - majoração para R$ 1.000,00, nos termos do art. 20, § 4º do C.P.C. de 1973 - recurso provido.

VOTO

Vistos.

Ao relatório da sentença de fls. 52/53, acrescenta-se que se trata de ação cautelar ajuizada pelo autor José Roberto Dias do Prado que buscou a exibição, pela ré BV Financeira S/A Crédito, Financiamento e Investimento, de cópia do contrato de financiamento nº 730126222 firmado entre as partes.

A ação foi julgada procedente. A ré foi condenada no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em R$ 200,00.

Inconformado, o autor recorreu (fls. 58/62). Consignou que o valor fixado a título de honorários advocatícios não se mostrou condizente a remunerar dignamente o advogado. Requereu a majoração do valor dos honorários advocatícios.

A apelada não apresentou resposta (fls. 85).

Recurso processado regularmente.

É a síntese necessária.

Antes de tudo, uma observação é necessária.

O julgamento do apelo se dará de acordo com as regras do CPC de 1973.

Não se olvida que o artigo 1.046 do CPC de 2015 dispõe que: "*Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973*".

Entretanto, não tem lugar a inteira aplicação do dispositivo de lei em comento na hipótese dos autos, dado que a publicação da sentença e a interposição do recurso se deram sob a vigência do CPC de 1973. Incide a hipótese prevista no artigo 14 do CPC de 2015, de seguinte teor: "*A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada*".

Cediço que a teoria do isolamento dos atos processuais preceitua a preservação dos atos praticados antes da vigência de nova norma processual.

Acesso ao Sumário

Em outro dizer, a lei nova não alcança os efeitos produzidos em atos já realizados por força da garantia constitucional do ato jurídico perfeito (cf. art. 5º, inciso XXXVI da CF) - anote-se que a doutrina entende ser possível falar-se em ato jurídico processual perfeito.

Por conseguinte, em termos gerais, os atos já realizados ou consumados não são atingidos pela lei nova. Daí porque as regras do CPC de 1973 não são automaticamente afastadas no julgamento do recurso.

Feitas essas indispensáveis observações, o apelo comporta provimento.

O apelante buscou a exibição do contrato de financiamento nº 730126222 firmado entre as partes. Entrou em contato com o serviço de atendimento ao cliente, em 28/08/2015 - protocolo nº 97570200 (fls. 02). Recebeu a informação de que o prazo máximo para cumprimento da solicitação seria o dia 08/09/2015. Não obstante, a apelada quedou-se inerte.

Assim, cabível a condenação da apelada a arcar com os encargos sucumbenciais, uma vez que deu causa ao ajuizamento da presente ação e restou vencida na lide.

A insurgência do apelante diz respeito ao valor dos honorários advocatícios. Como relatado, a verba honorária foi fixada na r. sentença no valor de R$ 200,00.

Nesse contexto, os honorários advocatícios fixados no presente caso levam em conta o trabalho realizado, o tempo que lhe foi exigido para a realização do trabalho, grau de zelo profissional e o lugar da prestação da obrigação.

Observados os parâmetros do art. 20, § 4º, do C.P.C. de 1973, a insurgência merece guarida para que a verba honorária fixada em favor do procurador do apelante seja aumentada para R$ 1.000,00. Tal valor remunera de maneira adequada o procurador do apelante e não implica desprestígio ao trabalho por ele desenvolvido, o que decorria, *data venia*, da apequenada verba estipulada na sentença.

O referido valor será corrigido pela tabela de cálculos deste tribunal, a partir da data do julgamento do apelo.

Anote-se, por pertinente, que a fixação com base no C.P.C. de 2015 levaria ao mesmo valor.

Nestes moldes, **dá-se provimento ao recurso.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001916-98.2015.8.26.0372, da Comarca de Monte Mor, em que é apelante GIOPLANTA

COMÉRCIO DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS LTDA. EPP, é apelado TELEFÔNICA BRASIL 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 22746)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO PASTORE FILHO (Presidente), JOÃO BATISTA VILHENA e SOUZA LOPES.

São Paulo, 2 de dezembro de 2016.

PAULO PASTORE FILHO, Relator

Ementa: INDENIZAÇÃO - Danos morais - Autora que alega ter sofrido dano moral em virtude de mau funcionamento de suas linhas telefônicas sem que a ré, não obstante as reclamações realizadas, solucionasse o problema - Ausência de ofensa à honra objetiva da empresa - Dano moral inexistente na hipótese - Pretensão indenizatória bem afastada pela r. sentença - Recurso não provido.

VOTO

A apelante pretende a reforma da r. sentença de fls. 132/133, cujo relatório se adota, que julgou improcedente o pedido formulado em ação indenizatória, fundado na alegação de ter sofrido danos morais em virtude do mau funcionamento das linhas telefônicas a ela disponibilizadas pela apelada.

Afirma que o *decisum* não pode prevalecer, sustentando, em suma: que o serviço prestado pela apelada sempre foi precário, obrigando os representantes da apelante a passarem horas ao telefone, sem que a fornecedora solucionasse os problemas relatados; que a apelada não provou sua ausência de culpa pelos problemas das linhas telefônicas ou a existência de visitas técnicas ou contatos telefônicos entre as partes; que apresentou com a inicial os protocolos de atendimento demonstrando a péssima prestação de serviços pela apelada; que, por ser pessoa jurídica, sofreu diversos prejuízos em decorrência do mau serviço prestado, pois necessita das linhas para o contato com seus clientes; que a Súmula 227 reconhece o dano moral à pessoa jurídica.

Recurso regularmente processado, preparado e contrariado.

É o relatório.

A r. decisão merece ser prestigiada.

Isso porque o dano moral à pessoa jurídica - que é desprovida de honra

Acesso ao Sumário

subjetiva - somente pode ser reconhecido quando o suposto dano afetar a honra objetiva da pessoa, ou seja, necessária se faz a violação à sua imagem e boa fama comercial.

Como ressaltado pela C. 35ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal no julgamento da apelação n° 0015255-81.2013.8.26.0506: "*é questão pacífica que as pessoas jurídicas, desprovidas de honra subjetiva, somente podem sofrer abalo a sua honra objetiva - ou seja, à sua imagem perante terceiros - consumidores ou fornecedores.*

E, para que seja viável o arbitramento de indenização por danos extrapatrimoniais a pessoas jurídicas, é essencial que o prejuízo à sua imagem reste comprovado, do contrário inviável a condenação." (Rel. Des. Artur Marques, j. 07/11/2016, v.u.).

Na hipótese em tela, o mau funcionamento do serviço prestado pela apelada, pelo que se tem nos autos, não causou qualquer comprometimento ao nome da apelante no mercado em que atua, o que afasta a alegação de dano moral.

Releva salientar, por sua vez, que a invocada Súmula 227 do C. STJ não socorre a apelante, por ter como acórdãos paradigmas decisões que examinam casos de protesto indevido e difamação pública via imprensa (ofensa à honra objetiva), o que aqui, como se viu, não é o caso.

Em vista dessas circunstâncias, agiu com acerto o MM. Juiz ao afastar a pretensão indenizatória deduzida na inicial, de sorte que a r. sentença fica integralmente mantida.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0016836-70.2011.8.26.0161, da Comarca de Diadema, em que é apelante/apelado ADAMO DA ROCHA OLIVEIRA, é apelado/apelante PANAMERICANO ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara Extraordinária 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 30.037)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ EURICO (Presidente sem voto), SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA e MARIO A. SILVEIRA.

São Paulo, 1º de setembro de 2016.

ARANTES THEODORO, Relator

Ementa: Indenização. Dano moral. Indevida negativação. Valor elevado para o montante usualmente fixado em casos tais. Verba honorária mantida, contudo. Apelação do autor parcialmente provida.

VOTO

Cuida-se de ação declaratória de inexistência de relação jurídica com pleito cumulado de indenização por danos morais, propositura essa fundada na assertiva de que o autor não celebrara o contrato de arrendamento mercantil pelo qual o réu o negativou em cadastro de devedores em razão de suposto inadimplemento.

O acórdão deu provimento ao recurso do réu de modo a cassar a indenização e com isso considerou prejudicada a apelação do autor, na qual ele perseguia elevação do valor daquela verba, assim como dos honorários advocatícios.

O Superior Tribunal de Justiça restabeleceu a condenação e, com isso, devolveu ao tribunal local a incumbência de apreciar o segundo recurso.

É o relatório.

A indenização à época da sentença correspondia a pouco menos de quatro salários-mínimos, montante desproporcional frente à natureza do dano, estando mesmo aquém do que esta Câmara tem fixado em casos análogos.

Realmente, nas situações de indevida negativação tem-se entendido razoável valor em torno de dez salários-mínimos, montante que bem se ajusta àquela sorte de dano e serve adequadamente para os fins da teoria do desestímulo.

Pois aqui nada recomenda a adoção de valor diverso do usual, mostrando-se pertinente observação contida em julgado desta Câmara:

"*A indenização por dano moral deve ser arbitrada em valor que proporcione ao ofendido um ressarcimento, isto é, uma recomposição, de tal sorte que o pagamento não pode deixar o ofendido em situação vantajosa em relação à situação anterior à ofensa, sob pena de tornar-se, antes de tudo 'um bom negócio', desviando-se da função de reparar o tecido social, para constituir fonte de danos.*" (Apelação nº 860.036-0/5, rel. Des. Pedro Baccarat).

Assim, a indenização fica majorada para R$ 5.400,00, valor que será atualizado desde a sentença.

Já quanto à verba honorária nenhuma alteração se justifica.

Afinal, fora ela arbitrada em percentual médio, autorizado pelo artigo 20,

Acesso ao Sumário

§ 3º, do CPC então vigente e que bem se ajustava às particularidades do caso, isto é, à simplicidade da demanda, à expressão econômica da causa e ao trabalho lá reclamado do advogado.

Em suma, para o fim indicado dá-se parcial provimento ao recurso do autor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0037162-09.2012.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante M.H.S. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado FWA EMPREENDIMENTOS TURÍSTICOS E HOTELEIROS LTDA. - EPP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.513)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente sem voto), CRISTINA ZUCCHI e SOARES LEVADA.

São Paulo, 5 de setembro de 2016.

NESTOR DUARTE, Relator

Ementa: Ação indenizatória. Danos morais. Não configuração. Meros dissabores do cotidiano que não tem o condão de atingir direitos da personalidade. Recurso improvido.

VOTO

Visto.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra r. sentença (fls.76), que julgou improcedente ação ajuizada por M.H.S. contra Motel My Konos, cujo pedido é a condenação da ré ao pagamento de indenização por dano moral em razão de ter ingressado nas dependências do motel e ter sido importunado pela água suja que jorrava da banheira instalada no quarto onde se hospedou com sua companheira.

O autor apela (fls. 79/84), sob os auspícios da Justiça Gratuita (fls. 32), asseverando que o juiz não apreciou as provas adequadamente, baseando-se mais nas alegações da ré. Sustenta que a relação é de consumo e que tem a seu favor o benefício do artigo 6º, inciso VIII, do CDC. Pede o provimento do

Acesso ao Sumário

recurso para que a ré seja condenada ao pagamento de indenização por danos morais.

O apelo foi recebido (fls. 86) e respondido (fls. 89/92).

É o relatório.

Conheço do recurso.

A irresignação do autor não prospera, porque a r. sentença bem apreciou a lide e encontra-se fundamentada.

Com efeito, não se verificam elementos de convicção que infirmem o decreto de improcedência da ação, sobretudo porque, dos fatos narrados na petição inicial, não se vislumbra a presença de circunstâncias aptas a ferir direitos da personalidade, pois os danos morais se caracterizam pela dor experimentada, a qual, todavia, não se equipara a simples dissabores do cotidiano, como ocorreu na hipótese. Salienta-se, outrossim, que não são em todas as relações de consumo que se dá a inversão do ônus da prova, ficando tal medida a critério do juiz quando houver verossimilhança nas alegações do autor.

Aliás, a respeito da configuração da ofensa moral, leciona Sergio Cavalieri Filho: "*Nessa linha de princípio, só deve ser reputado com o 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 trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar; tais situações não são intensas e duradouras, aponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos"* (Programa de Responsabilidade civil - pág. 80 - 7ª edição –editora Atlas S/A, 2007).

Dessa forma, fica afastado o pedido de reconhecimento de dano moral, mantendo-se a r. sentença recorrida.

Isto posto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4011527-45.2013.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante TELEFÔNICA BRASIL S/A, é apelado THAYLAN GRANZOTTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito

Acesso ao Sumário

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 14123)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente) e MELO BUENO.

São Paulo, 6 de setembro de 2016.

FLAVIO ABRAMOVICI, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO - DANOS MORAIS - Não comprovada a contratação da prestação de serviços de telefonia "plano pós-pago" - Cobrança indevida de valores - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA, para declarar a inexistência do débito e para condenar ao pagamento de indenização no valor de R$ 5.000,00 - RECURSO DA REQUERIDA IMPROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pela Requerida contra a sentença de fls. 47/51, prolatada pelo I. Magistrado Mauricio José Nogueira (em 12 de dezembro de 2014), que julgou parcialmente procedente a "ação declaratória de inexistência de débito c.c. danos morais", para declarar a inexistência do débito e para condenar ao pagamento de indenização no valor de R$ 5.000,00 (com correção monetária e juros moratórios de 1% ao mês, ambos contados desde a sentença), além das custas e despesas processuais e dos honorários advocatícios (fixados em 12% do valor da condenação).

Alega que o Autor contratou a prestação de serviços de telefonia "plano pós-pago", que impaga a contraprestação, que não caracterizado o dano moral, que excessivo o valor fixado e que caracterizada a litigância de má-fé do Autor. Pede o provimento do recurso, para a improcedência da ação ou para a redução do valor da indenização e para a condenação às penas da litigância de má-fé (fls. 56/66).

Contrarrazões a fls. 71/82, pedindo a condenação da Requerida às penas da litigância de má-fé.

É a síntese.

A prova documental deve ser apresentada com a petição inicial ou com a contestação. "Fora daí, a parte só pode juntar prova documental relativa a fatos novos, fatos antigos de ciência nova, para contrapor à prova documental

Acesso ao Sumário

produzida pela outra parte e se a prova documental é, em si, nova (vale dizer, inexistente ao tempo da petição inicial e da contestação)" - MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. São Paulo: RT, 2008, p. 385.

Os documentos apresentados com as razões de apelação (fls. 60/61) são preexistentes à data da contestação (13 de janeiro de 2014 - fls.20/30), e, por outro lado, não apresentada justa causa para a omissão da Requerida, o que impede a apreciação dos documentos, nos termos do artigo 396 do antigo Código de Processo Civil.

Passo a apreciar o mérito recursal.

O Autor alega que não contratou a prestação de serviços de telefonia plano "pós-pago" ("Vivo controle ilimitado") e que houve a cobrança indevida de valores (fls. 14/15).

Caracterizada a relação de consumo, com a inversão do ônus da prova (artigo 6º, inciso VIII, da Lei número 8.078/90), incumbia à Requerida a comprovação da contratação do "plano pós-pago" - o que não ocorreu, destacando-se que as cópias das telas do sistema informatizado (fls. 31) são documentos unilaterais e não comprovam a contratação.

Assim, ausente a prova da validade da cobrança, com o defeito na prestação do serviço, o que causou constrangimento e exigiu que o Autor realizasse esforços para sanar erro a que não deu causa, com lesão à personalidade.

O valor da indenização deve ser proporcional à reprovabilidade da conduta, promovendo a justa reparação do dano sofrido e a adequada punição da Requerida (para que evite a repetição do atentado), sem causar o enriquecimento sem causa do Autor, e, nesse sentido, razoável o valor fixado (R$ 5.000,00).

Por fim, não caracterizada a litigância de má-fé do Autor e tampouco da Requerida, porque não preenchidos os requisitos descritos no artigo 17 do antigo Código de Processo Civil.

Dessa forma, porque não comprovada a validade da cobrança, de rigor a manutenção da sentença, adotados também os seus fundamentos, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1077679-31.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CÉSAR ROBERTO BONIOTTO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado SEGURADORA

Acesso ao Sumário

LÍDER DOS CONSÓRCIOS DO SEGURO DPVAT 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: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.112)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente), CESAR LUIZ DE ALMEIDA e GILSON DELGADO MIRANDA.

São Paulo, 6 de setembro de 2016.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA. Seguro obrigatório (DPVAT). Autor que se acidentou ao cair de cima do tanque de caminhão parado. Veículo que não foi atingido por outro, o que descaracteriza o evento como acidente de trânsito. Inexistência de nexo causal que afasta a indenização pleiteada. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **CÉSAR ROBERTO BONIOTTO** nos autos da ação de cobrança que promove contra **SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DO SEGURO DPVAT S/A**, com pedido julgado improcedente pela r. sentença de fls. 128/129, cujo relatório se adota, condenando o autor ao pagamento das despesas processuais e verba honorária fixada em R$1.000,00 (um mil reais), observado o disposto no art. 12 da Lei 1060/50.

Sustentou, em síntese, que a legislação não limitou a indenização ao tipo de acidente, exigindo apenas que seja causado por veículo automotor; que é irrelevante que o acidente tenha sido ocasionado por caminhão no ambiente de trabalho (fls. 135/142).

Acesso ao Sumário

Foram oferecidas contrarrazões às fls. 147/152, com pleito de desprovimento do recurso.

É o relatório.

Nos termos do artigo 5º da Lei 6.194/74, o pagamento da indenização será efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa, haja ou não resseguro, abolida qualquer franquia de responsabilidade do segurado.

Assim, qualquer vítima de acidente envolvendo veículos automotores de vias terrestres ou sua carga, inclusive motoristas e passageiros, ou seus beneficiários, pode requerer a indenização do seguro DPVAT.

O caso em testilha tem por supedâneo pleito de indenização securitária, decorrente da alegada invalidez do apelante em razão de acidente ocorrido no dia 20 de março de 2015, quando ele caiu de cima do tanque do caminhão com o qual prestava serviços como motorista, fraturando o tornozelo direito (fls. 18/19).

Frise-se que as alegadas lesões não tiveram como origem acidente automobilístico, haja vista que o caminhão estava parado no momento do evento e não consta ter sido atingido por outro, portanto, a movimentação do veículo não foi o fator determinante para o infortúnio, mas, sim, a ação exclusiva do próprio apelante.

Desta forma, não houve subsunção do fato à norma, ou seja, o evento descrito na inicial não se enquadra na hipótese legal que autoriza o pagamento da indenização por acidente de veículo.

Neste sentido: "*RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE COBRANÇA - SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT) - CONTRATO LEGAL, DE CUNHO SOCIAL - SEGURADO - INDETERMINADO - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA - INDENIZAÇÃO - CABIMENTO - EM REGRA, PELO USO DE VEÍCULO AUTOMOTOR - VEÍCULO PARADO - HIPÓTESE DE INDENIZAÇÃO EXCEPCIONAL - REQUISITOS - INEXISTÊNCIA DE AÇÃO CULPOSA OU DOLOSA DA VÍTIMA E QUE O VEÍCULO SEJA CAUSA DETERMINANTE DO EVENTO DANOSO - INEXISTÊNCIA, NA ESPÉCIE - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. I - O seguro obrigatório (DPVAT) caracteriza-se por ser um contrato legal, de cunho social, em que o segurado é indeterminado. Ele objetiva a reparação por dano pessoal independentemente de apuração de culpa, sendo hipótese de responsabilidade civil objetiva. II - Assim, em regra, para que o sinistro seja considerado protegido pelo seguro DPVAT, é imprescindível que ele tenha sido ocasionado pelo uso de veículo automotor. III - Contudo, é cabível indenização securitária na hipótese excepcional em que o veículo automotor esteja parado ou estacionado. Para isso, todavia, é necessário comprovar que o acidente decorreu de ação não provocada pela vítima, de forma culposa ou dolosa e que o veículo automotor seja causa determinante da ocorrência do evento danoso. Inexistência, na espécie. IV - Recurso especial improvido*"[1].

Idem: "*Ação de cobrança de seguro obrigatório DPVAT. Sentença de improcedência. Apelo do autor. Infortúnio ocorrido em 02/02/2010. Não caracterização de acidente de trânsito. Ausência de cobertura securitária. Invalidez decorrente de queda da carroceria de caminhão estacionado. Acidente de trabalho caracterizado. Pretensão improcedente. Apelação desprovida*"[2].

1 BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp 1187311/MS. Rel. Min. Massami Uyeda. J. 20/09/2011. DJe de 28/09/2011.

2 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 29ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 0037961-

Acesso ao Sumário

Ibidem: "*DPVAT. Acidente de trânsito inocorrente. Queda do autor, de caminhão parado. Ausência de prova demonstrando sequer se o veículo estava em funcionamento enquanto o descarregava. Indenização indevida. Sentença de improcedência mantida. RECURSO NEGADO*"[3].

Nesse passo, tem-se que a r. sentença bem equacionou a lide, devendo prevalecer por seus jurídicos fundamentos.

Ante ao exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4006501-94.2013.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante JOAO CANDIDO COLLADO, é apelada ROBERTA SILVEIRA DA MOTA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 n° 31460)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente) e ANTONIO TADEU OTTONI.

São Paulo, 6 de setembro de 2016.

SOARES LEVADA, Relator

Ementa: Comissão de corretagem. Prova de que o autor aproximou as partes, irrelevante que o negócio tenha sido fechado, posteriormente, sem sua presença ou consultoria. Art. 725 e 727, CCivil. Aproximação inicial essencial à concretização posterior do negócio demonstrada. Procedência do pedido. Obrigação de meio e não de resultado. Apelo provido.

VOTO

1. Apela o autor contra sentença que julgou improcedente pedido formulado em ação de cobrança de comissão de corretagem fundada na intermediação para a compra e venda de imóvel, condenado o vencido ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios de R$ 2.000,00. O apelante

41.2011.8.26.0405. Rel. Des. Carlos Dias Mota. J. 16/03/2016.

3 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 36ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 0018393-61.2010.8.26.0506. Relª. Desª. Gil Cimino. J. 16/06/2016.

sustenta que o trabalho foi prestado e o início do negócio ocorreu devido à intermediação do recorrente, atingindo o resultado pretendido, razão pela qual faz jus à remuneração correspondente. Preparado. Contrarrazões ofertadas pelo improvimento recursal.

É o relatório.

Fundamento e decido.

2. Passa-se ao mérito e nesse ponto o recurso comporta provimento, respeitado o entendimento monocrático.

O contrato de corretagem é informal e basta a aproximação entre as partes para se ter como cumprida sua finalidade. Não descaracteriza a obrigação ter o comprador procurado outro corretor ou diretamente o vendedor, pois terá sido pelo corretor que soube e apresentou o imóvel ao interessado no negócio; no caso dos autos, a prova documental e testemunhal corroboram a intermediação, sendo que os documentos acostados a fl. 12/16 destes autos digitais comprovam a autorização para venda do imóvel pelo corretor, a ponto mesmo de ser oferecida proposta escrita, como se verifica dos autos (e o negócio foi fechado posteriormente entre as partes em bases muito parecidas com as da proposta).

Pois bem. A aproximação entre a compradora e a vendedora foi realizada por intermediação do autor, fato demonstrado à saciedade, expressamente admitido pela própria ré apelada e constante da sentença.

Com efeito, ainda que o negócio tenha sido celebrado posteriormente ao primeiro contato e apresentação do imóvel, a verdade é que, após a realização de apresentação e intermediação útil do imóvel pelo corretor, as partes concretizaram o negócio e efetivamente celebraram o negócio da compra e venda do bem.

Assim sendo, nos termos do art. 725 do Código Civil vigente, a remuneração é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação, ou seja, tenha-se obtido o resultado da mediação útil.

O pagamento pela comissão é mesmo devido ainda que o negócio tenha se efetivado muito tempo depois, em conformidade com o art. 727 do CCivil, que assim dispõe: "Se, por não haver prazo determinado, o dono do negócio dispensar o corretor, e o negócio se realizar posteriormente, como fruto da sua mediação, a corretagem lhe será devida; igual solução se adotará se o negócio se realizar após a decorrência do prazo contratual, mas por efeito dos trabalhos do corretor". Note-se, portanto, ser irrelevante existência de prazo contratual determinado de validade da intermediação, importando sim a efetiva aproximação das partes, aspecto que possibilitou a concretização do negócio, tempos após. Vejam-se decisões do Egrégio Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema:

"*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REVISÃO*

Acesso ao Sumário

PROBATÓRIA. SÚMULA Nº 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. CORRETAGEM. COMISSÃO DEVIDA. OBRIGAÇÃO DE APROXIMAÇÃO DAS PARTES. PRECEDENTES. 1. Restando expressamente delimitada nas instâncias ordinárias a situação fática dos autos e a questão jurídica controvertida, mostra-se desnecessário qualquer revolvimento probatório, bastando o enquadramento jurídico de fatos já descritos e tornados incontroversos pelo órgão julgador, a afastar o óbice da Súmula nº 7 desta Corte. 2. 'Para que seja devida a comissão, basta a aproximação das partes e a conclusão bem sucedida de negócio jurídico. A participação efetiva do corretor na negociação do contrato é circunstância que não desempenha, via de regra, papel essencial no adimplemento de sua prestação. Portanto, esse auxílio, posterior à aproximação e até a celebração do contrato, não pode ser colocado como condição para o pagamento da comissão devida pelas comitentes' (REsp 1.072.397/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 9/10/2009). 3. Se é incontroverso que a intermediação existiu, restando, inclusive, registrada a promessa de compra e venda por intermédio do corretor, irrelevante o fato de ter levado mais 10 (dez) meses para a finalização do negócio. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1194546/AM, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 29/10/2012)"

"MEDIAÇÃO – COMISSÃO DE CORRETAGEM - COBRANÇA - UTILIDADE DA INTERMEDIAÇÃO - NEGÓCIO CONCRETIZADO POSTERIORMENTE - CABIMENTO. Comprovada a aproximação útil e eficaz de vendedor e comprador do imóvel, irrelevante que o negócio somente tenha se concretizado posteriormente e diretamente entre o vendedor e o comprador indicado, sendo justo o pagamento de comissão. (STJ, Resp 196.251/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, v. unânime, DJ 05.06.2000, p. 167)"

Note-se que a comissão é devida, independente dos motivos que levaram à recusa inicial, porque se trata de questão alheia ao corretor, que exauriu sua atividade com a celebração de compromisso de compra e venda. A propósito, confira-se o seguinte precedente:

> "*MEDIAÇÃO - NEGÓCIO DESFEITO POR DESCUMPRIMENTO DE CONDIÇÃO PELA PROMITENTE VENDEDORA, A QUE NÃO DEU CAUSA O CORRETOR IMOBILIÁRIO - IRRELEVÂNCIA DOS MOTIVOS EM FACE DESTE - COMISSÃO DEVIDA. O mediador imobiliário exaure seu mister no resultado concreto decorrente da aproximação das partes, entendido esse resultado quando da lavratura de compromisso de compra e venda do imóvel de forma irretratável e irrevogável. Se o negócio posteriormente não se torna definitivo por fato de terceiro, a que não deu causa, é questão que lhe é estranha, cabendo-lhe o percebimento da comissão livremente ajustada pelas partes. Não existe abusividade alguma em cláusula penal livremente assumida pela*

Acesso ao Sumário

promitente vendedora de imóvel, provado que atuou ela em igualdade de condições no negócio, bem assessorada juridicamente, e sem qualquer indício de incapacidade ou hipossuficiência para justificar eventual exceção ao principio 'pacta sunt servanda' (TJSP, APELAÇÃO COM REVISÃO N° 548616-0/0, Rel. Desembargador Soares Levada)."

A recusa da proposta inicial e posterior retomada direta das negociações até a concretização da compra e venda, não têm o condão de eximir a ré de sua responsabilidade, notadamente em razão da observância ao princípio da boa-fé na consecução dos negócios. Caberia à ré analisar bem as consequências da contratação dos serviços de intermediação antes de firmá-la e não posteriormente, como ocorrera.

Dessa forma, procede o pedido inicial, razão pela qual se condena a ré a pagar ao autor valor equivalente ao percentual de 6%, em razão da intermediação do negócio descrito nestes autos, em bases usuais e montante comum no mercado imobiliário, com atualização monetária até a data do pagamento e juros de mora a partir da citação. Invertem-se os ônus sucumbenciais.

3. Pelo exposto, **dá-se provimento ao apelo**, nos termos explicitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1012804-81.2014.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante ANTONIO FERREIRA VALENTE NETO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado CLAUDIO STOCHI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª 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 20.110)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MILTON CARVALHO (Presidente) e ARANTES THEODORO.

São Paulo, 9 de setembro de 2016.

WALTER CESAR EXNER, Relator

Ementa: Mediação. Cobrança. Improcedência. Controvérsia sobre a aproximação útil das partes pelo autor. Finalização do negócio por outro profissional que efetivamente apresentou comprador ao vendedor, sendo o imóvel negociado por valor expressivamente

Acesso ao Sumário

menor àquele oferecido anteriormente pelo autor e depois de expirado o prazo de opção. Sentença mantida. Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de cobrança de comissão de corretagem ajuizada por Antonio Ferreira Valente Neto em face de Claudio Stochi, que a r. sentença de fls. 138/142, de relatório adotado, julgou improcedente.

Inconformado, apela o autor alegando, em síntese, que recebeu do requerido opção de venda, datado de 10 de julho de 2013, e que, após a venda do imóvel aos 25 de março de 2014, não recebeu a comissão devida, no valor de R$ 88.000,00, não tendo a sentença apreciado, de forma devida, as provas dos autos.

O recurso foi recebido no duplo efeito e o apelado, em contrarrazões, bateu-se pelo desprovimento.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre observar a lição do professor Caio Mário da Silva Pereira, que define o contrato de corretagem como "*aquele pelo qual uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, se obriga, mediante remuneração, a agenciar negócios para outra, ou fornecer-lhe informações para celebração de contrato*". (*in* "Instituições de Direito Civil: Contratos", v. III, Forense, 11ª ed., 2004, p. 384).

Na espécie dos autos, pugna o autor pelo pagamento de comissão de corretagem ante a alienação do imóvel do réu a terceiros por ele apresentados, o que, no entanto, não merece prosperar.

Segundo entendimento jurisprudencial "*o direito à percepção de comissão depende do preenchimento de três requisitos essenciais: a)- a contratação (verbal ou por escrito) do corretor que, via de consequência, fica autorizado a fazer a mediação; b)- a realização de serviços que logrem a aproximação das partes; c)- finalmente, a concretização do negócio, pois a comissão está intimamente subordinada ao resultado útil da mediação*" (2º TACSP - Ap. 585.387-00/0 - Rel. Juiz Paulo Hungria - 6ª Câmara - J. 12.09.2000).

No caso, restou incontroverso que as partes celebraram contrato (fls. 13) e houve uma primeira aproximação entre o réu e os adquirentes do imóvel - Rodolpho Cesar Magalhães e Thereza Analia Cochar Magalhães - por meio do autor. No entanto, não houve a efetivação do negócio entre as partes durante o prazo de validade da opção de venda, qual seja, 31 de julho de 2013 (fls. 13), ante a discordância dos valores propostos para a compra e venda (fls. 105/107).

Acesso ao Sumário

Ocorre que o imóvel do réu foi efetivamente vendido a Rodolpho e Thereza (fls. 17), com intermediação de outro profissional, verificando-se, porém, que o negócio jurídico se deu pelo valor de R$2.200.000,00, ou seja, em condições diversas àquelas negociadas pelo autor e após o vencimento do prazo da proposta por ele encaminhada, no montante de R$ 2.730.000,00 (fls. 13).

Nesse sentido, é observado o depoimento pessoal de Rodolpho, em que afirma ter sido procurado pelo autor e por Luis, em julho de 2013, oferecendo-lhe a área em questão, da qual possuía um terreno em área anexa, com opção até o dia 13 daquele mês, pelo valor de aproximadamente R$ 2.700.000,00, desinteressando-se da compra em razão do preço. Entre dois a quatro meses depois, foi contatado pelo corretor Molina, que também lhe ofertou o referido imóvel, tendo este profissional levado o proprietário - a quem não conhecia pessoalmente - ao seu encontro, vindo assim a concretizar o negócio, pela quantia de R$2.200.000,00, em parcelas (fls. 103/109).

Logo, levando-se o fechamento do negócio, por intermediação de corretor diverso, que efetivamente aproximou as partes e no montante expressivamente menor àquele proposto pelo autor, muito depois de expirado o prazo de validade da opção de venda original, outra solução não restava ao litígio, senão aquela adotada pela r. sentença de primeiro grau, que assim fica mantida.

Isto posto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001380-79.2014.8.26.0445, da Comarca de Pindamonhangaba, em que é apelante SONY BRASIL LTDA., é apelado OSCAR MASAO HATANAKA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª 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 28.692)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MILTON CARVALHO (Presidente) e WALTER CESAR EXNER.

São Paulo, 12 de setembro de 2016.

PEDRO BACCARAT, Relator

Ementa: Ação redibitória. Compra e venda de tv. Ajuizamento da ação após o término da garantia contratual. Vício oculto constatado depois de 29 meses

Acesso ao Sumário

da data da compra, mas durante a vida útil esperada para a televisão. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de apelação interposta contra sentença que julgou parcialmente procedente ação redibitória cumulada com pedido de indenização por danos morais. A magistrada, Doutora Claudia Aparecido de Araujo, reconheceu a ilegitimidade da loja vendedora do produto defeituoso. Entendeu que o vício oculto no aparelho de tv apareceu dentro do período de vida útil do bem, ainda que fora do prazo legal de garantia, condenando a fabricante a devolver ao Autor o valor pago, R$2.799,00, corrigido monetariamente desde fevereiro de 2014, com juros de mora contados da citação. Rechaçou o pedido de indenização por dano moral. Repartiu as verbas de sucumbência.

Apela a fabricante alegando que o Autor decaiu do direito de ressarcimento em razão do suposto vício redibitório, porque transcorrido o prazo de garantia do bem que, no caso, era de 12 meses contados da data da compra do aparelho televisor. Ressalta que o bem foi usado por 29 meses.

Recursos regularmente processados.

É o relatório.

Em 15 de abril de 2014 o Autor ajuizou ação redibitória cumulada com pedido de indenização por danos morais, sustentando ter adquirido, em 11 de setembro de 2011, uma televisão 3D LED Bravia, 40 polegadas, da marca Sony Brasil Ltda., por R$2.799,00, da empresa Via Varejo S/A. Diz que no início do mês de fevereiro de 2014 o aparelho começou a apresentar problemas, e por isso, em 12 de março de 2014 foi levado ao posto autorizado da fabricante para conserto, tendo sido constatado um defeito na placa. Mais tarde tomou conhecimento de que o bem não tinha mais conserto.

A pretensão do Autor está fundada em vício redibitório e, por isso, calcada no Código de Defesa do Consumidor, que prevê o prazo de 90 dias para reclamar de vício oculto, desde a data em que foi evidenciado o problema. O parágrafo 3º do artigo 26 do CDC, estabelece que o termo inicial do prazo decadencial da ação redibitória se dá "*no momento em que ficar evidenciado o defeito*".

Discute-se a possibilidade do ajuizamento da ação redibitória após o término da garantia contratual.

Segundo dispõe a regra do parágrafo 3º do artigo 26 do CDC, o prazo de garantia para reclamar vícios ocultos tem termo inicial coincidente com o momento em que ele se torna evidente. Disto decorre que o limite para garantia é mesmo o tempo de vida útil do produto. Sobre o tema Cláudia Lima Marques suscita a dúvida e propõe que a questão se resolva com observância do que

Acesso ao Sumário

ordinariamente se reconhece como vida útil de um produto: "*Será, então, a garantia legal do CDC eterna? Não, os bens de consumo possuem uma durabilidade determinada. É a chamada vida útil do produto...*" e acrescenta "*Se o vício aparece no fim da vida útil do produto, a garantia existe, mas começa a esmorecer, porque se aproxima o fim natural da utilização dele, porque o produto atingiu sua durabilidade normal, porque o uso e desgaste, como escondem a anterioridade do vício, são causas alheias à relação de consumo, como que se confundem com a agora revelada inadequação do produto para o seu uso normal... É a 'morte' prevista para os bens de consumo*". (Contratos no CDC, 5ª ed., RT, 2005, p.1197).

Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: "*No mérito da causa, cuida-se de ação de cobrança ajuizada por vendedor de máquina agrícola, pleiteando os custos com o reparo do produto vendido. O Tribunal a quo manteve a sentença de improcedência do pedido deduzido pelo ora recorrente, porquanto reconheceu sua responsabilidade pelo vício que inquinava o produto adquirido pelo recorrido, tendo sido comprovado que se tratava de defeito de fabricação e que era ele oculto. Com efeito, a conclusão a que chegou o acórdão, sobre se tratar de vício oculto de fabricação, não se desfaz sem a reapreciação do conjunto fático-probatório, providência vedada pela Súmula 7/STJ. Não fosse por isso, o ônus da prova quanto à natureza do vício era mesmo do ora recorrente, seja porque é autor da demanda (art. 333, inciso I, do CPC) seja porque se trata de relação de consumo, militando em benefício do consumidor eventual déficit em matéria probatória. 4. O prazo de decadência para a reclamação de defeitos surgidos no produto não se confunde com o prazo de garantia pela qualidade do produto - a qual pode ser convencional ou, em algumas situações, legal. O Código de Defesa do Consumidor não traz, exatamente, no art. 26, um prazo de garantia legal para o fornecedor responder pelos vícios do produto. Há apenas um prazo para que, tornando-se aparente o defeito, possa o consumidor reclamar a reparação, de modo que, se este realizar tal providência dentro do prazo legal de decadência, ainda é preciso saber se o fornecedor é ou não responsável pela reparação do vício. 5. Por óbvio, o fornecedor não está, ad aeternum, responsável pelos produtos colocados em circulação, mas sua responsabilidade não se limita pura e simplesmente ao prazo contratual de garantia, o qual é estipulado unilateralmente por ele próprio. Deve ser considerada para a aferição da responsabilidade do fornecedor a natureza do vício que inquinou o produto, mesmo que tenha ele se manifestado somente ao término da garantia. Os prazos de garantia, sejam eles legais ou contratuais, visam a acautelar o adquirente de produtos contra defeitos relacionados ao desgaste natural da coisa, como sendo um intervalo mínimo de tempo no qual não se espera que haja deterioração do objeto. Depois desse prazo, tolera-se que, em virtude do uso ordinário do*

Acesso ao Sumário

produto, algum desgaste possa mesmo surgir. Coisa diversa é o vício intrínseco do produto existente desde sempre, mas que somente veio a se manifestar depois de expirada a garantia. Nessa categoria de vício intrínseco certamente se inserem os defeitos de fabricação relativos a projeto, cálculo estrutural, resistência de materiais, entre outros, os quais, em não raras vezes, somente se tornam conhecidos depois de algum tempo de uso, mas que, todavia, não decorrem diretamente da fruição do bem, e sim de uma característica oculta que esteve latente até então. 7. Cuidando-se de vício aparente, é certo que o consumidor deve exigir a reparação no prazo de noventa dias, em se tratando de produtos duráveis, iniciando a contagem a partir da entrega efetiva do bem e não fluindo o citado prazo durante a garantia contratual. Porém, conforme assevera a doutrina consumerista, o Código de Defesa do Consumidor, no § 3º do art. 26, no que concerne à disciplina do vício oculto, adotou o critério da vida útil do bem, e não o critério da garantia, podendo o fornecedor se responsabilizar pelo vício em um espaço largo de tempo, mesmo depois de expirada a garantia contratual. Com efeito, em se tratando de vício oculto não decorrente do desgaste natural gerado pela fruição ordinária do produto, mas da própria fabricação, e relativo a projeto, cálculo estrutural, resistência de materiais, entre outros, o prazo para reclamar pela reparação se inicia no momento em que ficar evidenciado o defeito, não obstante tenha isso ocorrido depois de expirado o prazo contratual de garantia, devendo ter-se sempre em vista o critério da vida útil do bem." (REsp 984106/ SC - Rel. Ministro Luis Felipe Salomão).

Adotando-se esta posição, verifica-se, no caso, que a Apelante não estava autorizada a recusar a garantia, tendo em vista o diminuto tempo de vida útil do aparelho televisor, aproximadamente 29 meses, não se revelando razoável que um bem caro e moderno tenha durabilidade inferior a 5 anos.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002635-87.2014.8.26.0575, da Comarca de São José do Rio Pardo, em que é apelante JOÃO DIONISIO DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado SUL AMÉRICA SEGUROS DE PESSOAS E PREVIDÊNCIA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª 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 28.026)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente), CRISTINA ZUCCHI e SOARES LEVADA.

São Paulo, 12 de setembro de 2016.

GOMES VARJÃO, Relator

Ementa: Seguro de vida em grupo. Resilição unilateral das renovações automáticas. Possibilidade nos termos das orientações da SUSEP. Hipótese na qual, contudo, a pretensão da seguradora não foi sequer comunicada ao segurado, o qual vinha pagando o prêmio por mais de 40 anos. Procedimento que fere os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, além de implicar excessiva desvantagem ao consumidor.

Recurso parcialmente provido para julgar procedente em parte a pretensão deduzida na inicial.

VOTO

A r. sentença de fls. 399/402, cujo relatório se adota, reconheceu a prescrição e julgou extinto o processo, com fundamento no art. 269, IV, do CPC/1973.

Apela o autor (fls. 408/411). Sustenta ter contratado o seguro desde 01/07/1970, o qual foi renovado por mais de 40 anos. Aduz que o magistrado considerou a data em que a seguradora Sul América notificou a empresa de Itaiquara de Açúcar e Álcool S/A, às fls. 367, mas não houve comprovação e que o segurado foi notificado, o qual não tinha conhecimento do rompimento do contrato e, tanto isso é verdade, que continuou efetuando o pagamento mensal. Ressalta ser pessoa extremamente simples, que cursou até a 2ª série do ensino básico. Afirma que, de acordo com o documento de fl. 388 verso, o seguro continuaria normalmente após a aposentadoria, ou seja, o autor se aposentou em 1993, fl. 25 e, desde então, já tinha o seu direito garantido. Destaca que não tinha conhecimento de que seu seguro havia sido cancelado e, assim, não tinha como procurar os seus direitos anteriormente. Acrescenta que, de acordo com a jurisprudência, o art. 206, § 1º, inciso II, e Súmula 101 do STJ somente são considerados nos casos em que ocorreu um sinistro, hipótese diversa do caso, em que se postula a reparação de um ato ilícito, consistente em negar a seguradora a renovar o contrato. Assim, pleiteou o provimento do apelo.

Recebido o apelo no duplo efeito (fl. 412), a seguradora apresentou contrarrazões (fls. 414/423) e os autos foram encaminhados a esta Superior Instância.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

A presente ação cuida da pretensão do segurado, de renovar contrato de seguro de vida em grupo após resilição unilateral feita por parte da seguradora.

A jurisprudência assentou o entendimento de que o prazo ânuo previsto no art. 206, § 1º, do Código Civil se refere à pretensão de indenização em decorrência de sinistro e, tanto isso é verdade, que a súmula 101 do Colendo STJ faz expressa referência a "*ação de indenização*".

Referida Súmula foi feita em 1994, ainda na vigência do anterior Código Civil de 1916, que continha disposição semelhante no art. 178, § 6º, inciso II.

Não se ignora a existência de julgados que concluíram pela ocorrência de prescrição trienal, com fundamento no art. 206, § 3º, inciso IV, do Código Civil, mas tem prevalecido a orientação de que esse lapso temporal somente atinge a reparação civil extracontratual e não aquela derivada do contrato, como aquela que se discute no presente caso.

A relação existente entre as partes é, inequivocamente, de consumo, nos precisos termos do que dispõe o art. 3º da Lei n. 8.078/90, especialmente aquela prevista no § 2º desse artigo, que faz expressa referência à atividade "*securitária*". Isso não significa que se possa aplicar a prescrição quinquenal prevista no art. 27 daquela lei, porque não se trata de "reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço".

Não havendo disposição específica, aplica-se a regra geral prevista no art. 205 do Código Civil, segundo a qual a prescrição ocorre em dez anos.

Nesse sentido:

Seguro de vida em grupo. Resilição abusiva do contrato pela seguradora. Prescrição não configurada. Inaplicabilidade do prazo anual previsto no artigo 206, §1º, II, "b", do Código Civil. O prazo anual de prescrição do seguro não se aplica aos casos de abusiva resilição do contrato de seguro de vida, pois nesse caso a indenização decorre do inadimplemento contratual, cuja pretensão é sujeita ao prazo de dez anos do artigo 205 do Código Civil. Danos morais caracterizados. Indenização devida. Não renovação da apólice pela seguradora após mais de trinta anos de vigência (Apólice n. 10 da COSESP). Conduta abusiva violadora da função social do contrato e da boa-fé objetiva. Ofensa ao postulado da dignidade da pessoa humana. Valor indenizatório arbitrado em 30% do capital segurado devido na época em função do evento morte natural. Recurso provido.

(TJSP, Apel. n. 9000186-12.2010.8.26.0100, Relator(a): Hamid Bdine; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 29ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 18/03/2015; Data de registro: 19/03/2015)

Seguro de vida e acidentes pessoais. Cobrança. Denunciação da lide. Inadmissibilidade. A hipótese não integra o rol taxativo elencado no

Acesso ao Sumário

artigo 70 do CPC. Preliminar rejeitada. Ação proposta por beneficiários. Prescrição anua. Impropriedade. Prazo prescricional de 10 (dez) anos. Inteligência do disposto no artigo 205 do CC. Preliminar afastada. Seguro de vida em. grupo e acidentes pessoais. Resilição do contrato. Alegação desprovida de prova de que a empresa estipulante tenha rescindido o contrato de seguro coletivo, ou que tenha deixado de pagar o prêmio. Indenização devida. Recurso desprovido.

(TJSP, Apel. n. 9141685-95.2007.8.26.0000, Relator(a): Júlio Vidal; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 05/07/2011; Data de registro: 08/07/2011; Outros números: 992070470790)

Superada a questão relativa à prescrição, afasto a alegação de ilegitimidade da seguradora, pois o próprio contrato juntado pela ré (fls. 219/225) deixa claro que a Usina Itaiquara de Açúcar e Álcool S/A figurou como estipulante.

A cláusula treze do contrato faz referência a possíveis descontos ou consignações em folha de pagamento (parágrafo 3º), o que deixa claro que ele se referia aos funcionários da empresa.

O documento de fl. 23 não foi impugnado. Nele consta que:

"A SUL AMERICA Companhia Nacional de Seguros de Vida, tem o prazer de comunicar ao segurado cujo nome abaixo vai declarado, que, de acordo com o seu consentimento está êle fazendo parte do seguro em grupo representado pela apólice emitida por solicitação do seu Empregador e com as características que adiante se especificam:"

"N.º da Apólice: 2.239

Nome do Empregador: Usina Itaiquara de Açúcar e Álcool Nome do Segurado: João Dionísio dos Santos

Data da Comunicação: 1 JUL 1970

Beneficiários Declarados: Anita Maria de Jesus - Mãe."

Assim, passa-se a examinar o mérito.

Como regra, o contrato de seguro estabelece um prazo de vigência certo, com início e fim de validade (art. 760 do CC).

A Superintendência de Seguros Privados - SUSEP regulamentou, contudo, a possibilidade de renovações automáticas (art. 28 da Circular n. 17/1992 e 90/1999).

A seguradora pode pôr fim às renovações, por meio de regular denúncia. A comunicação deve, todavia, ser comunicada a todos os interessados, cujos direitos possam ser atingidos.

No caso dos autos, comprovou o autor ter efetuado pagamentos avulso durante todo o ano de 2012 (fls. 27/37), os quais foram recebidos pelo

Acesso ao Sumário

Departamento Pessoal da Empregadora.

Descreveu o autor que, em janeiro de 2013 a empresa se recusou a renovar o contrato de seguro.

Inequívoco que o consumidor deveria ser comunicado a respeito do encerramento do contrato estabelecido entre a empregadora e a seguradora, pois ele era o segurado. O art. 473 do Código Civil é bastante claro ao determinar que "*a resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.*"

O art. 39 do CDC dispõe ser vedado ao fornecedor de serviços recusar a prestação "*diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento*".

O art. 30 da Lei n. 9.656/98, por sua vez, assegura que o segurado mantenha a sua condição "*nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral.*"

Ora, conquanto o presente caso não trate de seguro de assistência à saúde, a pretensão é semelhante e, considerado o tempo que ele já contribuiu, por mais de 40 anos, é razoável que possa manter o seguro em vigor, pagando o correspondente prêmio referente à sua faixa etária.

Nesse sentido:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA. RESCISÃO UNILATERAL. IMPOSSIBILIDADE. OMISSÃO NO ACÓRDÃO. RESTABELECIMENTO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL PELA SEGURADORA. POSSIBILIDADE.
>
> 1. Tendo-se concluído pela impossibilidade de resilição unilateral de seguro de vida, é necessário o ajuste do contrato para o restabelecimento do equilíbrio contratual entre as partes.
>
> 2. Embargos de declaração acolhidos.
>
> (STJ, EDcl no AREsp 38758/PR, EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL, 2011/0137412-1, Relator(a): Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1123), Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA, Data do Julgamento: 25/06/2013, Data da Publicação/Fonte: DJe 28/06/2013)

Acesso ao Sumário

Não se pode admitir a conduta da seguradora, de deixar desamparado o segurado quando os riscos de sinistro aumentam, o que fere a boa-fé objetiva, de observância obrigatória em qualquer contrato.

É necessário ressaltar, ainda, que, havendo dúvida quanto à interpretação das cláusulas contratuais, deverá ela ser resolvida da maneira mais favorável ao consumidor, nos termos do artigo 47 da Lei 8.078/90.

Não é demais observar que, de acordo com o artigo 54, § 2º, do Código

de Defesa do Consumidor, nos contratos de adesão, a cláusula resolutória só é admitida quando alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, o que não se verificou no presente caso.

Ademais, a autonomia da vontade e a liberdade de contratar devem respeitar a função social do contrato. Se, por um lado, a seguradora busca a circulação da riqueza e a obtenção de lucro, por outro tem o dever de informar o consumidor da necessidade de atualização do prêmio, e não simplesmente deixar de renovar a avença, de forma unilateral e impositiva.

Nesse sentido, confiram-se as ementas dos seguintes julgados desta E. Câmara:

> AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. NEGATIVA DE INDENIZAÇÃO. Resilição unilateral do contrato por parte da seguradora. Aplicação das normas do CDC. Ausência de prova da observância dos requisitos previstos na legislação pertinente. Pagamento ininterrupto das parcelas do prêmio, mesmo após a alegada denúncia do contrato, sem que houvesse recusa pela ré. Conduta que caracteriza afronta à boa- fé objetiva (artigos 113, 187 e 422 do CC). Indenização devida. Sentença de procedência que deve ser mantida porquanto correta sua análise dos fatos e fundamentos. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP, Apel. n. 1042508-81.2013.8.26.0100, Relator(a): Carmen Lucia da Silva; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 09/06/2016; Data de registro: 16/06/2016)
>
> APELAÇÃO - AÇÃO DE COBRANÇA - SEGURO DE VIDA EM GRUPO - NEGATIVA DE INDENIZAÇÃO - Resilição unilateral do contrato - Aplicação das normas contidas no Código de Defesa do Consumidor - Possibilidade (art. 760 do CC) - Circulares da SUSEP nº 17/1992 e 90/1999 - Ausência, contudo, de prova acerca da observância aos requisitos previstos na legislação pertinente - ÔNUS DA PROVA (artigo. 333, II, do CPC) - Pagamento ininterrupto do prêmio, por outro lado, durante mais de 14 anos, e por cerca de dois após a alegada denúncia do contrato, sem que houvesse recusa pela ré - Conduta que caracteriza afronta à boa-fé objetiva (artigos 113, 187 e 422 do CC) - Inexistência de conflito com relação ao entendimento firmado pelo STJ sobre o tema - Resilição abusiva - Reconhecimento - Indenização devida - Recurso provido.
>
> (TJSP, Apel. n. 0199950-35.2010.8.26.0100, Relator(a): Hugo Crepaldi; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 25/06/2015; Data de registro: 26/06/2015)
>
> SEGURO DE VIDA EM GRUPO E ACIDENTES PESSOAIS. COBRANÇA. RESILIÇÃO UNILATERAL. RENOVAÇÃO. RECUSA IMOTIVADA. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO IMPROCEDENTE EM PRIMEIRO GRAU. RECURSO PROVIDO.
>
> (Ap c/Rev nº 1.117.392-00/4 Rel NESTOR DUARTE j. 27/07/09)

Acesso ao Sumário

APELAÇÃO - SEGURO DE VIDA EM GRUPO – Resilição unilateral do contrato pela seguradora, com base em cláusula permissiva - Primazia do princípio da dignidade da pessoa humana e da fragilidade do consumidor, mormente o idoso - Abuso no exercício de direito - Abusividade configurada - RECURSO IMPROVIDO.

(Ap c/Rev nº 1.137.738-00/5 - Rel Des ANTONIO NASCIMENTO - j. 23/04/08)

Não obstante a conduta abusiva da ré, não há qualquer respaldo legal para o acolhimento do pedido de indenização por dano moral, porque se cuida de mero descumprimento da obrigação. Não demonstrou o autor abalo psíquico tal que justifique essa reparação. Eventual indenização só seria devida na hipótese de efetiva ocorrência dos sinistros descritos no contrato.

Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso para julgar a ação procedente em parte, a fim de restabelecer a renovação automática das apólices, nas mesmas condições anteriormente pactuadas, autorizado o cálculo atuarial para a renovação do prêmio. Julgo improcedente o pedido de indenização por danos morais. Em razão da sucumbência recíproca, condeno cada parte ao pagamento de metade das custas e despesas processuais, bem como dos honorários de seus respectivos patronos.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0056940-73.2010.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante LUIZ ANTONIO RIGHETTO (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados METROPOLITAN LIFE SEGUROS E PREVIDÊNCIA PRIVADA S/A, ZURICH MINAS BRASIL SEGUROS S/A e USCEESP - UNIÃO DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO NOSSA CAIXA DE SÃO PAULO.

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 26494)**

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

São Paulo, 14 de setembro de 2016.

ANDRADE NETO, Relator

Ementa: SEGURO DE VIDA EM GRUPO - CLÁUSULA DE MAJORAÇÃO DO VALOR DO PRÊMIO POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA - ALEGAÇÃO DE ABUSIVIDADE - DESCABIMENTO - CLÁUSULA QUE, ALÉM DE TOTALMENTE LÍCITA, É A QUE MELHOR ATENDE AOS INTERESSES DA COLETIVIDADE - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO MANTIDA.

Considerando-se que quanto mais se vive, ou seja, quanto maior o percurso de nosso caminho em direção à morte, menor a incerteza da duração da vida, tem-se por perfeitamente razoável que, ante o aumento da sinistralidade decorrente da simples passagem do tempo, haja modificações na equação econômico-financeira do contrato de seguro de vida, o que torna, para efeito de sua adequação à realidade, perfeitamente lícita cláusula prevendo majoração do valor do prêmio de acordo com a variação da faixa etária. Por outro lado, considerando que, normalmente, quem contrata seguro de vida, o faz para proteger familiares que dele dependem economicamente para sobreviver, evidente ser a contratação muito mais necessária a um jovem pai de família para minorar os efeitos econômicos perversos que sua morte causar a seus parentes próximos, do que um homem idoso, que já conseguiu amealhar patrimônio, passível de ser usufruído pelo cônjuge supérstite e cujos filhos, mais velhos, já se encontram em condições de suprir autonomamente suas sobrevivências.

Isso significa que seguro de vida, sob o ponto de vista social e utilitário, se presta muito mais para atender aos anseios e interesses dos mais jovens do que dos mais idosos, o que torna, por conseguinte, bem mais benfazejo à coletividade a comercialização de contratos de seguro de vida cujo sistema de pagamento de prêmios incentive a adesão dos mais jovens, atendendo mais aos seus interesses do que aos dos mais idosos. E, não resta dúvida que o seguro com valores de prêmios estruturados segundo a faixa etária é o produto que melhor se presta para tais finalidades.

Acesso ao Sumário

RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação do segurado contra sentença que julgou improcedente ação de obrigação de fazer cumulada com indenização fundada em seguro de vida.

O apelante sustenta legitimidade da corré Zurich Minas Brasil Seguros S/A, pois, embora o contrato vigente tenha sido firmado pela sua sucessora Metlife, a relação original se deu com ela. No mérito aduz, em síntese, que o reajuste por mudança de faixa etária proposto não devem subsistir, pois é abusivo e fere o princípio da boa-fé contratual e o Estatuto do Idoso. Pede a procedência da demanda para que o contrato seja renovado nos mesmo termos inicialmente avençados, bem como seja indenizado pelos danos morais sofridos.

O recurso foi recebido e processado no duplo efeito, com contrarrazões.

É o relatório.

Inicialmente cabe ressaltar que a seguradora Zurich Minas Brasil nunca celebrou contrato com o segurado. Segundo apurado nos autos, consultada pela estipulante União dos Funcionários do Banco Nossa Caixa de São Paulo (USCEESP), ofereceu proposta para realizar seguro em grupo em proveito dos funcionários representados pela estipulante, mas esse contrato não foi aceito, tendo a estipulante optado por contratar a corré Seguradora Metlife. Assim, correta a decisão de primeiro grau de exclui-la da lide por ilegitimidade passiva.

Segundo se extrai dos autos, o autor Luiz Antônio Righetto, na qualidade de funcionário do Banco Nossa Caixa, vinha mantendo desde 1978 contrato de seguro de vida em grupo, intermediado e administrado pela estipulante USCEESP. Ocorre que, conforme asseverado pela própria estipulante, a seguradora anteriormente contratada, diante do aumento da sinistralidade, houvera manifestado desejo de não mais renovar a apólice, o que fez com que a estipulante, no intuito de amparar seus associados, fosse ao mercado em busca de outra seguradora que oferecesse proposta que melhor os atendesse. Encontrou a corré Metlife, tendo, então, celebrado com ela, a partir do final de março de 2010, o contrato de seguro coletivo que o autor questiona em razão de inclusão de cláusula de majoração do valor do prêmio por faixa etária do segurado, fato que, no caso do autor, elevou em 45,52% o valor do prêmio, passando de R$ 116,14 para R$ 169,01. Dizendo ser tal alteração abusiva, reclama pela sua nulidade e restabelecimento do sistema vigente anteriormente, além de repetição do indébito e indenização pelo abalo moral.

Acesso ao Sumário

Sendo esse o quadro, cabe desde logo destacar que, no caso presente, não se há falar sequer em renovação da apólice primitiva. Houve uma nova contratação com seguradora diversa, não sendo possível juridicamente impingir

à nova contratada as mesmas condições do contrato feito anteriormente com outra seguradora.

Se assim é, não se há cogitar de violação do art. 801, § 2º, do CC. Tal dispositivo legal objetiva restringir, em se tratando de seguro em grupo, os poderes de representação dos segurados pelo estipulante, de molde a estabelecer que toda a modificação na apólice em vigor dependerá da anuência expressa de três quartos do grupo segurado. Com esse dispositivo, perde o estipulante o poder de, ao seu alvedrio, alterar apólice em vigor.

Ora, no caso, não houve nenhuma alteração de apólice em vigor, mas tão somente uma nova contratação com diferente seguradora, uma vez encerrado o período de vigência da apólice primitiva.

Feitas essas observações preliminares, cabe apenas analisar se a cláusula questionada pode ou não ser qualificada como abusiva ou ilegal.

Sobre essa questão, cabe obtemperar o seguinte.

A maioria dos contratos de seguro existentes no mercado eram estruturados conforme o chamado sistema de taxa média. Segundo esse sistema, os segurados que aderiam à apólice pagavam o mesmo valor do prêmio, independentemente da faixa etária em que se encontravam.

Verte claro que, nesse sistema, os aderentes mais jovens, na prática, subsidiam os mais velhos. Daí porque, para que um seguro de vida com base no sistema de taxa média se mostre viável, há a necessidade da adesão de um número significativo de jovens. Se não houver segurados jovens em quantidade suficiente para subsidiar os prêmios dos segurados idosos, tais seguros não conseguem sobreviver.

Ocorre que os mais jovens passaram a se desinteressar por tal espécie de seguro. Se pagavam o mesmo valor do prêmio que os mais idosos, sendo o risco de ocorrência do sinistro menor, não lhes parecia compensatório contratar o seguro, sendo mais razoável que somente o fizessem quando mais velhos ficassem.

Diante dessa mudança de hábito dos consumidores mais jovens de seguro de vida, os seguros estruturados segundo o critério da taxa média, dependente da adesão de pessoas de todas as idades, passaram a se tornar inviáveis. Não havendo quantidade suficiente de segurados jovens para, em essência, subsidiarem os prêmios dos segurados idosos, a sobrevivência dessa modalidade securitária sofreu significativo abalo.

Assim, em resposta lógica e coerente às novas exigências do mercado securitário, os contratos oferecidos ao público migraram para o sistema de escalonamento dos prêmios de acordo com faixas etárias.

Tal solução, além de se revelar mais adequada às novas exigências de consumo, é também a que melhor responde a uma análise fundada em juízos

Acesso ao Sumário

críticos racionais e lógicos.

Com efeito, cediço que, em se tratando de contrato de seguro de vida, o risco coberto não é evidentemente a morte, evento certo e inexorável, mas sim a duração da vida, estando o risco, portanto, fundado na incerteza da sua duração.

Considerando-se que quanto mais se vive, ou seja, quanto maior o percurso de nosso caminho em direção à morte, menor a incerteza da duração da vida, tem-se por perfeitamente razoável que, ante o aumento da sinistralidade decorrente da simples passagem do tempo, haja modificações na equação econômico-financeira do contrato, de sorte a adequá-lo à nova realidade.

Por outro lado, contrariamente ao que ocorre com um seguro-saúde, há maior necessidade e interesse objetivo em se contratar um seguro de vida quando se é jovem do que quando já em idade avançada. O raciocínio é claro e óbvio: quem contrata um seguro de vida, não o faz, evidentemente, em seu próprio proveito, mas sim para garantir que terceiros, normalmente pessoas de seu círculo afetivo- familiar, recebam importância em dinheiro que evite ou mitigue o desamparo econômico que a morte do segurado vier a lhes causar. Assim, quem contrata um seguro de vida, o faz para proteger familiares que dele dependem economicamente para sobreviver. Evidente, então, ser muito mais necessário a um jovem pai de família contratar o seguro para minorar os efeitos econômicos perversos que sua morte causar a seus parentes próximos, normalmente mulher e filhos, que ainda necessitam de sua renda para sobreviver, do que um homem já idoso, quem já conseguiu amealhar patrimônio, passível de ser usufruído pelo cônjuge supérstite e cujos filhos, mais velhos, já se encontram em condições de suprir autonomamente suas sobrevivências.

Em síntese, seguro de vida, sob o ponto de vista social e utilitário, se presta muito mais para atender aos anseios e interesses dos mais jovens do que dos mais idosos, o que torna, por conseguinte, bem mais benfazejo à coletividade a comercialização de contratos de seguro de vida cujo sistema de pagamento de prêmios incentive a adesão dos mais jovens, atendendo mais aos seus interesses do que aos dos mais idosos. E, não resta dúvida que o seguro com valores de prêmios estruturados segundo a faixa etária é o produto que melhor se presta para tais finalidades.

Acesso ao Sumário

Assim, ressoa totalmente infundada a assertiva de ser abusiva cláusula de contrato de seguro prevendo cálculo do valor do prêmio de acordo com a variação da faixa etária. Ao contrário, é essa espécie de contrato que melhor atende aos interesses da coletividade, na medida em que propicia proteção mais efetiva àqueles que dela mais necessitam, ou seja, àqueles que, ainda fragilizados, mais sofreriam os malefícios econômicos da fatalidade ditada pela perda prematura de quem os sustentava.

Feitas tais considerações e, por causa delas, há que se repelir frontalmente

o argumento de que a alteração do valor do prêmio com base na faixa etária importaria em violação da vedação prevista no § 3º do art. 15 da Lei nº 9.656/98 (Estatuto do Idoso).

O referido dispositivo veda a discriminação da pessoa idosa com cobrança de valores diferenciados em razão da idade especificamente para os casos de "**planos de saúde**", hipótese não apenas diversa da presente, mas dela totalmente antagônica. É perfeitamente lógico e razoável que, em se tratando de planos de saúde, seja vedado o reajuste das prestações conforme o implemento da idade, porquanto equivaleria a se obstar e/ou dificultar a prestação de atendimento médico àquele que, com o passar dos anos, mais dele necessita. Nessa hipótese, trata-se de dispositivo tendente a garantir melhor condição de vida ao usuário. O objetivo é promover a manutenção da saúde do idoso, para que viva melhor e pelo maior tempo possível. O seguro de vida é exatamente o oposto, uma vez que o pagamento da indenização somente ocorre com a morte do segurado.

Os dois contratos envolvem situações fático-jurídicas diretamente antagônicas entre si. Enquanto os contratos de seguro-saúde são feitos em prol da manutenção da vida do contratante, o seguro de vida é feito tendo por condição de pagamento da indenização a morte do segurado.

Evidente, portanto, quer por mero exercício da razão lógica, não é possível aplicar determinado dispositivo legal para hipótese que lhe é simplesmente antagônica, sendo prescindíveis maiores digressões a respeito.

Não se há olvidar que os critérios quantitativos de reajustes quinquenais por faixa etária se encontram em correspondência às orientações emanadas do órgão público fiscalizador do mercado securitário (Susep), tendo a evolução dos valores dos prêmios ocorrido de forma gradativa e em percentuais que guardam proporção à maior probabilidade de ocorrência do risco coberto.

Em suma, além de não ser possível qualificar como abusiva a cláusula de majoração do prêmio com base no envelhecimento do segurado, também inexiste qualquer dado relevante que permita qualificar como exorbitantes ou abusivos os índices de majoração.

Não se havendo falar em abusividade ou qualquer outro ato ilícito praticado pela seguradora, não se há falar em responsabilidade e indenização correspondente ao dano moral reclamado.

Isto posto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso e mantenho íntegra a decisão de primeiro grau.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000011-48.2015.8.26.0246, da Comarca de Ilha Solteira, em que é apelante ZURICH SANTANDER BRASIL SEGUROS E PREVIDÊNCIA S/A, é apelado ALEXANDRE QUEIROZ (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 29ª 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 11373)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN (Presidente) e SILVIA ROCHA.

São Paulo, 14 de setembro de 2016.

FORTES BARBOSA, Relator

Ementa: Ação de cobrança de indenização securitária - Doença grave - Caracterizada - Carcionoma papilífero de tireoide - Abusividade da cláusula contratual - Colocação do consumidor em situação de desvantagem exagerada - Danos morais inocorrência - Sucumbência recíproca - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença emitida pelo r. Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Ilha Solteira, que julgou procedente ação de cobrança de indenização securitária, condenando a ré ao pagamento da indenização de seguro no valor previsto na apólice (integridade do capital segurado), no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), com correção monetária pelos índices previstos pela Tabela Prática deste Tribunal, a partir da propositura da ação, acrescido de juros de mora legais a contar da citação, bem como indenização por dano morais no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), com correção monetária a partir desta sentença, acrescido, ainda, de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês desde a citação. Condenou-se, por fim, as rés ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 15% (quinze por cento) do valor da condenação (fls.201/204).

A apelante afirma que o apelado não se enquadra no rol de doenças graves, em razão de ser este expresso e taxativo, no qual mesmo para neoplastia maligna existem limitações. Aduz que não se nega que o apelado tenha tido câncer;

Acesso ao Sumário

contudo, o órgão atingido foi a tireoide e não há, na apólice concreta, cobertura para este órgão específico. Sustenta que a limitação é válida e deve ser respeitada, sendo inadmissível obriga-la a suportar um risco que não foi contratado. Aduz que o rol foi estabelecido por meio da Circular da SUSEP/2005. Menciona ser devida a correção monetária a partir do ajuizamento da ação e os juros de mora a partir da citação. Salienta não estarem configurados os danos morais, diante da ausência de ato ilícito. Requer a reforma da sentença (fls.201/216).

Em suas contrarrazões, o apelado pede seja mantida a sentença (fls.227/232).

É o relatório.

O autor ajuizou a presente ação, pretendendo o pagamento de indenização securitária, em razão da ocorrência do sinistro, correspondente a doença grave capaz de ser enquadrada no risco segurado ("carcionoma papilífero de tireoide"), bem como indenização por danos morais.

A ré foi citada e alega, em suma, a inocorrência de doença grave e pede a improcedência.

A ação foi julgada procedente e a ré pretende reforma.

De início, cumpre reconhecer a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na espécie, haja vista que o apelado, pessoa física, contratou os serviços prestados pela apelante como destinatário final, nos estritos termos delineados no art. 2º, "caput" do CDC.

O apelado celebrou contrato de seguro de vida com a apelante, com previsão de cobertura securitária, dentre outras hipóteses, para doença grave e foi diagnosticado, segundo o laudo pericial (fls.189/190) e demais documentos médicos apresentados (fls.47, 52/54 e 56/76), com "carcionoma papilífero de tireoide".

Tal doença foi classificada como grave pelo perito ("a parte autora é portadora de doença grave, tratada e em acompanhamento, sendo 'carcionoma papilífero de tireoide'"), infringindo grave sofrimento e acarretando perigo à vida.

Ainda em respostas aos quesitos, o perito oficial, também, afirmou que em razão do autor não ter previsão de alta, a doença tem potencial para invadir tecidos ou órgãos vizinhos e disseminar-se à lugares distantes de seu corpo (fls.189v), indicando ser longo o tratamento e incerta a cura.

A apelante, por outro lado, alega que não há cobertura para "órgão" de tiroide e que não se enquadra a doença "carcionoma papilífero de tireoide" no conceito de doença grave previsto na apólice para que seja concedida a indenização securitária.

A Cláusula 3.4.2 das condições gerais de contrato estabelece que:

Acesso ao Sumário

"Para efeito deste seguro, são consideradas doenças graves: I - DOENÇA NEOPLÁSICA MALÍGNA (CÂNCER OU TUMOR MALÍGNO) Riscos Cobertos: Estão cobertos os portadores de neoplasia maligna com metástases à distância, devidamente comprovado através de exames complementares especializados. Estarão cobertos, também, os tumores malignos cerebrais, de fígado, pulmonares, da cavidade oral, do aparelho digestivo (esôfago, estomago e intestino), do pâncreas, leucemias agudas (mielóide e linfóide), sarcomas e os linfomas estágio III e IV com envolvimento de glândios acima e abaixo do diafragma ou órgãos como pulmão, fígado e medula óssea.

Risco excluídos

a) As displasias, lesões pré-cancerígenas, os tumores benignos e qualquer o tumor maligno de outros órgãos e aparelhos, que não os especificados no item Riscos Cobertos, da cláusula 3.4.2, I".

A abusividade de uma cláusula nasce no momento da celebração do negócio jurídico e consubstancia um desequilíbrio significativo entre direitos e obrigações das partes de um contrato. Há um abuso objetivo da posição contratual dominante, que se materializa mesmo sem a malícia do fornecedor, impedindo a realização total ou parcial dos objetivos buscados pelas partes e colocando o fornecedor em situação de superioridade desmedida (Jean Calais-Auloy e Frank Steinmetz, Droit de la Consommation, 6ª ed., Dalloz, Paris, 2003, p.203; Cláudia Lima Marques, Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 2ª. Ed., RT, São Paulo, 1995, pp.68 e 294-5).

No caso, a cláusula enfocada é abusiva, uma vez que coloca o consumidor em posição de desvantagem exagerada, em violação ao artigo 51, inciso IV, do CDC. O enunciado da cláusula 3.4.2 estabelece como cobertura securitária a ocorrência doença neoplástica maligna (câncer ou tumor maligno) e, em seguida, apenas possibilita a cobertura em casos extremamente graves como metástase, em que o doente se acha à beira da morte, impossibilitando que a real finalidade da indenização seja atingida. O objetivo da indenização securitária, no caso de doença grave, é possibilitar ao doente resguardar sua situação patrimonial em um momento difícil da vida, em que se encontra com o quadro de saúde grave e não, apenas quando está no leito de morte.

Acesso ao Sumário

Os itens seguintes, que excluem a cobertura securitária em relação a outros órgãos e aparelhos, não se referem a glândulas, o que seria o caso da tireoide.

O que a seguradora, na verdade, pretende é que a indenização apenas seja paga nos casos em que a doença esteja em um grau irreversível ou jamais seja paga em virtude de doença grave, o que não se pode admitir.

A extensão da cobertura securitária não pode e não deve ser interpretada no sentido de criar uma limitação tão grande quanto a pretendida pela seguradora,

tornando muito remota e dificultando a caracterização do sinistro. As cláusulas precisam ser apreciadas conforme seu significado comum, extraindo-se a típica para a contratação.

Adotada a interpretação da recorrente, só poderia, enfim, normalmente ser paga a indenização decorrente da morte, dada a enorme restrição criada para o segurado.

A indenização securitária, então, é devida.

No tocante, aos marcos temporais iniciais de acréscimo de atualização monetária e dos juros de mora, estes foram fixados exatamente na forma em que o apelante pleiteou (fls.204), não possuindo ele interesse recursal quanto a esse pedido (artigo 499 do CPC de 1973, correspondente ao artigo 996 do CPC de 2015).

Quanto ao pedido de dano moral, a sentença merece reparo. O autor não foi vítima de dano moral indenizável, em razão de não ter ocorrido lesão a um bem jurídico extrapatrimonial, ocorrendo mero dissabor derivado de descumprimento contratual.

Não foi indicado o advento de sofrimento ou dor capazes de caracterizar dano moral e o alegado vilipêndio de valores pessoais só pode ser considerado um exagero, sendo clara a desproporção entre os acontecimentos e as consequências pretendidas.

A negativa baseada em interpretação de cláusula contratual não enseja a indenização por danos morais.

Assim, a sentença merece reforma apenas para afastar a indenização por danos morais, mantida no remanescente.

Com o afastamento do pleito indenizatório fica caracterizada a sucumbência recíproca, uma vez que ambas as partes decaíram de parte de suas pretensões, devendo, nos termos do art. 21 do CPC de 1973, cada parte arcar com custas e despesas processuais que despendeu e com os honorários de seus respectivos advogados.

Dá-se, por isso, provimento parcial ao apelo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002086-15.2014.8.26.0531, da Comarca de Santa Adélia, em que é apelante P.S.V.P.S.A., são apelados A.S.O. (JUSTIÇA GRATUITA), G.S.O. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e C.S.O. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

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 31.412)**

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

São Paulo, 14 de setembro de 2016.

MARCOS RAMOS, Relator

Ementa: Seguro de vida - Ação de cobrança de indenização - Demanda de esposa e de filhos de segurado falecido em razão de acidente de trânsito - Sentença de procedência - Reforma do julgado - Necessidade - Negativa administrativa de cobertura fundada em agravamento de risco pelo próprio titular da apólice - Consistência fática e jurídica - Acidente ocorrido em rodovia estadual com dupla mão de direção - Contratante que conduzia o veículo automotor em estado de embriaguez profunda, consubstanciada em 2,3 g/l (dois gramas e três decigramas) de álcool por litro de sangue, apenas um grau a menos que o considerado tecnicamente como "coma alcoólico" - Boletim de ocorrência elaborado pela Polícia Rodoviária a evidenciar que, inopinadamente, invadiu a contramão de direção e colidiu contra caminhão, que trafegava regularmente em sentido contrário - Dolo eventual ou culpa grave - Existência - Inteligência do art. 768, do CC/2002 - Delito de trânsito - Configuração - Flagrante violação de cláusula contratual excludente de cobertura - Ação improcedente. Apelo da ré provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

VOTO DO RELATOR

Trata-se de recurso de apelação interposto em ação de cobrança de indenização fundada em contrato de seguro facultativo de veículo automotor, ajuizada por A.S.O. e seus filhos menores em face de "P.S.V.P.S.A.", onde proferida sentença que julgou procedente a pretensão deduzida para condenar a ré no pagamento da importância de R$ 35.000,00, corrigida monetariamente e acrescida de juros moratórios legais contados da citação, além das verbas decorrentes da sucumbência.

Aduz a seguradora ré que o julgado merece integral reforma sob argumentação, em síntese, de que resta cabalmente comprovado que o segurado, vítima fatal do acidente de trânsito relatado na inicial, estava dirigindo o veículo automotor em estado de profunda embriaguez, o que agravou o risco e gerou a consequente perda do direito à indenização securitária, nos termos do contrato e do que preconiza o art. 768, do Código Civil, sendo certo que a sentença se pautou apenas por suposição no sentido de que teria sofrido eventual mal súbito. Pede, assim, pela edição do decreto de improcedência da ação.

Após contrarrazões, o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, da lavra da Dra. **Ana Maria Napolitano de Godoy**, é pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

O apelo comporta acolhimento, com a máxima vênia.

Demanda ajuizada à afirmação de que o marido e genitor dos autores, A.S.O., era titular da apólice nº (...), relativa a contrato de seguro de vida, junto à empresa, e que em 16.04.2013 veio a falecer vítima de comprovado acidente de trânsito.

Uma vez acionada a seguradora visando ao recebimento da correspondente indenização, o pedido acabou sendo indeferido sob argumentação no sentido de que o sinistro teria sido resultado de agravamento de risco ocasionado por conduta do próprio segurado, consistente em conduzir veículo automotor em estado de embriaguez alcoólica, conforme missiva juntada às fls. 23.

Ao contestar o feito, a requerida trouxe aos autos o boletim de ocorrência elaborado pela Polícia Rodoviária Estadual, a esclarecer que o titular do seguro, J.A.S.O., dirigia o veículo marca (...) pela Rodovia (...), sentido (...), quando, por motivos desconhecidos, veio a invadir a faixa contrária de rolamento e se projetado contra a lateral do caminhão marca Mercedes Benz, ali descrito, que trafegava normalmente em sentido contrário, vindo por isso a falecer.

Comprovou documentalmente, ainda, através do Laudo Toxicológico expedido pelo Instituto Médico Legal de São Paulo, firmado por dois "experts", que J.A. apresentava resultado positivo para álcool etílico na concentração de **2,3 g/l (dois gramas e três decigramas de álcool por litro de sangue)** - cf. fls. 70.

Tal concentração etílica, diga-se, está posicionada apenas um grau abaixo daquela considerada como sendo de "coma alcoólico", ou seja, o "de cujus" se encontrava em estado de **embriaguez profunda**, fato que também veio a configurar flagrante cometimento do delito tipificado no art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro:

"Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a

Acesso ao Sumário

incolumidade de outrem."

"Pena - detenção, de três meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor."

De outro vértice, a cláusula 4, item 4.3, "b", do contrato de seguro mantido entre as partes - fls. 59, estipulou a perda do direito indenizatório relativamente a acidentes ocorridos em consequência: "***b) direta ou indireta de quaisquer alterações mentais, compreendidas entre elas as consequentes da ação do álcool, de drogas ou entorpecentes, de caso fortuito, ocasional ou habitual.***"

Tenho, portanto, com a máxima vênia, que a aludida negativa de pagamento administrativo da indenização veio amparada no contrato, que da cobertura do seguro excluía os acidentes provocados pela embriaguez, sendo certo que as circunstâncias e a dinâmica do sinistro, evidentemente, foram ocasionadas pelo profundo grau de embriaguez alcoólica constatada pelo laudo médico-legal, sem contar a prática de ilícito penal por parte do titular do seguro.

Encontrou amparo, igualmente, no art. 768, do Código Civil, claro em estabelecer que perderá direito à garantia se o segurado agravar intencionalmente o risco objeto do contrato, com a observação de que o art. 54, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, não proíbe a inserção, no contrato, de cláusula limitativa de direito.

Nesse sentido, a jurisprudência:

"***Os atos ilícitos ou contrários à lei excluem a cobertura, competindo ao segurado, diante da dicção do art. 768 do Código Civil/2002, abster-se, enquanto vigorar o contrato, de tudo quanto possa aumentar os riscos, sob pena de perder o direito ao seguro.***" **(extinto 2º TACivSP - Apelação com Revisão nº 654.695-0/3 - 3ª Câmara - Relator Juiz RIBEIRO PINTO - j. 03.06.03)**

A ação, portanto, é julgada improcedente, devendo os autores arcar com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados por equidade em R$ 2.000,00, observada a gratuidade de justiça já concedida.

Ante o exposto, confiro provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3004470-14.2013.8.26.0084, da Comarca de Campinas, em que são apelantes ANA PAULA PEPPI (JUSTIÇA GRATUITA), ANA BLUMER PEPPI (JUSTIÇA

GRATUITA) e DANIELA FABIANA PEPPI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado SOCIEDADE CAMPINEIRA DE EDUCAÇÃO HOSPITAL E MATERNIDADE CELSO PIERRO.

ACORDAM, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por unanimidade, negaram provimento ao recurso. Fará declaração de voto o 2º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.939)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente), ANTONIO NASCIMENTO E BONILHA FILHO.

São Paulo, 15 de setembro de 2016.

FELIPE FERREIRA, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS HOSPITALARES. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C.C. REPETIÇÃO DE VALORES. 1. Restando incontroversa a prestação do serviço e a voluntariedade da contratação, de rigor a improcedência do pedido de inexigibilidade de débito. 2. Se a sentença está suficientemente motivada, de rigor a adoção integral dos fundamentos nela deduzidos. Inteligência do art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação contra respeitável sentença de fls. 288/295 que julgou improcedente o pedido, extinguindo o feito com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, I, do CPC/73, devendo os autores arcar com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00 (mil reais).

Pleiteiam as apelantes a reforma do julgado alegando que a sentença pautou-se em equivocada interpretação dos fatos e em contrariedade as provas dos autos. Alegam ter buscado atendimento médico nas dependências da ré por conta do precário estado de saúde do falecido autor. Sustentam que a internação particular ocorreu em virtude de situação de extrema necessidade e em razão da superlotação do SUS. Alegam o pagamento da consulta e de alguns exames preliminares, tendo sido informado posteriormente, a gravidade do quadro clínico do paciente. Asseveram que não foi permitida a transferência do paciente para o SUS, em razão dos riscos e da proibição da própria apelada. Salientam que não foram devidamente informadas da situação, pois induzidas

Acesso ao Sumário

a crer que o procedimento médico era imprescindível. Aduzem que a conduta da apelada mostrou-se abusiva, com inequívoca violação aos direitos previstos na legislação consumerista, pois a aquiescência com o tratamento não se deu de forma livre e espontânea, mas diante da necessidade de salvar o pai do perigo que a apelada informou ser eminente.

Apresentadas as contrarrazões, subiram os autos a esta Corte de Justiça.

É o relatório.

O recurso não merece prosperar.

Deve ser mantida a r. sentença, que com total acerto, bem observou que:

"*No caso em tela, consoante se depreende dos documentos colacionados aos autos, relativos à internação do requerente (fls.120/125 e 128/214), aliados ao relato do médico responsável pelos cuidados prestados ao requerente, Dr. José Humberto Pucci Mesquita Filho, verifica-se que a situação do autor não era emergencial, e sim de urgência, isto é, sem iminente risco de vida (artigo 1º da Resolução CFM 1451/95), tendo os requerentes tido a possibilidade de aguardar por atendimento público de saúde no próprio hospital requerido ou em outro local que possuísse melhores condições de pronto atendimento.*

A fim de corroborar referida conclusão, insta registrar que, quando da internação do demandante, ocorrida às 15h08min do dia 16 de junho de 2013, seu quadro clínico não apresentava significativa alteração que evidenciasse iminente risco de morte, conforme se verifica por meio da análise do histórico de enfermagem elaborado pelo enfermeiro Deylson Silva de Oliveira, que inclusive registrou, por ocasião dos fatos, o desejo manifestado pelo requerente de sequer ser internado (fls.143).

De igual sorte, resta incontroverso terem os autores, por opção própria, dirigido-se às dependências do nosocômio requerido na data dos fatos, tendo optado, outrossim, por uma solução mais rápida para o problema de saúde relatado pelo demandante, consistente na realização de procedimentos médicos destinados a pessoas com convênio médico ou particulares, não podendo, dessa forma, alegar terem sido coagidos a proceder à contratação dos serviços particulares.

Primeiramente, porque a alegação de que o setor destinado a atendimentos por meio do SUS possuía demora excessiva para pacientes na situação do autor não restou satisfatoriamente demonstrado.

(...)

Da análise dos depoimentos, constata-se que a alegação inicial de que a autora se encontrava premida de necessidade de salvar seu genitor de grave dano conhecido pela outra parte, dano este que poderia inclusive resultar na morte de seu ente familiar, não logrou ser satisfatoriamente

Acesso ao Sumário

comprovada em juízo, sendo provável, isto sim, que, receosa de que a situação de seu genitor piorasse, e desconhecedora das possíveis consequências que poderiam lhe advir caso tivesse de aguardar por mais alguns minutos pelo atendimento público, tenha simplesmente optado por solicitar atendimento particular a seu pai, mesmo ciente dos encargos financeiros exigidos em situações desse jaez, consoante comprova o termo de responsabilidade de fls. 126.

(...)

A própria alegação autoral de que o hospital requerido impediu a transferência do requerente para a rede pública de saúde após o cateterismo nele realizado não restou categoricamente demonstrada nos autos.

De fato, analisando-se novamente o prontuário médico do autor, em especial o relatório de fls.179, verifica-se que o requerente - internado desde o dia 16 de junho de 2013 - somente apresentou mudança em seu estado de saúde na madrugada do dia 18 de junho de 2013, ocasião em que demonstrou angústia, diminuição do nível de consciência e agitação, circunstâncias que tornaram necessária a posterior realização de procedimento cirúrgico consistente na colocação de stents em seu coração.

(...)

Diante de repentina mudança no quadro clínico de um paciente, resta evidente que o comportamento esperado de um estabelecimento de saúde é o de que proceda à toda e qualquer conduta que vise a salvar a vida daquele que se encontra em situação de risco, situação esta que, no caso destes autos, somente se verificou quando o autor já se encontrava internado nas dependências do requerido, o qual certamente seria responsabilizado civil e administrativamente pelos familiares do autor caso permitisse que este fosse transferido para outro local no qual lhe resultasse qualquer agravamento em seu estado de saúde.

A conduta do hospital requerido de realizar todos os procedimentos cirúrgicos no requerente, sempre contando com a expressa concordância da autora, não pode, por conseguinte, ser configurada como abusiva ou ilegal, não havendo nada nos autos a indicar que tenha havido, no caso do autor, qualquer possibilidade segura de que um outro nosocômio, conveniado ao SUS, realizasse em seu organismo o procedimento que se mostrava necessário.

Desse modo, tudo está a demonstrar que a autora, de forma livre e espontânea, aquiesceu desde o início com o tratamento a ser dispensado ao demandante, o qual, por sua vez, mesmo consciente de que se

Acesso ao Sumário

encontrava sendo tratado em hospital particular, também não se insurgiu contra a forma com que se desenvolveria seu tratamento, não sendo cabível, por conseguinte, que se sustente em juízo tenha havido estado de perigo no caso em comento." (fls. 290/293)

E nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça, "***nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la.***"

Desta forma, pelas alegações tecidas no recurso de apelação, que apenas reiteram as questões claramente analisadas pelo magistrado de 1ª instância, é de se adotar integralmente os fundamentos contidos na sentença.

Nesse sentido, o seguinte julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"A viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-o no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum." (REsp nº 662.272-RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 4.9.2007). (No mesmo sentido: REsp. nº 641.963-ES; REsp. nº 592.092-AL; REsp. nº 265.534-DF).

Vejam-se também os julgados desta Corte de Justiça:

"A r. sentença combatida deve ser confirmada pelos seus próprios fundamentos, aqui expressamente adotados como razão de decidir, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal, verbis: 'Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la'. Neste Seção de Direito Privado, o dispositivo regimental tem sido largamente utilizado por suas Câmaras, seja para evitar inútil repetição, seja para cumprir o princípio constitucional da razoável duração do processo." (Ap. nº 990.10.310915-5, Rel. Des. Renato Sartorelli, 26ª Câm., j. 14/10/2010).

"Apelação - Reiteração dos termos da sentença pelo relator - Admissibilidade - Adequada fundamentação - Precedente jurisprudencial - Incidência do artigo 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Improvimento." (Ap. nº 992.07.020734-7, Rel. Des. Vianna Cotrim, 26ª Câm., j. 29/09/2010).

A prestação de serviços médico hospitalares em favor do falecido autor (pai das apelantes) restou incontroversa, restando apenas analisar se foram realizados por conta de compromisso assumido pelos contratantes ou em virtude de situação que permita a exclusão da responsabilidade pelo adimplemento da obrigação.

Acesso ao Sumário

Da leitura atenta dos autos e da bem fundamentada sentença resta evidente que não procede o pedido declaratório de inexigibilidade de débito.

Nesse esteio, vê-se claramente que a situação narrada nos autos demonstra que as autoras optaram pelo atendimento particular de seu genitor não podendo ser acolhido o pedido de afastamento da responsabilidade pelo pagamento dos serviços e materiais que foram utilizados por se tratar de situação abrangida pelo estado de perigo.

E é o que preconiza o artigo 156 do Código Civil, nos seguintes termos:

"Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido de necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa."

Sobre o tema, cumpre trazer a lição de ARNALDO RIZZARDO '*in*' ("Parte Geral do Código Civil", 5ª ed., Forense, p. 494), ao discorrer sobre o estado de perigo nos seguintes termos:

"Por outro lado, a hipótese de 'estado de perigo', correspondente à figura do conhecido 'estado de necessidade', em que o agente é premido a adotar uma certa conduta para afastar perigo de dano grave e iminente que não poderia de outra forma ser afastado ou evitado. Para os fins do art. 156 do Código, todavia, só se configura o vício de consentimento se o negócio jurídico for praticado em situação de risco de vida ou de lesão à integridade física suportada pelo próprio declarante ou por outra pessoa a ele ligada por laços de família ou equivalentes. É, pois, a necessidade de 'salvar' uma pessoa de grave dano que tem de ocorrer como pressuposto de defeito enfocado.

Para tanto se torna necessário: a) que esteja configurado um mal iminente e grave; b) que o bem ameaçado seja a pessoa que pratica o ato que lhe é excessivamente oneroso, ou outra pessoa a ela intimamente ligada; e c) que esse risco de dano seja a causa do negócio." (g.n.)

Assim, não caracterizado o estado de perigo quanto ao atendimento emergencial e sendo a internação e procedimentos médico cirúrgicos realizados no paciente por conta da autorização das autoras, improcede a ação declaratória de inexigibilidade dos valores.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 18646)

João Batista Peppi e **Ana Paula Peppi**[1] ajuizaram **ação de declaração de inexigibilidade de débito, c.c. pedidos de repetição de indébito e de antecipação dos efeitos da tutela**, contra **Sociedade Campineira de Educação e Instrução Hospital e Maternidade Celso Pierro/Hospital da PUC-Campinas**, alegando, resumidamente: (**a**) por necessitar de atendimento médico de urgência, não dispondo de plano de saúde e tampouco reunindo condições financeiras para arcar com as despesas médicas, o autor foi levado às dependências da ré, a qual é considerada referência em termos de atendimento público pelo **SUS**; (**b**) como havia grande fila de espera para o atendimento pelo **SUS**, e aterrorizada diante do estado de saúde de seu pai, **Ana Paula** aceitou submetê-lo a consulta e exames preliminares, despendendo, para tanto, o total de R$ 450,29; (**c**) ao saber, de um dos médicos, que a situação de seu genitor, relacionada com infarto, era muito grave, reclamando, inclusive, intervenção cirúrgica, **Ana Paula** decidiu, por imaginar que os custos não superariam R$ 10.000,00, interná-lo na **UCO**; (**d**) sobrevieram o procedimento de cateterismo, orçado em R$ 1.600,00, e a realização de angioplastia, com a colocação de *stent*, (**e**) sem ter tempo para hesitar, seguiu as orientações médicas, vindo a emitir três cheques, sendo dois no valor de R$ 10.000,00, e o último no valor de R$ 10.500,00; (**f**) com o advento da alta do paciente, **Ana Paula** deu-se conta de que despendera R$ 37.924,49, concluindo, diante de tão oneroso montante, que se tivesse tido a oportunidade de avaliar a situação com mais objetividade e sensatez optaria por outra solução; (**g**) a coautora valeu-se de um empréstimo para quitar o 1º cheque, não reunindo condições financeiras para honrar as duas outras cártulas; (**h**) rogam a concessão de liminar *inaudita altera pars*, a fim de que a ré seja proibida de apresentar, ou reapresentar, os cheques pendentes de pagamento, bem como a declaração de inexigibilidade do débito e a condenação da requerida à repetição do débito de maneira dobrada, em virtude de sua má-fé.

Sobre revogar a decisão que antecipou os efeitos da tutela, a sentença de fls. 288/295 julgou a ação improcedente, escarmentando os demandantes com as verbas da sucumbência, mas com ressalva da gratuidade judicial concedida.

Com o falecimento de **João Batista Peppi**, noticiado a fls. 300/302, sua esposa, **Ana Blumer Peppi**, e sua filha, **Daniela Fabiana Peppi**, no polo ativo da lide.

Inconformadas com o epílogo dado à lide, as acionantes interpuseram, a fls. 323, recurso de apelação contra o provimento jurisdicional, alegando, *inter alia*, ao arrazoá-lo a fls. 324/347: (**a**) atingido por um infarto e não possuindo plano de saúde, **João Batista Peppi** foi levado ao **Hospital da Puc Campinas** em 16/6/2013, vindo, em virtude da fila de espera para atendimento pelo **SUS**, e por inexistir uma clara definição sobre seu estado de saúde, a ser internado no setor particular do nosocômio, onde foi pago previamente, pela consulta

Acesso ao Sumário

1 As apelantes são beneficiárias da gratuidade judicial.

e pelos exames preliminares, o montante de R$ 450,29; (**b**) no evolver dos acontecimentos, o paciente, após o pagamento de R$ 1.600,00, foi submetido a cateterismo, o qual revelou o quase completo entupimento de suas veias; (**c**) diante de tal quadro, **Ana Paula**, sob intensa pressão psicológica, sem saber a diferença técnica entre urgência e emergência, foi convencida a autorizar a colocação de um *stent* em seu pai, deixando na tesouraria três cheques, dois no valor de R$ 10.000,00 e o terceiro no valor de R$ 10.500,00, sendo o primeiro deles à vista; (**d**) ultimado o procedimento, **Ana Paula** viu-se compelida a vender seu carro, do qual necessitava para trabalhar, para adimplir as despesas iniciais e a primeira cártula emitida; (**e**) conquanto possua apenas uma unidade coronariana, a apelada dispõe de leitos para pacientes do **SUS** e particulares, de sorte que a não transferência de João Batista para a ala do **SUS** foi ditada por questões financeiras; (**f**) sobre violar o Código do Consumidor, a exigência de cheque-caução - que, por si só, sinaliza para a realização de procedimento de emergência - configura crime, nos termos do art. 135-A do CP; (**g**) o que se pretendia era o atendimento pelo **SUS**, e não a simples liberação do paciente, o qual, segundo o diagnóstico médico, apresentava entupimento de 90% numa de suas artérias e 99% de entupimento na outra; (**h**) o dolo de aproveitamento da recorrida não exsurge da conduta de seus médicos, mas da sonegação, pelos médicos e funcionários, de informações fundamentais com vistas à decisão a ser tomada quanto ao destino do paciente; (**i**) reiteram o pedido subsidiário de pagamento dos valores que seriam praticados pelo **SUS**.

No evolver dos atos processuais, vieram a lume as contrarrazões de apelação de fls. 364/370.

É o relatório.

A controvérsia dos autos traz ao proscênio a temática da saúde, à qual a Carta Magna de 1988, qualificada de Constituição cidadã por **Ulisses Guimarães**, um de seus grandes arquitetos, conferiu extraordinário destaque como um dos direitos sociais do brasileiro. Esta opção do legislador constituinte exsurge cristalina na dicção de seus artigos 6º e 196:

> "**Art. 6º**. *São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.*"
>
> "**Art. 196**. *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.*"

Lamentavelmente, em relação à saúde, assim como no que concerne a tantos outros direitos previstos na Lei das Leis e na legislação infraconstitucional, o que se verifica é que eles ainda não foram implementados no cotidiano das

Acesso ao Sumário

pessoas, a justificar o duro, mas correto, diagnóstico de **Célio Borja**, ex-ministro da Justiça e do Supremo Tribunal Federal:

> *"Nem todos os direitos sociais garantidos pela Constituição são factíveis. A gente pode querer que sejam, mas sabe que não são."*[2]

E, ainda dentro de tal perspectiva, existe a seguinte informação vinda a lume em virtude dos jogos paraolímpicos que ora se realizam em nosso país:

> "*Os atletas paraolímpicos brasileiros que começam a competir hoje nos Jogos do Rio, são um retrato fiel das questões de saúde pública que tanto preocupam o Brasil. Um levantamento feito pelo GLOBO com dados do Comitê Paralímpico Brasileiro (CPB), do Ministério da Saúde e da Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS), braço da Organização Mundial da Saúde (OMS) na América Latina, mostra o quanto a falta de acesso à saúde básica - principalmente no que se refere ao pré-natal e às condições ideais de parto - foi responsável pelas deficiências de quase 25% dos atletas paraolímpicos do país.*"[3]

Mas quem é o destinatário do art. 196 da C.F., ou, dito de outra forma, quem está obrigado, por força do ditame constitucional, a garantir às pessoas o acesso aos serviços de saúde? Evidentemente que é o Poder Público e não o particular. Vale, inclusive, ter presente a remissão feita por **Nelson Nery Junior** e **Rosa Maria de Andrade Nery**, relativamente a tal modelo jurídico constitucional, a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do eminente Ministro **Celso de Mello**:

> "**1. Norma programática. Interpretação.** *A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra inscrita no CF 196 - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento do seu impostergável dever por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.* (STF, 2ª T., AgRE 273834-4-RS, rel. Min. Celso de Mello, v.u., j. 31.10.2000).[4]

Feita esta digressão, cumpre reconhecer, em relação à controvérsia dos autos, que se a saúde das pessoas fosse, efetivamente, prioridade de nossos governantes, **João Batista Peppi** poderia ter recebido em sua cidade, ou

Acesso ao Sumário

2 Jornal O Estado de São Paulo. ***Constituição a reforma das reformas***. Caderno **Política**, ed. 11/9/2016, p. A13.

3 Jornal O GLOBO, Caderno **RIO2016 PARALÍMPIADA**, ed. de 8/9/2016, p. 6.

4 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. ***Constituição federal comentada e legislação constitucional***. SP: Revista dos Tribunais, 2006, p. 366.

alhures, no sistema público de saúde, o urgente atendimento que o seu caso requeria. Acabou sendo atendido no serviço particular da apelada, onde, ao fim e ao cabo, após a realização de angioplastia, lhe foram colocados *stents*, com vistas à desobstrução dos vasos sanguíneos.

Estariam as recorrentes desobrigadas de arcar com os custos dos procedimentos médicos, designadamente por força da caracterização do *estado de perigo*, previsto no art. 156 do hodierno Cód. Civil?[5]

Sobre o estado de perigo, dizem **Gustavo Tepedino**, **Heloisa Helena Barboza** e **Maria Celina Bodin de Moraes**:

> "*Desse modo (v. art. 157), pode-se dizer que o estado de perigo é caracterizado por dois elementos: um objetivo e outro subjetivo. O primeiro consubstancia-se na assunção de obrigação excessivamente onerosa, que, diferentemente da lesão, não se limita ao desequilíbrio de prestações do contrato bilateral (comutativo), pois o estado de necessidade pode conduzir também a negócios unilaterais viciados em que a prestação assumida seja unicamente da vítima (remissão de dívida, promessa de recompensa, doação, cessão gratuita, renúncia de direitos etc., e até testamento)*" (Humberto Theodoro Júnior, *Comentários*, pp. 210-211).
>
> *Por outro lado, o elemento subjetivo se manifesta tanto em relação à vítima como em relação à parte que se beneficia do estado de perigo. Em relação à vítima, caracteriza-se pela sensação de inferioridade que a atormenta, premida pela necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família de grave dano. No que toca à parte que se locupleta, o elemento subjetivo traduz-se no* dolo de aproveitamento, *que se configura pela consciência acerca da situação de inferioridade de quem é exigida a prestação excessivamente onerosa* (v. sobre o ponto, Caio Mário da Silva Pereira, Instituições, p. 547)."[6]

E ao explicar as notas distintivas deste vício de consentimento, **Washington de Barros Monteiro** obtempera o seguinte:

> "*O estado de perigo leva a crer que se trata de situação que diga respeito mais a um dano físico, a risco à integridade física do agente, do que a um dano moral. Assim, para custear dispendioso e inadiável tratamento médico de que necessita seu filho, a vítima dá em pagamento ao médico o imóvel em que reside a família, de valor muitas vezes superior ao dos serviços médicos.*
>
> *A outra parte vale-se da fragilidade vivida pela vítima para auferir*

Acesso ao Sumário

5 *Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.*
Parágrafo único. *Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.*

6 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. ***Código civil interpretado conforme a constituição da república***. RJ: Renovar, 2004, p. 292.

vantagem excessiva para si."[7]

Assim, e no essencial, a configuração do estado de perigo requesta a demonstração do elemento objetivo, estampado na assunção de obrigação excessivamente onerosa, bem como a comprovação do elemento subjetivo, traduzido no dolo de aproveitamento.

O certo é que no caso dos autos os serviços foram devidamente prestados, não se podendo falar de onerosidade excessiva, até porque dita situação não é aferida em virtude da condição econômico-financeira do beneficiário dos serviços prestados, mas sim com base no custo efetivo de tais serviços.

Ademais, os autos não evidenciam que a apelada agiu com a consciência de estar explorando as dificuldades econômico-financeiras do paciente e de seus familiares. Dito de outra forma, inexistem provas concretas de que ela protagonizou o censurável dolo de aproveitamento.

E *last but not least*, não se pode placitar o pedido de pagamento dos valores que seriam cobrados pelo **SUS**, tendo em vista que a internação ocorreu em leito particular, com as despesas que lhe são correspondentes.

Postas estas premissas, hei por bem, pelo meu voto, **negar provimento** ao recurso de apelação.

ANTONIO (BENEDITO DO) NASCIMENTO, 2º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000533-59.2014.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante BIOCAPITAL PARTICIPAÇÕES S.A., é apelado BANCO ITAÚ BBA S/A.

ACORDAM, em 38ª 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 6877)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente) e EDUARDO SIQUEIRA.

São Paulo, 14 de setembro de 2016.

ACHILE ALESINA, Relator

Ementa: EMBARGOS À EXECUÇÃO - Cédula de Crédito Bancário - Sentença de improcedência -

Acesso ao Sumário

7 MONTEIRO, Washington de Barros. ***Curso de direito civil***. 43ª ed. São Paulo: Saraiva, v. 1: parte geral, 2011, p. 268/269.

Recurso do embargante - Matéria de direito.

PRELIMINAR - Nulidade da sentença - Alegação de r. sentença *citra* e *ultra petita* - Julgamento evidenciado - Redução da r. sentença aos limites do pedido - Sentença decotada no que se refere a cédula de crédito bancário ser título executivo extrajudicial e aplicação do CDC não sendo objeto da inicial - Matéria restante aplicável o art. 1.013, §3º, do CPC/2015.

CLÁUSULA DE VENCIMENTO ANTECIPADO - Alegação de nulidade - Inadmissibilidade - Previsão possível - Lei nº 10.931/2004 - Recurso não provido.

COMISSÃO DE PERMANÊNCIA - Súmula 472 do STJ - A comissão de permanência é composta pelos encargos moratórios e remuneratórios - Cobrança mantida, mas limitada - Recurso parcialmente provido.

CAPITALIZAÇÃO DE JUROS - Contrato que traz especificados os juros e encargos moratórios a serem cobrados - Instituições financeiras não estão sujeitas aos limites quanto à cobrança de juros - Capitalização de juros prevista no artigo 28, §1º, I, da Lei 10.931/04 - Recurso não provido.

DA MORA - Não evidenciada a abusividade das cláusulas contratuais no período da normalidade - Precedente do STJ - Recurso não provido.

SUCUMBÊNCIA - Revisão necessária diante do sucesso parcial do recurso - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Recurso à sentença de fls. 336/339 que julgou improcedentes os embargos à execução opostos, condenando o embargante ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados em conformidade ao artigo 20, §4º, do Código de Processo Civil, em 15% sobre o valor do débito corrigido.

Recorre o embargante trazendo argumentos que entende socorrer seu posicionamento.

Recurso bem processado e respondido (fls. 404/416).

É o relatório.

Trata-se de Embargos à Execução interpostos pelo apelante em face

Acesso ao Sumário

do Banco apelado, em decorrência de um empréstimo mediante uma cédula de crédito bancário firmada entre as partes em 08/12/2010, no valor de R$ 2.000.000,00, com vencimento em 13/06/2011 (fls. 34/45).

Alega o embargante na inicial dos embargos a nulidade da cláusula de vencimento antecipado, que há a cumulação indevida da comissão de permanência juntamente com outros encargos moratórios bem como capitalização de juros igualmente indevida.

Impugnação as fls. 295/328.

A r. sentença julgou improcedentes os embargos à execução opostos, nos termos já mencionados.

Recorre o embargante alegando preliminar de nulidade da r. sentença e no mérito insistindo nas teses alegadas em sua exordial de embargos e, por fim, quanto aos honorários a que restou condenado.

É a síntese do necessário.

A fim de se conhecer do recurso e diante dos documentos de fls. 375/378, defere-se a gratuidade da justiça, ressalvando-se que a mesma possui efeito *ex nunc*.

Da preliminar:

Observa-se no caso em tela que houve julgamento "ultra e citra petita" pelo MM. Juiz "a quo".

Com efeito, prevê o artigo 128 do CPC/73 e artigo 141 do CPC/15:

> "Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte."

Ensinam NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY:

> "2. Pedido e sentença. Princípio da congruência. Deve haver correlação entre pedido e sentença (CPC 460), sendo defeso ao juiz decidir aquém ('citra' ou 'infra petita'), fora ('extra petita') ou além ('ultra petita') do que foi pedido, se para isto a lei exigir a iniciativa da parte." (*in* Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 10ª edição revista, São Paulo: RT, p. 387).

No caso dos autos, pretende o embargante em sua exordial a inexigibilidade ou nulidade da cláusula 09 que prevê a cobrança da comissão de permanência cumulada com encargos de mora (fls. 03) e dos juros capitalizados previstos na cláusula 03 (fl. 05) e a inexistência de mora.

Por sua vez, a r. sentença singular entendeu por bem abordar a questão de a cédula de crédito ser título extrajudicial, a não incidência do CDC ao caso bem como a regularidade dos juros, inexistente sua capitalização, todavia, sem

Acesso ao Sumário

maior fundamentação.

Assim, "concessa vênia" a r. sentença não observou os pedidos da exordial, sendo, portanto, "citra e ultra petita".

Destarte, decota-se da r. sentença o julgamento no que tange à natureza da cédula de crédito bancário e a inaplicabilidade do CDC ao caso.

Quanto à matéria relativa à ilegalidade da cláusula que permite o vencimento antecipado da cédula de crédito bancário, à comissão de permanência, à capitalização de juros e à inexistência de mora, de acordo com a norma do parágrafo 3º do art. 515 do Código de Processo Civil/73 e art. 1.013, §3º, do CPC/2015, passa-se à devida análise.

Do mérito:

Denota-se que a cédula de crédito bancário foi emitida em 08/12/2010, com limite de crédito no valor de R$ 2.000.000,00 (fls. 34/46), sendo certo que foi aditada por duas vezes (fls. 48/49 e 51/53).

Alega o apelante que é nula a cláusula nona da referida cédula pois que inadmissível o vencimento antecipado, sem razão, todavia.

Não há ilegalidade na cláusula que permite o vencimento antecipado da cédula de crédito bancário em caso de inadimplemento das obrigações.

Na espécie, há a inadimplência.

Ademais, o art. 333 do Código Civil trata das hipóteses legais de vencimento antecipado da dívida, não havendo qualquer impedimento de se estipular contratualmente outros casos que permitem a sua incidência.

Nesse sentido, vale citar a seguinte lição:

> "Trata-se de hipóteses de vencimento antecipado da dívida por imposição legal, e não contratual. São os casos em que o credor constata que há risco de o devedor tornar-se inadimplente e não poder saldar a dívida. Nesses casos, é adequado assegurar ao credor a possibilidade de perseguir seu crédito antes do vencimento, para evitar o prejuízo.
>
> (...)
>
> Nada impede que, além das hipóteses previstas neste artigo, os contratantes, com amparo na autonomia privada de que dispõem, estipulem outras hipóteses de vencimento antecipado. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de pagamento em parcela em que se estipula que o vencimento de uma das parcelas acarretará o vencimento antecipado de todas as subsequentes." (CEZAR PELUSO. Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. 4ª ed. Barueri, SP: Manole, 2010, pp. 329 e 330.)

Do mesmo modo, o art. 1.425 do Código Civil enumera uma série de hipóteses legais de vencimento antecipado de dívida, nada impedindo que se estipule contratualmente cláusula de vencimento antecipado em contrato que

Acesso ao Sumário

não contenha tais espécies de garantia.

Não obstante, a Lei nº 10.931/2004 prevê expressamente a possibilidade de estipulação de hipóteses de vencimento antecipado da dívida na cédula de crédito bancário, conforme dispõe o seu art. 28, §1º, III:

"§1º Na Cédula de Crédito Bancário poderão ser pactuados: (...)

III - os casos de ocorrência de mora e de incidência das multas e penalidades contratuais, bem como as hipóteses de vencimento antecipado da dívida;"

Dessa forma, é válida a cláusula que estipulou o vencimento antecipado da dívida em caso de inadimplemento das obrigações.

Comissão de permanência:

Com efeito, a comissão de permanência foi consolidada, com repercussão geral, no julgamento do REsp 1.063.343-RS (2008/128904-9), sendo considerada válida a cláusula que a estipula, porém, deve ser observado o limite estabelecido na Súmula 472 do STJ, que prevê:

"*A cobrança de comissão de permanência cujo valor não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato exclui a exigibilidade dos juros remuneratórios, moratórios e da multa contratual.*"

Portanto, a comissão de permanência é composta pelos encargos moratórios (1% a.m.) e remuneratórios (juros mensal de 0,439232 % e anual de 5,4 %, cf. fl. 113).

Assim, merece provimento parcial o recurso do apelante, com relação a legalidade da cobrança da comissão de permanência, devendo sua cobrança ser limitada, nos termos da Súmula 472 do STJ.

Recurso parcialmente provido.

Capitalização de juros:

Ademais, no que tange a capitalização de juros, por período inferior a um ano, é válida desde que expressa no pacto celebrado entre as partes, conforme disposto no artigo 28, § 1º, inciso I, da Lei 10.931/2004 e a Medida Provisória 1.963-17/00, em seu artigo 5º, autorizou a capitalização dos juros com periodicidade inferior a um ano, previsão que se manteve com a entrada em vigor da medida Provisória 2.170-36/01. "*In verbis*":

> *"Art. 5º Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.*
>
> *Parágrafo único. Sempre que necessário ou quando solicitado pelo devedor, a apuração do valor exato da obrigação, ou de seu saldo devedor, será feita pelo credor por meio de planilha de cálculo que evidencie de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor*

Acesso ao Sumário

principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais."

Consolidou-se entendimento no Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 973.827/RS, que tramitou pelo rito repetitivo do artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de:

"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". (STJ, rel. Min. Luís Felipe Salomão, rel. para acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, REsp n. 973.827/RS, DJe 24/09/2012)

Note-se que a cédula foi celebrada em 08/12/2010 (fls. 34/46) após, portanto, a edição da Medida Provisória acima referida.

E ainda, no que diz respeito à capitalização mensal dos juros, tem-se que as cédulas de crédito bancário admitem a capitalização de juros com base no art. 28, §1º, I, da Lei 10.931/04.

Contudo, analisando-se a mesma no item que se refere à taxa de juros mensal 0,439232% e anual 5,400000%, verifica-se a expressa contratação dos juros a serem aplicados.

O fato de a taxa anual de 5,400000%, ser superior ao duodécuplo da taxa mensal de 0,439232% indica a existência de juros compostos, levando-se em conta que o contrato é de financiamento a ser pago em prestações fixas.

Nada de irregular há nisso. Com isto, o que se observa é que as partes firmaram a cédula e o embargante não impugna propriamente o débito, mas os acréscimos.

Portanto, verificada a legalidade da capitalização de juros, não havendo que se falar em inexistência da mora.

Com efeito, com relação a mora do devedor, de se ponderar que não houve a devida comprovação de que houve a cobrança de encargos excessivos pelo banco apelado, circunstância que não evidencia a descaracterização da mora.

A orientação do STJ vem no sentido de somente ser afastada a mora quando evidenciada a abusividade das cláusulas contratuais do período da normalidade:

"Somente há de se falar em descaracterização da mora caso haja cobrança

Acesso ao Sumário

de encargos abusivos no período de normalidade contratual, circunstância não verificada na espécie. (...) (RESP 615.012/RS, 4ª Turma, Rel. Luis Felipe Salomão, DJ 8.6.2010) AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE MÚTUO BANCÁRIO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. OCORRÊNCIA. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. PRESSUPOSTO NÃO-EVIDENCIADO. 1. Configurada a sucumbência recíproca, aplicável o art. 21 do CPC, que prevê a distribuição proporcional das despesas e honorários advocatícios. 2. Não evidenciada a abusividade das cláusulas contratuais do período da normalidade, não há por que cogitar do afastamento da mora do devedor. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg RESP 962.715/RS, 4ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 13.10.2009) PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. BANCÁRIO. ARRENDAMENTO MERCANTIL. AÇÃO REVISIONAL. CLÁUSULAS ABUSIVAS. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. VEDAÇÃO. REFORMA PELO STJ. ENCARGOS NÃO ABUSIVOS. CARACTERIZAÇÃO DA MORA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. MORA DEBENDI. CARACTERIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Inadmissível a revisão de ofício das cláusulas consideradas abusivas em contratos que regulem relação de consumo. 2. A descaracterização da mora do devedor ocorre apenas se houver cobrança de encargos contratuais considerados abusivos no período da normalidade. 3. Confirmada a legalidade das cláusulas contratuais consideradas abusivas pelo Tribunal de origem, subsiste a caracterização da mora do devedor." (AgRg RESP 883.293/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJ 9.12.2010) Em face do exposto, com base no art. 557, § 1ºA, do CPC, dou provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença. Intimem-se. Brasília (DF), 30 de abril de 2015. MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI Relatora" (STJ - REsp: 1231716 RS 2011/0013960-6, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Publicação: DJ 11/05/2015).

Dessa forma, não evidenciada a cobrança de encargos abusivos em período de normalidade, resta configurada a mora do devedor.

Por fim, quanto à insurgência em relação à condenação em 15% sobre o valor do débito corrigido a título de honorários, verifica-se que ante o sucesso parcial do apelante é necessária a revisão da sucumbência.

Em decorrência da alteração recursal, fixa-se a sucumbência de modo que o apelante resta condenado em 2/3 das custas e despesas processuais.

Quanto aos honorários da parte adversa tem-se que o débito atualizado até agosto de 2013 remontava ao valor de R$ 1.406.111,18 (fl. 25).

Acesso ao Sumário

Assim, a condenação em R$ 20.000,00, de acordo com o artigo 20, §4º, do CPC/73 c/c o Enunciado nº 2 do S.T.J., remunera de forma digna e justa o patrono do adversário, restando o apelante condenado em sua integralidade.

Em harmonia com todo o exposto DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, restando decotada parte da r. sentença singular no que se refere ao julgamento referente à natureza da cédula de crédito bancário e a inaplicabilidade do CDC ao caso, diante do julgamento "*ultra petita*" configurado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004163-61.2014.8.26.0019, da Comarca de Americana, em que é apelante CLEUBER CARDOSO DUARTE, são apelados MARIA NELY DA SILVA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) e VENTISOL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

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 em parte ao recurso, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.260)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente) e GILSON DELGADO MIRANDA.

São Paulo, 20 de setembro de 2016.

CESAR LACERDA, Relator

Ementa: Bem móvel. Compra e venda. Ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de indenização por danos morais.

Aquisição do produto defeituoso no estabelecimento comercial da corré evidenciada pela prova documental. Vício constatado no produto não sanado no prazo legal. Direito da consumidora à restituição da quantia paga. Devolução do produto à alienante determinada.

Dano moral. Condenação fundada no comportamento processual das rés. Impossibilidade. A petição inicial representa verdadeiro arcabouço da sentença, a qual não pode se apartar dos contornos delineados pela causa de pedir e pelo pedido. Mera recusa ao fornecimento de segunda via de nota fiscal que,

Acesso ao Sumário

ademais, não reflete situação apta a causar aflição de espírito passível de reparação.

Recurso parcialmente provido, com determinação.

VOTO

Alienante de bem móvel apela da respeitável sentença de fls. 108/113, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação de obrigação de fazer, consistente na restituição da quantia paga, cumulada com pedido de indenização por danos morais movida pela adquirente. Sustenta, em resumo, que a apelada não demonstrou que o produto supostamente defeituoso fora adquirido em seu estabelecimento comercial. Afirma que a fatura do cartão de crédito pode demonstrar a compra de qualquer outro bem, mas não do ventilador, aduzindo que referido documento foi juntado aos autos somente após a contestação, em desobediência ao disposto no art. 283 do Código de Processo Civil de 1973. Insurge-se, ainda, contra sua condenação ao pagamento de indenização por dano moral, pois sua existência não pode ser extraída de nexo estabelecido entre o abalo e a evolução do processo, haja vista que o dano deve ser preexistente à propositura da ação.

Recurso regularmente processado e respondido.

É o relatório.

A irresignação manifestada no apelo comporta parcial acolhida.

Os elementos dos autos são suficientes para evidenciar que a apelada adquiriu o ventilador no estabelecimento comercial da apelante, pois se a compra constante das faturas de cartão de crédito juntadas a fls. 82/83 é referente a outro produto, competia à recorrida demonstrar o fato que alegou (CPC, art. 373, II), ônus do qual, todavia, esta não se desincumbiu.

E, diversamente do que alega a apelante, o documento acima aludido não era indispensável à propositura da ação, de modo que poderia ser ele juntado com a apresentação da réplica, após a existência do contrato de compra e venda ter se tornado controvertida ante a contestação desse fato pela recorrente.

Dessa forma, tendo em vista que o vício apresentado pelo ventilador não foi sanado no prazo de trinta dias, a consumidora faz jus à restituição do valor despendido em sua aquisição (CDC, art. 18, § 1º, II). Todavia, a fim de evitar enriquecimento sem causa, a autora deverá devolver o produto à alienante corré.

De outra banda, a insurgência recursal contra a condenação ao pagamento de indenização por danos morais merece guarida.

De fato, a petição inicial representa verdadeiro arcabouço da sentença, a qual não pode se apartar dos contornos delineados pela causa de pedir e pelo pedido.

Acesso ao Sumário

Daí porque não pode subsistir a condenação fundada no comportamento processual das rés.

Ademais, importa registrar que os fatos narrados na inicial não refletem situação apta a causar ao homem médio aflição de espírito passível de reparação. Cuida-se de mera recusa ao fornecimento de segunda via de nota fiscal, documento que se mostrou necessário no momento em que o produto defeituoso foi levado à assistência técnica.

Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, para o fim de excluir da condenação o valor atinente à indenização por dano moral, com determinação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos destes autos de Apelação nº 1118915-60.2015.8.26.0100, da Comarca São Paulo, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, é apelado ROMÁRIO DE OLIVEIRA CARDOSO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso do Réu e deram provimento ao recurso do Autor. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.090)**

O julgamento teve a participação do Exmos. Desembargadores JOÃO PAZINE NETO (Presidente), SERGIO GOMES E JOSÉ TARCISO BERALDO.

São Paulo, 20 de setembro de 2016.

JOÃO PAZINE NETO, Relator

Ementa: Apelação digital. Ação indenizatória. Dano moral e material. Furto no interior da agência bancária. Revelia corretamente decretada. Recurso do Réu. Ausência de impugnação específica aos fundamentos da sentença. Inobservância do artigo 1.010 do CPC. Precedentes jurisprudenciais. Responsabilidade objetiva do Réu configurada. Artigo 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor. Situação a que exposto o Autor que não pode ser tida como mero aborrecimento. Dano moral configurado. Dever de indenizar caracterizado. Sentença reformada, para fixar o dano moral em R$ 15.000,00 e a verba

Acesso ao Sumário

honorária em 20% sobre o valor da condenação (art. 85, §§ 2º e 11º, do CPC). Aplicação das Súmulas 54, 326 e 362 do STJ. Recurso do Réu não conhecido e provido o recurso do Autor.

VOTO

Trata-se de ação indenizatória julgada procedente em parte, pela r. sentença de págs. 54/56, cujo relatório adoto, para o fim de condenar o Réu a pagar ao Autor a quantia de R$ 15.000,00, acrescida de correção monetária, pela tabela prática do Tribunal de Justiça, a contar do evento danoso (setembro/2015), e de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação. Arcará o Réu ainda com o pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.

Apelam as partes.

O Réu (págs. 58/62) para alegar, em síntese, que não existe conduta ilícita de sua parte. Argumenta que o Autor possui débitos não adimplidos, portanto nada mais fez do que valer-se de seu exercício regular de direito, a teor do art. 188 do Código Civil. Enuncia que o nome do Autor foi devidamente inscrito nos cadastros de proteção ao crédito, pois estava inadimplente, ou seja, não honrou com o crédito assumido. Afirma que deve ser observado o art. 14, § 3º, I, do CDC, no caso dos autos. Repisa serem totalmente inexistentes os requisitos essenciais à indenização pleiteada - dano, culpa e nexo de causalidade. Ressalta que não existe nos autos comprovação de nenhuma lesão à honra subjetiva ou ao patrimônio moral do Autor, com o que não se deve falar em dano material a ser ressarcido, tampouco declaração de inexigibilidade do débito. Sustenta não estarem comprovados nos autos os danos materiais sofridos. Assevera que sempre prezou pelo bom atendimento e pela primazia em seus serviços prestados, portanto não pode ser responsabilizado por fatos alheios à sua vontade. Pugna pela improcedência da ação.

Acesso ao Sumário

O Autor (págs. 66/72) para alegar, em síntese, que busca a condenação do Réu também em danos morais, em razão não só do sofrimento causado pelo fato em si, mas principalmente diante das dúvidas acerca de sua conduta moral decorrentes da perda de valor considerável de terceiro que se encontrava em seu poder. Reporta-se aos julgados colacionados em sua petição inicial. Repisa fazer jus à reparação dos danos morais que indiscutivelmente lhe foram causados. Colaciona outros julgados acerca de seu entendimento. Afirma que nos autos encontram-se estampados todos os elementos caracterizadores do dano moral. Enuncia que sofreu atos vexatórios, acusações por ter agido com desleixo e desídia, suspeita de cumplicidade com o furto ocorrido, enfim, toda a sorte de sofrimento emocional e psicológico decorrente do episódio em que foi envolvido

por culpa exclusiva da instituição bancária. Pugna pela condenação do Banco em danos morais.

Recursos recebidos e processados às págs. 65 e 78. Preparo do Banco do Brasil anotado às págs. 63/64. Isento de preparo o recurso do Autor, ante a concessão da gratuidade processual a ele (pág. 21). Contrarrazões do Autor às págs. 73/76. Sem contrarrazões pelo Réu.

É o relatório.

Ressalvado o convencimento da n. Magistrada sentenciante o recurso do Autor merece ser provido.

O recurso do Réu não comporta ser conhecido, uma vez que não observou a exigência contida no artigo 1.010, incisos II e III, do Código de Processo Civil, ou seja, não atacou os fundamentos da sentença. Expôs argumentos que em nada se referem aos fatos discutidos nestes autos. Enuncia questões relativas a exercício regular de direito, devida negativação do nome do Autor, diante de sua inadimplência e impossibilidade de ser declarada a inexigibilidade do débito, matérias que não condizem com os fundamentos desta ação. Além disso, refere-se à condenação em dano moral, que não existiu, entre outros argumentos descritos, que não correspondem ao decidido nestes autos e, portanto, não podem ser conhecidos, uma vez que a admissibilidade da apelação está subordinada à demonstração clara dos pressupostos segundo os quais mereceria o caso concreto uma nova decisão.

Estes os parâmetros nos quais se baliza o art. 1.010 do CPC: "*A apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterá: (...), II - a exposição do fato e do direito; III - as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade; (...)*". Fora disso, não há apelação que possa ser conhecida.

Destaco a anotação de NELSON NERY JUNIOR: "*Fundamentação. O apelante deve dar as razões, de fato e de direito, pelas quais entende deva ser anulada ou reformada a sentença recorrida. Sem as razões do inconformismo, o recurso não pode ser conhecido*" (Código de processo civil comentado e legislação extravagante, 10ª edição, Revista dos Tribunais, 2007, pág. 853).

Foi certamente para evitar irresignações desarrazoadas que o extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo editou a Súmula nº 04, assim redigida: "*Não se conhece de apelação quando não é feita a exposição do fato e do direito e das razões do pedido de nova decisão*".

No caso, portanto, as razões do apelo não coadunam com a sentença destes autos. Não houve impugnação específica aos fundamentos expostos que deram ensejo à parcial procedência da ação, com isto inviável é a análise do apelo.

Nesse sentido é também o entendimento do E. Superior Tribunal de

Acesso ao Sumário

Justiça:

"*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. RAZÕES DO RECURSO DISSOCIADAS DA SENTENÇA. ART. 514, INCISO II, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRECEDENTES. SÚMULA Nº 83/STJ.*

1. As razões de apelação dissociadas do que decidido pela sentença equiparam-se à ausência de fundamentos de fato e de direito, exigidos pelo art. 514, II, do CPC, como requisitos de regularidade formal da apelação. Precedentes.

2. Estando o acórdão recorrido em perfeita harmonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, incide a Súmula nº 83 desta Corte, aplicável por ambas as alíneas do permissivo constitucional (AgRg no Ag 135.461/RS, Rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, DJ 18.8.97).

3. Agravo regimental não provido" (AgRg no AREsp 37483 / PR, Relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, Data do Julgamento, DJe 03/05/2012).

Nada mais é necessário enunciar para que o recurso não seja conhecido.

No que respeita ao recurso do Autor, ressalte-se que o fato de o Réu ser revel não significa a automática procedência do pedido, porquanto a presunção de veracidade dos fatos acarretada pela revelia é relativa e não absoluta. Refere-se, ademais, aos fatos e não ao direito. Além disso, não impede que o Juiz analise os elementos dos autos, de modo a formar seu convencimento. E foi isto que realmente ocorreu, sem que o julgamento tenha se fundado apenas na questão da revelia. Os fatos foram analisados e aplicados os preceitos legais correspondentes.

A ocorrência de furto no interior da agência bancária do Réu é fato incontroverso nos autos, com o que nada mais deve ser enunciado a respeito.

Como bem esclareceu a i. Magistrada sentenciante à pág. 55: "*O furto no interior da agência ocorreu por falha na prestação de serviços da instituição financeira, que, por conseguinte, deve responder objetivamente pela reparação do prejuízo material suportado pelo consumidor, nos moldes do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor*".

Lembre-se, ainda, que a responsabilidade do Réu é objetiva, de modo que inadequado mesmo se perquirir sobre dolo ou culpa, nos termos do art. 14, "caput", do Código de Defesa do Consumidor. Sem prejuízo, os fatos ocorreram porque o Réu mostrou-se negligente na fiscalização de suas instalações, a caracterizar como verdadeiro engodo de segurança aos consumidores o serviço por ele prestado.

O risco do negócio é do fornecedor de um produto ou de um serviço, e

não do usuário, até por que os benefícios e riscos das atividades econômicas devem estar relacionados. O Réu almeja lucro e rentabilidade com os serviços que disponibiliza. Assim sendo, deve responder pelos eventos danosos oriundos das atividades da qual tira proveito.

Como se verifica, a responsabilidade civil do Réu foi bem estabelecida.

Com relação ao dano moral, evidente sua caracterização. A situação a que submetido o Autor não pode ser tida como mero aborrecimento da vida cotidiana, pois ao se dirigir a uma agência bancária, para efetuar depósito de valor, o mínimo que esperava é que estivesse seguro para realizar suas operações bancárias. A situação é ainda mais agravada por se encontrar no interior do estabelecimento bancário, onde em tese os vigilantes e funcionários estão ali para atender seus interesses e lhe resguardar.

Quanto ao valor da indenização por dano moral, tem-se que deve ser fixada mediante prudente arbítrio do Juiz, de acordo com o princípio da razoabilidade, observados a finalidade compensatória, a extensão do dano experimentado, bem como o grau de culpa. Referida indenização pretende compensar a dor do lesado e constitui um exemplo didático para a sociedade de que o Direito repugna a conduta violadora, porque é incumbência do Estado defender e resguardar a dignidade humana. Ao mesmo tempo, objetiva sancionar o lesante, inibindo-o em relação a novas condutas, e por isso, deve corresponder a um valor de desestímulo, que não pode ensejar enriquecimento sem causa, nem pode ser ínfimo, a ponto de não coibir a reincidência em conduta negligente.

Ademais, já se decidiu que "*O juiz deve ser a um só tempo razoável e severo, pois só assim atenderá a finalidade de compensar e dar satisfação ao lesado e de desincentivar a reincidência. A indenização deve ser razoavelmente expressiva, sem que seja fonte de enriquecimento*" (Apelação Cível 253.723-1, Des. José Osório, JTJ-Lex 199/59).

Considerados esses aspectos, entende-se por razoável o valor arbitrado no montante de R$ 15.000,00, como suficiente a estabelecer a reparação do dano moral ao Autor e o efeito educativo ao Réu.

Observo apenas que os juros desse valor incidirão a partir do evento, pois aplicável à espécie a Súmula 54 do STJ ("*Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual*"), enquanto o termo inicial da atualização monetária será o deste julgamento (Súmula 362 do STJ: "*A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento*").

Com a fixação do dano moral, a sucumbência é atribuída ao Réu, de modo que deverá suportar as custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios, estes ora estabelecidos em 20% do valor da condenação atualizada, abrangidos inclusive os chamados honorários recursais, nos termos do artigo 85,

Acesso ao Sumário

§§ 2º e 11, do CPC, observado, a respeito, o enunciado da Súmula 326 do Superior Tribunal de Justiça ("*Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca*").

Diante do exposto, não conheço do recurso do Réu e dou provimento ao recurso do Autor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0136608-84.2009.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes NESTOR JOSE DE SANTANA (JUSTIÇA GRATUITA) e ZENILDES CONCEIÇÃO DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS - CPTM.

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 21902)**

O julgamento teve a participação dos Exmos Desembargadores CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA (Presidente) e RUY COPPOLA.

São Paulo, 22 de setembro de 2016.

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - ATROPELAMENTO COM MORTE OCORRIDO NA VIA FÉRREA - EMPRESA DE TRANSPORTE PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO - DEMONSTRAÇÃO DA CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA - ROMPIMENTO DO NEXO CAUSAL - RESPONSABILIDADE OBJETIVA AFASTADA - AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS A ENSEJAR A REPARAÇÃO DE DANOS - Vítima que age de forma imprudente, caminhando na linha férrea e é colhida dentro de túnel de passagem da composição - Parte autora que não se desincumbiu do ônus de provar a omissão da ré quanto à inobservância das regras de segurança e fiscalização, bem como demonstra que o acidente ocorreu por culpa exclusiva

Acesso ao Sumário

da vítima. Vítima que, ao percorrer a passagem junto a linha férrea, assumiu o risco de sofrer o acidente que resultou em sua morte. Adoção de medidas de segurança e fiscalização exigíveis para o exercício de sua atividade de transporte ferroviário. Aplicação do artigo 333, I do Código de Processo Civil - Sentença mantida - Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

A r. sentença de fls. 420 e verso julgou improcedente a ação de reparação de danos ajuizada por **NESTOR JOSÉ DE SANTANA** e **ZENILDE CONCEIÇÃO DOS SANTOS** em face de **COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS - CPTM**, em que pleiteiam o pagamento de indenização por danos materiais e morais advindas da morte do filho (Vagner Santos Santana), decorrente de atropelamento ocorrido em linha férrea.

Irresignados apelam os autores, reiterando, em síntese, que a responsabilidade da ré é objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da CF. Afirmam que caso fosse hipótese de culpa subjetiva da ré, ainda assim ela seria responsável pelo acidente, uma vez que não assegurou as medidas acautelatórias impostas à segurança daqueles que se servem do transporte ferroviário. Asseveram que todas as testemunhas ouvidas no bojo da instrução processual foram coesas e harmônicas em destacar a omissão da concessionária de serviço público ao não impedir, de forma eficaz, o ingresso de pedestres nas suas dependências. Destaca, por fim, que em todo o perímetro da estação não há sinalização, muros ou cercas e que "*no local dos fatos havia tráfego intenso de pedestres*"[1] (fls. 425/444).

Pedem provimento ao recurso para que a ação seja julgada procedente, consubstanciada a responsabilidade no contrato de transporte (Decreto Lei 2089/63, art. 64).

Recurso tempestivo e respondido (fls. 448/464).

Inicialmente distribuído o feito à 22ª Câmara de Direito Privado (fls. 467), dada à incompetência em razão da matéria (fls. 470/472), foi redistribuído à 32ª Câmara de Direito Privado em **12.02.2014**.

É o relatório, passo ao voto.

Segundo consta da petição inicial, aos 02.10.2008, o filho dos autores foi colhido por um trem de propriedade da ré quando, trafegando pela via férrea, nas proximidades de túnel de acesso de percurso da composição, arrastado pela locomotiva que, com o choque, provocou sua morte (reprodução de fotos

1 Fls. 438.

Acesso ao Sumário

acostadas as fls. 147/149).

Contudo, nada obstante a fatídica ocorrência ter se verificado no espaço utilizado pela companhia ferroviária, ou seja, na linha férrea percorrida pela vítima atropelada pela composição ao ingressar em túnel de acesso, em face das próprias circunstâncias da ocorrência evidencia-se excludente ao dever de indenizar (culpa exclusiva da vítima enquanto causa necessária ao rompimento do nexo causal como pressuposto do dever de indenizar).

É certo que o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal estabelece que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros usuários e não usuários[2], assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

É certo, também, que na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente[3].

Em decorrência do dispositivo constitucional, a vítima do dano não precisa demonstrar a culpa da Administração para obter indenização em face de ato danoso causado por seus agentes, contentado- se apenas com a demonstração da relação de nexo causal entre o dano experimentado pelo particular e a conduta (comissiva ou omissiva) da Administração Pública para que esteja presente o dever de indenizar. A demonstração de culpa exclusiva da vítima, de terceiro ou de fato maior rompe com o nexo de causalidade e, consequentemente, impede a responsabilização estatal.

Nesse sentido, oportuno o ensinamento de **RUI STOCO**, acerca das causas excludentes da responsabilidade do Estado:

> ***"Segundo nosso entendimento, as causas clássicas de exclusão da responsabilidade são: a) caso fortuito ou força maior, deixando de lado a discussão acerca do entendimento de que constituem a mesma coisa; e b) culpa exclusiva da vítima, pois são as únicas com força de romper o liame causal entre atuação do Estado e o dano verificado.***
>
> ***É que, nos casos de responsabilidade objetiva, o Estado só se isenta de responder se não existir o nexo de causalidade entre o seu agir (comportamento comissivo) e o dano produzido."***

Porém, em casos de atos omissivos, faz-se necessário verificar, para caracterização da responsabilidade, se houve, efetivamente, omissão.

Nesse sentido restou decidido no julgamento da **Apelação Cível n°**

Acesso ao Sumário

2 Precedente do STF, reconhecida a repercussão geral da questão: RE 591.874/MS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Lewandowski, julgamento em 26.08.2009, publicação em 18.12.2009.

3 Silvio Rodrigues, In "*Direito Civil*", Volume 4, Editora Saraiva, 19ª Edição, 2002, pág. 11.

0171219-09.2008, Rel. Desembargador Burza Neto, j. 21/01/2009:

"O Estado é responsável civilmente quando este ente se omitir diante do dever legal de obstar a ocorrência do dano, ou seja, sempre quando o comportamento do órgão estatal ficar abaixo do padrão normal que se costuma exigir.

Assim, pode-se afirmar que a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre decorrente de ato ilícito, porque havia um dever de agir imposto pela norma.

A responsabilidade do Estado por conduta omissiva indaga qual dos fatos foi decisivo para configurar o evento danoso, ou seja, qual fato gerou decisivamente o dano e quem estava obrigado a evitá-lo.

Desta forma, o Estado responderá não pelo fato que diretamente gerou o dano, outrossim, por não ter ele praticado conduta suficientemente adequada para evitar o dano ou mitigar seu resultado, quando o fato for notório ou perfeitamente previsível."

De qualquer forma, no caso dos autos, a responsabilização da ré independe da aplicação da responsabilidade objetiva, vez que o pedido não se fundamenta por ação de agente público, mas na afirmação de **falha de serviço**[4], e conforme explicado, novamente, citando **RUI STOCO**:

"***A responsabilidade por falta de serviço, falha do serviço ou culpa do serviço é subjetiva, porque baseada na culpa (ou dolo). Caracterizará sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar segundo certos critérios ou padrões, não o faz, ou atua de modo insuficiente. O Estado tanto pode responder pelo dano causado em razão da responsabilidade objetiva consagrada no art. 37, § 6º, da Constituição da República (se a atividade da qual decorreu o gravame foi lícita) como pela teoria subjetiva da culpa (se a atividade foi ilícita ou em virtude de*** faute du servisse***" (TJSP 1ªC - Ap. Rel. Des. Rena Lotufo - j. 21.12.93 - RJTJSP 156/90)***[5]

Nesses termos, a caracterização da responsabilidade civil da ré, no caso, depende da verificação da ocorrência de um fato danoso (conduta, seja ela comissiva ou omissiva), de um dano (resultado) do liame entre este e aquele (nexo causal) e da existência de culpabilidade.

Conforme salientado na r. sentença, não foi demonstrada omissão da ré apta a gerar o dever de indenizar.

Ao contrário, sua conduta enquadra-se nos limites da razoabilidade e na legalidade à qual se vincula, vez que não restou comprovado descumprimento de quaisquer deveres impostos à CPTM.

4 Fls. 08.

5 In "*Tratado de Responsabilidade Civil*", RT, 2007, 7ª edição, pág. 1.001.

A prova coligida aos autos é segura em afirmar a imprudência da vítima, que caminhava, na oportunidade, sobre o leito percorrido pelas composições férreas.

Como bem salientou o MM. Juízo sentenciante (fls. 420 verso - sem grifos no original):

> ***"Ao que se extrai dos autos, a vítima estava sobre o leito da via férrea em local de pouca visão do condutor (o túnel serve apenas para a circulação de trens e não de pessoas), o que contribuiu, exclusivamente, para o acidente e a perda de sua vida".***

Diante disto, com reforço na própria versão apresentada por testemunha arrolada pela defesa, destaca-se que somente ouviu dizer sobre o acidente: "*As informações que recebeu do pai da vítima são de que ele foi atropelado entre o poste 21 e 26 do Km 41. Tais informações constavam do boletim de ocorrência. Há um túnel há aproximadamente do local em que teria ocorrido o atropelamento. O túnel só tem espaço para o trem e somente a isto de destina*" (fls. 280) (*sic*).

A existência de muros em torno da linha férrea, sinalização de segurança, vigilantes com função específica de impedir a travessia de pessoas pelos trilhos do trem, bem como de passarela destinada à passagem de pedestres, evidenciam o dever da apelada de impedir o acesso clandestino ao parque ferroviário. Contudo, não há como se imputar a sua responsabilidade travessia evidentemente temerária de qualquer pessoa sobre o leito da via de tráfego mormente em local absolutamente impróprio a qualquer transeunte.

Assim, infere-se que a causa determinante para ocorrência do acidente não foi a inobservância dos deveres de segurança e fiscalização pela apelada, mas, sim, a imprudência da vítima, que, burlando a vigilância e desrespeitando a sinalização de segurança, atravessou a linha férrea no exato momento em que o trem ingressava pelo local (túnel de acesso).

O acidente ocorreu por culpa exclusiva da vítima, o que exclui a responsabilidade da apelada reparar os danos suportados pelos apelantes.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, mencionam-se os seguintes precedentes deste **C. Tribunal de Justiça**:

> ***"ACIDENTE DE TRÂNSITO. Indenização por danos material e moral indevida. Culpa exclusiva da vítima pelo acidente. Travessia da linha férrea de modo displicente, sem atenção e cuidado necessários. Concorrência de culpa que só se admitiria na ausência de fiscalização da ré, o que não se verifica no caso em tela. Recurso negado." (Apelação nº 0035874-29.2011.8.26.0562 - 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relatora Gil Cimino j.***

29.10.2015).

"ATROPELAMENTO EM VIA FÉRREA. MORTE DA VÍTIMA. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. SUICÍDIO DEMONSTRADO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. Única testemunha que presenciou o acidente que relata que a vítima correu em direção à linha férrea e se jogou na frente do trem. Maquinista do trem envolvido no acidente que foi ouvido como testemunha sem qualquer contradita pelo autor. Suicídio que configura causa excludente da responsabilidade da ré. No caso, a mera travessia clandestina da linha férrea já configuraria culpa exclusiva da vítima. Empresa ferroviária que havia disponibilizado meios de travessia segura aos pedestres a poucos metros de distância do local do acidente. Recurso desprovido" (Apelação nº 0007919-53.2009.8.26.0510 - 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Gilberto Leme j. 06.07.2015).

De outra banda, forçoso reconhecer que a parte autora não se desincumbiu a contento do ônus que lhe competia por força do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, nada trazendo de verossímil a corroborar o quanto alegado como necessário a sujeição da ré as consequências oriundas do atropelamento causador da morte do filho.

Bem demonstrada, portanto, a causa excludente do nexo causal, a eximir a responsabilidade da ré, na medida em que não há como se pretender qualificar a dinâmica dos fatos como **falha de serviço** - nos moldes como defendido na inaugural em fundamento à pretensão indenizatória -, de rigor a improcedência da ação, devendo ser mantida a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

Com relação aos honorários recursais previstos no § 11 do art. 85 do CPC de 2015, estes somente se aplicam aos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, em observância ao Enunciado Administrativo nº 7 do C. Superior Tribunal de Justiça, ressalvado o entendimento pessoal deste Relator.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO ao recurso**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001412-12.2014.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em que são apelantes JOSÉ ARALDO DA COSTA TELLES e CRISTIANE CHABARIBERY DA COSTA TELLES, são apelados ANTONIO CARLOS AMBROSIO NOVENTA,

MARIA DO CARMO NAVILLE NOVENTA e RESIDENCIAL PORTO BELO SPE LTDA. EPP.

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 34.843)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), KIOITSI CHICUTA e FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR.

São Paulo, 22 de setembro de 2016.

RUY COPPOLA, Relator

Ementa: Indenização. Danos materiais e morais. Direito de vizinhança. Construção de edifício com múltiplos pavimentos em prédio vizinho ao dos autores, ensejando a redução na sua privacidade e na insolação no seu imóvel. Edificação procedida conforme posturas edilícias municipais, não havendo qualquer violação a regulamentos administrativos ou normas de direito de construir. Ilegitimidade de imputação de responsabilidade ao proprietário por danos materiais ou morais decorrentes da edificação nessa circunstância. Ação julgada improcedente. Fixação da verba honorária que não se mostrou excessiva ou imoderada. Sentença mantida. Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação indenizatória ajuizada por José Araldo da Costa Telles e Cristiane Chabaribery da Costa Telles contra Antônio Marcos Ambrósio Noventa e Maria do Carmo Naville Noventa, que a respeitável sentença de fls. 166/167, cujo relatório se adota, julgou improcedente, condenando os autores ao pagamento das custas, despesas do processo e honorários advocatícios, que foram fixados em 10% do valor atualizado da causa.

Embargos de declaração interpostos pelos autores (fls. 178/181) foram rejeitados a fls. 188/189.

Apelam os autores (fls. 192/199) alegando, preliminarmente, que o julgamento antecipado da lide implicou em cerceamento de defesa, ante a

Acesso ao Sumário

necessidade de produção de prova pericial. No mérito, alegam que a construção promovida pelos réus ocasionou danos à intimidade e à vida privada dos habitantes do seu imóvel, o que torna de rigor o acolhimento do pleito indenizatório, inclusive no que se refere à desvalorização do bem. Pugnam pela procedência da ação ou, alternativamente, pela redução do valor arbitrado a título de honorários advocatícios.

Recurso tempestivo; preparo anotado (fls. 200/202 e 207/208).

Contrarrazões a fls. 212/220.

O recurso foi distribuído inicialmente à Colenda 26ª Câmara de Direito Privado, tendo o eminente Desembargador sorteado declarado sua suspeição para atuar no feito.

É o Relatório.

O julgamento antecipado da lide, no caso, não consubstanciou cerceamento de defesa, uma vez que presentes nos autos todos os elementos de convicção necessários para o conhecimento e decisão da causa.

O Código de Processo Civil, no tocante a questão da prova, adotou 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 a solução da lide, nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil (artigo 370 do Código de 2015), passando ao julgamento antecipado da lide quando já estiverem presentes elementos suficientes à intelecção das questões debatidas na causa, proporcionando a justa composição da lide.

No mérito, os autores-apelantes ajuizaram a presente ação indenizatória, informando que os réus, ora apelados, construíram um edifício de quatro andares em imóvel vizinho, cujas janelas e varandas estão voltadas para uma das laterais e os fundos da sua residência, anulando, assim, a sua privacidade, além de representar obstáculo parcial à incidência dos raios solares sobre a piscina existente no local.

Pretendem os autores ser indenizados por danos materiais e morais decorrentes dessa violação, que alegam implicar, inclusive, na desvalorização do seu imóvel. Pedem também o reembolso pelas despesas com a aquisição de alambrado para sustentação de cerca viva, que foi colocado no imóvel com o intuito de vedar a visualização pelos ocupantes do edifício.

Todavia, os autores não apontam qualquer violação ao direito de construir por parte dos réus.

Acesso ao Sumário

É oportuno destacar que a regra do direito de construir é a de que o proprietário está autorizado a levantar em seu terreno as construções que desejar, desde que respeitados "o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos" (cf. artigo 1.299 do Código Civil).

A obrigatoriedade de respeito aos direitos dos vizinhos tem por escopo preservar a intimidade e a vida privada das pessoas. Porém, é imperioso observar que, embora o direito de construir não possa ser exercitado de modo irrestrito, as limitações impostas não podem ser tomadas por restrições desarrazoadas e desproporcionais.

As regras de direito de vizinhança se estabelecem de modo a conjugar o princípio da função social da propriedade, a preservação da harmonia entre os vizinhos e o direito ao uso e fruição do imóvel da maneira mais ampla possível, tendo o legislador civil dedicado um capítulo inteiro para disciplinar a matéria.

No que se refere à abertura de janelas, ou à construção de eirado, terraço ou varanda, o que se veda é a sua localização a menos de metro e meio do terreno vizinho (artigo 1.301 do Código Civil), sendo que tal norma não foi desrespeitada pelos réus, como se depreende facilmente pela análise das fotografias de fls. 17/22.

Os autores também não mencionam qualquer violação a esse dispositivo e, além disso, chegam a afirmar que, "no bairro onde se situa a residência dos recorrentes, há diversos edifícios, inclusive de maior porte, permitindo a inferência de que as posturas municipais não proíbem, no local, esse tipo de edificação" (cf. fls. 02).

E, não havendo posturas edilícias municipais que impeçam tal construção, não poderiam os autores postular indenização em razão da invasão da sua privacidade pela visão que os ocupantes do imóvel vizinho possam ter da sua propriedade, já que não há limites verticais para construção em relação ao seu imóvel.

Aquele que reside em uma casa com amplo quintal, notadamente em cidades de médio e grande porte, deve ter consciência, de antemão, que corre risco de ter sua privacidade reduzida a qualquer momento, diante do notório processo de verticalização dessas cidades, onde, cada vez mais, os terrenos são utilizados para a construção de edifícios com múltiplos pavimentos, não sendo legítimo admitir a imputação de responsabilidade ao proprietário por eventuais danos materiais ou morais decorrentes da edificação no seu imóvel, em face da natural circunstância de ocasionar a redução de privacidade e/ou da insolação nos prédios vizinhos.

Acesso ao Sumário

Na espécie dos autos, o ilustre magistrado sentenciante, com muita propriedade, destacou que:

"O terreno vizinho não poderia ser sacrificado, com utilização abaixo de

seu potencial, impondo construção de um só pavimento. O proprietário não poderá ser onerado com realização de obras em favor do vizinho. Pode erguer vários pavimentos, desde que respeite as normas construtivas e não cause incômodo intolerável ou anormal para outrem.

Observe-se o grande número de prédios à nossa volta e a visão que permitem, de uma unidade para outra e também para imóveis mais baixos; sem se dizer que há ofensa à privacidade ou à segurança. Observe-se a expressa permissão de erguimento de prédios altíssimos; sem se qualificar de ofensa a direito individual de outrem. Note-se a possibilidade de visão não apenas de cômodos do prédio vizinho, ao lado, mas de vários outros prédios em dada distância, até onde os olhos possam alcançar. A coerência do raciocínio dos autores levaria então ao extremo de dizer que o proprietário do edifício mais elevado terá que realizar obras e benfeitorias em todos, ilação que se mostra incorreta" (cf. fls. 170).

E, uma vez que não se mostra razoável a condenação dos réus em decorrência do uso normal da sua propriedade, a improcedência da ação foi bem decretada, sendo de rigor destacar que os honorários advocatícios, que foram arbitrados em 10% sobre o valor da causa, não se mostram excessivos ou imoderados, sendo o arbitramento adequado para remunerar condignamente o patrono dos réus.

Não se justifica, pois, o pedido de redução da verba honorária, restando mantida a sentença recorrida em todos os seus termos.

Ante o exposto, pelo meu voto, NEGO PROVIMENTO ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003006-09.2015.8.26.0281, da Comarca de Itatiba, em que é apelante/apelado NILTON VIEIRA DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante RENOVIAS CONCESSIONÁRIA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso do autor, desprovendo o da ré. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37969)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente sem voto), GILBERTO LEME e MORAIS PUCCI.

São Paulo, 23 de setembro de 2016.

MELO BUENO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: ACIDENTE DE TRÂNSITO - INDENIZATÓRIA - Queda de motociclista ao se chocar com caixa de plástico preta abandonada na pista de rolamento - Responsabilidade objetiva da ré, concessionária, por falha na prestação do serviço, de acordo com a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor - Inexistência de excludente de responsabilidade - Danos comprovados - Indenizações devidas - Ação parcialmente procedente - Recurso do autor parcialmente provido, desprovido o da ré.

VOTO

Apelações contra a r. sentença de fls. 155/161, que julgou parcialmente procedente ação indenizatória, fundada em acidente de trânsito. O autor sustenta, em síntese, majoração da indenização a título de danos morais e não compensação dos lucros cessantes com o benefício previdenciário (fls. 184/191). A concessionária ré, em preliminar, sustenta cerceamento de defesa, no mérito, em síntese, responsabilidade subjetiva e correlata inexistência de culpa; inexistência de comprovação dos danos materiais e danos morais; alternativamente, redução dos danos morais e dos honorários advocatícios (fls. 167/182).

Os recursos foram regularmente processados e respondidos (fls. 199/208 e 209/213).

É o relatório.

A presente ação foi proposta visando reparação por danos materiais e morais suportados pelo autor, em razão de acidente de trânsito, ocorrido em 26/09/2013, por volta das 03:40 horas. Alega que conduzia sua motocicleta pela Rodovia SP-340, sentido Mogi Mirim à Santo Antonio de Posse e, próximo ao Km 151,5, chocou-se com uma caixa preta de plástico que estava sobre a pista de rolamento, sofrendo lesões traumáticas com o tombamento da motocicleta. Atribui culpa à ré, concessionária de serviço público.

Acesso ao Sumário

De início, verifica-se que o processo não padece de qualquer irregularidade, não havendo que se cogitar em cerceamento de defesa, uma vez que presentes provas suficientes ao convencimento do magistrado, tornando-se desnecessária a produção de outras provas. E, nos termos do artigo 130 do CPC/73, cabe ao juiz indeferir as diligências inúteis, protelatórias e irrelevantes à solução da demanda. Pois, como bem ressaltado pela d. magistrada: "*não se afigura razoável esperar que, em uma pista expressa, de alta velocidade, o requerido conseguisse desviar de um objeto de cor preta (fl. 28) no período noturno (fl. 27), em uma pista sem iluminação (fl. 27). Ademais, não foram constatadas*

irregularidades na motocicleta e nem na condução do requerente no boletim de ocorrência (fl. 27). Registre-se que, conforme se infere dos autos, não existem testemunhas presenciais. Assim, o descumprimento do dever de fiscalização foi decisivo para a ocorrência do dano, não havendo que se falar em culpa exclusiva do requerente."

A ré concessionária e exploradora de serviço público tem responsabilidade objetiva quanto a quaisquer danos causados aos usuários da rodovia sob sua administração, nos termos do art. 37, § 6º, da CF, e do art. 22, *caput* e parágrafo único, do CDC, razão pela qual não se discute a culpa pelo evento danoso, de modo que lhe incumbia, efetivamente, demonstrar a ocorrência de excludente de responsabilidade, o que não foi realizado.

Com efeito, não há nos autos prova de caso fortuito, força maior, tampouco de culpa exclusiva de terceiro ou da própria vítima; restando, assim, configurada a falha no serviço público prestado pela ré, caracterizada pela ausência de eficaz monitoramento das condições da rodovia, razão pela qual ela deve indenizar o autor pelos prejuízos suportados. Neste sentido, confira-se a jurisprudência desta C. Corte:

> **"Acidente de trânsito - Objeto na pista - Trajetória da motocicleta interceptada - Responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público que administra a rodovia - Artigo 37, § 6°, da Constituição Federal - Dever de fiscalização e de prestação de serviço seguro - Exegese do artigo 22 do CDC - Falha configurada - Excludentes de responsabilidade não evidenciadas - Prejuízos materiais demonstrados - Indenização arbitrada com acerto, de acordo com o preço consignado no menor orçamento - Danos morais e estéticos cumuláveis e cabíveis - Fixação satisfatória - Correção monetária incidente desde o arbitramento dos danos morais e estéticos, nos moldes da súmula 362 do STJ - Juros de mora corretamente computados a partir do evento danoso - Apelo provido em parte."**[1]
>
> **"APELAÇÃO - AÇÃO INDENIZATÓRIA - DANOS MATERIAIS E MORAIS - ACIDENTE DE TRÂNSITO - OBJETO NA VIA - CONSUMO - CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS - Colisão entre veículo e estruturas de madeira caída sobre a pista de rolamento cuja administração é de responsabilidade da concessionária de serviços públicos ré - Falha na prestação de serviços evidenciada, uma vez que é dever da concessionária de rodovia zelar pela conservação, segurança e dirigibilidade das vias, adotando medidas cabíveis para garantir a segurança daqueles que nelas trafegam - Dever de indenizar - DANOS MATERIAIS - Devidamente comprovados - Valores correspondente a prejuízos razoavelmente depreendidos do evento danoso que, ademais, não foram impugnados efetivamente pela**

1 Apelação nº 0003588-82.2014.8.26.0306 - Rel. Des. VIANNA COTRIM - j. 19/05/2016.

Acesso ao Sumário

parte ré - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - Art. 21 do CPC - Negado provimento."[2]

Os danos morais restaram configurados, conforme se verifica pelos atestados, laudos médicos e documentos de fls. 67/108, depreende- se, pois, que o autor passou por um trauma físico, cujos transtornos e aflições ultrapassaram um mero dissabor cotidiano; sendo tal situação, portanto, passível de causar danos à sua esfera extrapatrimonial. Pois, o autor demonstrou que, em decorrência da sua queda, sofreu lesões traumáticas em seu ombro esquerdo e coluna cervical, necessitando se afastar do trabalho e estando, ainda, em tratamento médico: "*sofreu acidente de moto 26 de setembro de 2013 e desde então vem apresentando piora progressiva da dor com limitação importante dos movimentos do pescoço e tronco. Encontra-se incapacitado para o trabalho. Já realizou Ressonância e Rx, mas ainda em estudo diagnóstico*" (fls.67). E conforme laudo da Ressonância Magnética da coluna cervical, o autor foi diagnosticado com: "*Espondilodiscoartrose. Pequena protrusão discal C4C5, em situação póstero mediana, tocando a face ventral do saco dural. Acentuado complexo disco osteofitário difuso C5-C6, comprimindo a face ventral do saco dural e obliterando os neurofâmens, notadamente o esquerdo. Protusão discal C5C6, em situação póstero mediana*." (fls.70), e do ombro esquerdo: "*Artrose acrômio-clavicular. Tendinopatia do supra espinhal.*" (fls.71)

Assim, os danos morais fixados em R$40.000,00, não comportam a alteração pretendida, reparando de forma criteriosa os danos sofridos pelo autor, observando-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e estando em conformidade com o entendimento desta C. Câmara para casos como o da espécie. Pois, a jurisprudência vem se consolidando no sentido de que a fixação da reparação do dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do juiz, tendo em vista não haver critérios objetivos ou parâmetros definidos por lei, para o seu arbitramento.

Os danos materiais são devidos, pois comprovados os gastos com exames de ressonância magnética da coluna cervical e do ombro esquerdo, na quantia de R$1.100,00 (fls. 64). E, havendo comprovação de que na época dos fatos, o autor percebia o salário base de R$1.298,00, conforme CTPS de fls. 16/19, devido o pagamento do que deixou de receber, entre a data do acidente até o término da convalescença, nos termos do artigo 949 e 950 do CC, a ser apurado em liquidação, conforme fixado na r. sentença.

Cumpre ressaltar, todavia, que a indenização a título de lucros cessantes pode ser cumulada com quaisquer benefícios ou auxílios que o autor receba da Seguridade Social, bem como ambas não podem ser objeto de compensação, dada a distinção entre seus pressupostos, merecendo acolhida o inconformismo do autor neste tocante.

Acesso ao Sumário

2 Apelação nº 0007926-60.2012.8.26.0568 - Rel. Des. HUGO CREPALDI - j. 29/10/2015.

Deste modo, a r. sentença recorrida comporta pequena adequação, somente com relação aos lucros cessantes, conforme acima explicitado, ficando, no mais, mantida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, inclusive quanto aos honorários advocatícios sucumbenciais, fixados em R$3.000,00, eis que de acordo com o parâmetro de equidade exigido no art. 20, § 4º, do CPC/73.

Ante o exposto, **dou parcial provimento ao recurso do autor, desprovendo o da ré.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006964-49.2015.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que é apelante INSTITUTO SANTANENSE DE ENSINO SUPERIOR - ISES, é apelado JAFÉ DA SILVA.

ACORDAM, em 25ª 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 19.733)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente sem voto), AZUMA NISHI e MARCONDES D'ANGELO.

São Paulo, 22 de setembro de 2016.

EDGARD ROSA, Relator

Ementa: DIREITO DO CONSUMIDOR - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS - ENSINO SUPERIOR - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - PROVA DE QUE O AUTOR, ESTUDANTE DO CURSO DE TECNOLOGIA EM MANUTENÇÃO DE AERONAVES, FOI INDUZIDO A ERRO PELA INSTITUIÇÃO DE ENSINO - DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO - INSTRUMENTO CONTRATUAL E PLANO PEDAGÓGICO DO CURSO QUE NÃO FAZIAM MENÇÃO AO FATO DE QUE O CURSO OFERECIDO PELA RÉ NÃO ERA HOMOLOGADO PELA ANAC E QUE, PORTANTO, NÃO HABILITAVA OS ALUNOS EGRESSOS A PRESTAR A PROVA EXIGIDA

Acesso ao Sumário

PELA ALUDIDA AGÊNCIA REGULADORA, CONFORME IMAGINADO, PARA OBTENÇÃO DA CERTIFICAÇÃO PROFISSIONAL - PROPAGANDA ENGANOSA VEICULADA NA DIVULGAÇÃO DO PROCESSO SELETIVO DA INSTITUIÇÃO, QUE AFIRMAVA EXPRESSAMENTE A APTIDÃO DOS GRADUADOS A SE SUBMETER AOS TESTES DA ANAC - FALSA IMPRESSÃO DE QUE O CURSO CREDENCIAVA OS ALUNOS A PRESTAR O EXAME - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA RÉ POR FATO DO SERVIÇO - CONDENAÇÃO DA RÉ À RESTITUIÇÃO DE PARTE (40%) DOS VALORES INVESTIDOS PELO AUTOR PARA A CONCLUSÃO DO CURSO - SOLUÇÃO QUE PRESTIGIA O PRINCÍPIO QUE VEDA O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA - IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO DO VALOR INTEGRAL DAS MENSALIDADES DO CURSO EFETIVAMENTE USUFRUÍDO E CONCLUÍDO, COM EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA QUE PROPICIARÁ AO AUTOR ATUAÇÃO PROFISSIONAL NA ÁREA - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DEVIDA - FRUSTRAÇÃO DE UM DOS FINS DO CONTRATO, COM A QUEBRA DA LEGÍTIMA EXPECTATIVA DE CONCORRER PARA A HABILITAÇÃO PERANTE A ANAC - ARBITRAMENTO EM R$ 10.000,00 - VALOR RAZOÁVEL E PROPORCIONAL AO DANO EXPERIMENTADO - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA, MAS EM MAIOR GRAU DA RÉ, QUE DEVERÁ ARCAR COM A INTEGRALIDADE DOS ÔNUS. - Apelação provida em parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de tempestiva e preparada apelação (fls. 334/371), interposta contra a r. sentença de fls. 318/322, que julgou procedente a ação de indenização por danos materiais e morais, fundada na alegação de defeituosa prestação de serviços educacionais, movida por **JAFÉ DA SILVA** em face de **INSTITUTO SANTANENSE DE ENSINO SUPERIOR - ISES**, para o fim de "*condenar o Requerido ao pagamento em favor do Autor de indenização por danos materiais, referente à devolução dos valores pagos a título de mensalidades e matrículas*

no curso objeto do litígio, cujo valor deverá ser auferido em sede de liquidação de sentença; bem como, ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 10.000,00 (dez mil reais), a ser atualizado monetariamente pela Tabela Prática do E. TJSP desde o presente julgamento e com incidência de juros de mora de 1% a contar da citação".

Irresignada, recorre a ré, arguindo, preliminarmente, a nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, além da prescrição pelo decurso do prazo de três anos previsto no art. 206, §3º, V, do Código Civil para a pretensão de reparação civil. A apelante também argumenta que cumpriu o avençado no contrato de prestação de serviços educacionais, ministrou as aulas e outorgou diploma de ensino superior ao autor, não havendo que se falar em falhas na prestação de serviço. Aduz, ainda que "*não subsiste o inconformismo do Apelado, ao alegar a necessidade da Carteira da ANAC, pois o curso oferecido pela Apelante, não tem por escopo a formação de mecânicos, e está devidamente autorizado e reconhecido pelo Ministério da Educação, possui plena validade com a outorga do diploma, possibilitando ao formando o exercício imediato de sua profissão como tecnólogo*" (fls. 357).

Insiste, outrossim, que cumpriu seu dever de informação, pois desde sempre alertou seus alunos que "*A necessidade prestar prova junto a ANAC é daqueles que desejam ingressar em uma das carreiras da aviação civil, o que foge do objetivo do curso. A prova da ANAC é apenas um dos requisitos para aqueles que pretendem tornar-se mecânico de aeronaves, e não aos alunos do curso Superior em Tecnologia de Manutenção de Aeronaves*" (fls. 349). Esclarece, também, que "*cogitou num primeiro momento, a homologação do curso junto à ANAC, todavia, esse 'projeto' foi anunciado de forma cristalina e condicionada as diversas áleas envolvidas, de modo que a Apelante honrou com a oferta, visto que transmitiu com transparência aos interessados, a possibilidade de um evento futuro e incerto, referente à carteira CCT*".

Conclui a recorrente, assim, que em nenhum momento houve a alegada promessa de habilitação e obtenção de carteira profissional junto à ANAC, sendo tal habilitação, aliás, desnecessária para o exercício da profissão pelo autor, tanto que ele está regularmente inserido no mercado de trabalho, tornando injustificada qualquer indenização por supostos danos materiais. A apelante se insurge ainda quanto à indenização por danos morais, ao fundamento de que se trata de mero aborrecimento. Subsidiariamente, postula a redução do valor da indenização.

Não houve resposta (fls. 375).

É o relatório.

O recurso comporta provimento parcial.

Cuidam os autos de ação indenizatória ajuizada por **JAFÉ DA SILVA** em face da instituição de ensino **INSTITUTO SANTANENSE DE ENSINO**

Acesso ao Sumário

SUPERIOR - ISES com fundamento em falha na prestação dos serviços.

O autor narra na inicial que, no segundo semestre de 2009, matriculou-se no curso superior de "*Tecnologia em Manutenção de Aeronaves*" oferecido pela instituição de ensino ré, pelo valor de R$ 4.102,32, pagos de forma parcelada em seis prestações de R$ 683,72, vindo a colar grau em 15/08/2012.

Argumenta que a ré teria se obrigado a conferir habilitação para que os alunos graduados no indigitado curso prestassem a prova aplicada pela Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, inclusive por propagandas veiculadas e palestra realizada na sede da ré, sendo que "*Somente após a conclusão do curso é que o Autor deparou-se com a farsa, descobrindo que nunca havia sido permitido possibilidade de prestar prova na ANAC, para obter a carteira*", frustrando sua expectativa de que o curso ministrado pela ré o habilitaria de forma plena para atuar no mercado de trabalho.

Prosseguiu o autor relatando que, diante das muitas reclamações dos alunos, em dezembro de 2014 a ré fez circular comunicado (fl. 38) a todos os discentes, em que afirma: "(...) *que após formado, o aluno estará habilitado para trabalhar no planejamento e controle da manutenção aeronáutica, com sistema de troubleshooting, no controle e atualizações de publicações técnicas, na área operacional logística e de suprimento de material aeronáutico, entre outros. Este curso, por ser uma graduação tecnológica do nível superior, não forma mecânicos de aeronave, conforme disposto em seu Projeto Pedagógico, disponível para consultas públicas em*: (endereço eletrônico constante no texto original)*, visa a formação de profissionais para atuarem em pesquisa e desenvolvimento, procedimentos de qualidade, auditoria, publicações, planejamento, troubleshooting, compras e vendas, logística, operações, manutenção de linha (aeroportos), centros de manutenção, centros de treinamento, entre outros, ou seja, atividades de logística, planejamento e gestão*".

Conclui o autor que a ré, na esfera administrativa, limita-se a dizer "*que está tentando junto a ANAC a possibilidade dos alunos realizarem a prova*", a fim de obter a prometida habilitação plena, pedido este que, ao que tudo indica, não foi deferido pela Agência Reguladora.

Destarte, alegando ter sido iludido e ludibriado pela instituição de ensino, ingressou com a presente demanda visando a obter a restituição da matrícula, das mensalidades e de todos os valores que investiu para a realização do curso, no montante de R$ 30.000,00. Também cumulou pedido de indenização por dano moral, no montante de R$ 30.000,00.

Contestado o feito (fls. 80/100) e frustrada a tentativa de conciliação, a r. sentença houve por bem julgar procedente a ação, por entender que "*todos os alunos que se submeteram ao curso tinham a fundada expectativa de que estariam com sua conclusão habilitados ao exame, mas isso não se concretizou*

Acesso ao Sumário

porque ele não estava homologado perante a ANAC, condição essencial para que pudessem prestar a prova para obtenção da carteira de habilitação técnica. Nessas condições, incumbiria ao Requerido diligenciar a aludida homologação, ou buscar o reconhecimento de que ela não é necessária, tanto o é que o fez, mas somente no ano de 2014. Nesse sentido, não é admissível que se transfira esse ônus ao aluno, exigindo que ele faça um segundo curso complementar para se adequar aos parâmetros da agência de aviação civil. A imprescindibilidade deste curso complementar deveria vir estampada na publicidade que declarou a habilitação dos alunos a prestarem a prova da ANAC" (fls. 318/322).

Antes de adentrar ao mérito propriamente dito do recurso, cabe rejeitar as prejudiciais de nulidade da sentença por cerceamento de defesa e de prescrição.

Descabe cogitar de cerceamento de defesa na hipótese, pois **em matéria de julgamento antecipado** predomina a prudente discrição do Magistrado, no exame da necessidade ou não da realização de prova em audiência, ante as circunstâncias de cada caso concreto e a necessidade de não ofender o princípio basilar do pleno contraditório **(Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n° 3.047, Ministro ATHOS CARNEIRO, j. 21.8.90, DJU 17.9.90)**.

Na espécie, era mesmo desnecessária a produção de prova oral reclamada pela ré/apelante, sobretudo para comprovação de que não teria havido falhas na prestação dos serviços educacionais, em especial a ausência de homologação do curso junto à ANAC.

A prova de tais aspectos era eminentemente documental a ser produzida desde logo, e não por meio de oitiva de testemunhas.

Ademais, como já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça, em mais de uma oportunidade:

> "*In casu, o magistrado de primeira instância julgou antecipadamente a lide por entender que não havia mais controvérsia quanto aos fatos nucleares da demanda, restando apenas o deslinde das questões de direito. Consoante jurisprudência pacífica desta Corte, não há cerceamento do direito de defesa nesses casos, pois o juiz tem o poder-dever de julgar a lide antecipadamente, desprezando a realização de audiência para a produção de provas ao constatar que o acervo documental é suficiente para nortear e instruir seu entendimento*" **(STJ, AgRg no Ag 1.193.852/MS, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, jul. 23.03.2010, DJe 06.04.2010).**
>
> "*Presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder*" **(STJ, REsp 2.832/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, jul. 14.08.1990, DJ 17.09.1990, p. 9.513)**

A prejudicial de prescrição também não merece acolhimento.

Deve-se consignar, de início, que se está diante de típica relação de consumo, incidindo as normas da Lei nº 8.078/90, com aplicação da

Acesso ao Sumário

principiologia inerente ao sistema de proteção do consumidor.

Assim, estando-se diante de relação de consumo, aplicável a norma do artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, que prevê o prazo de 5 (cinco) anos para a prescrição da pretensão à reparação pelos danos causados por fato do serviço.

No caso, a hipótese se subsume ao art. 14 do CDC, pois a autora não discute a forma como foram prestados os serviços de ensino pela ré, mas a falha no dever de informação e a publicidade enganosa - que lhe teria acarretado prejuízos no posterior exercício profissional, impossibilitando a desejada habilitação junto à ANAC.

Cumpre registrar que nesse ponto que o prazo prescricional subordina-se ao princípio da *actio nata*: o prazo tem início a partir da data em que o credor pode demandar judicialmente a satisfação do direito. Assim, antes que exista uma pretensão exercitável, não corre a prescrição. A esse respeito, a clássica lição de Antônio Luis da Câmara Leal:

"*Ora, sendo o objetivo da prescrição extinguir as ações, ela só é possível desde que haja uma ação a ser exercitada, em virtude da violação do direito. Daí a sua primeira condição elementar: a existência de uma ação exercitável. É a actio nata dos romanos*".[1]

Sendo assim, não se consumou a prescrição no caso vertente, pois a ação foi proposta antes de decorridos 5 anos do momento em que o dano se implementou e a pretensão se tornou exigível, isto é, quando, após o encerramento do curso e a colação de grau (15/08/2012), o autor tomou conhecimento de que não poderia prestar a prova de habilitação profissional que almejava.

Ao contrário do alegado pela ré, não se trata da aplicação de uma presunção, mas da aplicação do princípio da *actio nata*, pois somente com a conclusão do curso é que poderia o autor exigir da instituição de ensino a homologação do curso junto à ANAC, ou, diante da impossibilidade, as eventuais perdas e danos.

No mérito, respeitado o entendimento do digno Magistrado *a quo*, o recurso está em caso de ser parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

A farta prova documental existente nos autos deixa ver que no instrumento de contrato de prestação de serviços educacionais e no "Projeto Pedagógico de Curso" (fls. 116/153) não consta, como deveria, qualquer menção ao fato de que o curso de Tecnologia em Manutenção de Aeronaves não contava com a homologação da ANAC e que, findo o curso, não seria possível ao graduado prestar a prova para obtenção da carteira de habilitação da agência reguladora.

Muito pelo contrário, o aludido projeto pedagógico dá a entender que, ao final do curso, o aluno estaria apto a prestar serviços de manutenção para

1 ANTÔNIO LUIS DA CÂMARA LEAL, "Da prescrição e da decadência", Ed. Forense, 1982, p. 22.

vários tipos de aeronaves, alertando, inclusive, para a prévia necessidade de aprovação em testes específicos aplicados pela ANAC, o que se conclui dos seguintes termos:

> "*Ao final do curso, o egresso estará apto para trabalhar em aeroportos, empresas especializadas em manutenção aeronáutica, companhias aéreas da aviação comercial, regional, executiva, escolas, fabricantes (como Embraer) e outras congêneres que prestam serviços de manutenção para vários tipos de aeronaves, helicópteros, motores de aviação, componentes, sistemas e equipamentos aeronáuticos. (...) Em função de determinações de órgãos nacionais e internacionais de aviação civil, a atuação profissional poderá ser precedida de aprovação em testes específicos conduzidos e/ou regulamentados pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), Então, para a homologação do curso junto à ANAC, a instituição pretende ultimar toda a documentação para ser entregue a esta. Assim que isso ficar acertado, os alunos egressos interessados também terão a oportunidade de fazer a prova, e em princípio, a ANAC poderá outorgar a carteira CCT aos que se enquadrarem aos critérios desta autarquia*" (fls. 152 e 156).

De fato, tal como alega o autor, a ré se comprometeu em seu plano pedagógico a efetuar a homologação do curso perante a ANAC, a fim de que seus alunos egressos tivessem a oportunidade de fazer a prova de habilitação profissional, não havendo informação clara acerca do risco de recusa da agência reguladora, que impossibilitou a participação do autor nos testes.

O mesmo se diga da publicidade veiculada à época da matrícula do autor no curso, que também continha vício de informação, ao consignar que os alunos estariam aptos a prestar a prova para obtenção de carteira junto à ANAC (fls. 22).

Não tem razão a ré quando impugna os documentos de fls. 22/23, sem que tenha comprovado a alegada falsidade, cujo ônus se lhe impunha, nos termos do artigo 429, I, do CPC.

De resto, não se discute que o curso ministrado pela ré conta com a aprovação do Ministério da Educação e que os profissionais graduados estariam habilitados para trabalhar "*no planejamento e controle da manutenção aeronáutica, com sistema de troubleshooting, no controle e atualizações de publicações técnicas, na área operacional logística e de suprimento de material aeronáutico, entre outros*" (fls. 38).

No caso em exame, o que se verifica, no entanto, é que a ré omitiu deliberadamente a circunstância de que o curso ministrado não gozava da autorização administrativa competente para viabilizar a habilitação profissional dos alunos junto à ANAC, por meio da realização de provas e testes específicos, de modo que ao deixar de fornecer informações claras ao autor, acabou por induzi-lo a erro. Note-se que os esclarecimentos atualmente encontrados no

Acesso ao Sumário

site da instituição acerca do curso oferecido não fazem prova das informações veiculadas ao público consumidor à época do processo seletivo.

Assim, além de caracterizada a propaganda enganosa veiculada pela instituição de ensino à época dos fatos, na acepção tomada pelo art. 37, §1º, do CDC, também restou evidenciada na espécie a defeituosa prestação dos serviços educacionais, por vício de informação.

A hipótese é regida pelo Código de Defesa do Consumidor, que, em seu art. 14 dispõe que: "*O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços,* ***bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.***"

O art. 6º, incs. III e IV, do CDC estabelece, como direitos básicos do consumidor, entre outros:

> "a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem."
>
> "a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços."

Na proteção ao consumidor tem relevo um dever anexo dos contratos que não foi observado pela ré, emanado da cláusula geral de boa-fé objetiva, que é justamente o dever de informar o outro contratante, razão pela qual - apartando-se desse dever, cabe à ré reparar os danos causados ao autor.

Em suma, fica caracterizada, na espécie, a responsabilidade civil da ré por fato do serviço, de natureza objetiva, em decorrência de vício de informação e da propaganda enganosa.

A título de reparação do dano material, o autor postula na inicial o ressarcimento de todas as mensalidades e taxas de matrícula que pagou, além de outras despesas que teriam sido suportadas para que pudesse concluir o curso, o que foi acolhido pelo MM. Juízo *a quo*.

Acesso ao Sumário

Quanto a esse aspecto, não colhe o pedido de restituição integral das mensalidades e da taxa de matrícula pagas, tendo em vista que, apesar de o curso ministrado não contar com a imaginada homologação da ANAC, o autor usufruiu dos serviços educacionais prestados pela ré, devendo arcar com a contraprestação correspondente ao ganho intelectual que obteve, sob pena de enriquecimento sem causa.

Deveras, como aponta Giovanni Ettore Nanni, em monografia sobre o tema, "*Luís Menezes Leitão também admite a possibilidade de enriquecimento de caráter não material: 'O enriquecimento pode ainda consistir na obtenção de vantagens patrimoniais não apreensíveis em termos materiais, como sucede*

com as prestações de serviços (como, por exemplo, o ensino) ou com utilidades imateriais (como a utilização de um veículo). Não podendo estas vantagens ser restituídas em espécie, terá de se lhes aplicar a restituição do valor" **(Enriquecimento sem causa - 3.ed. - São Paulo: Saraiva, 2012. - (Coleção professor Agostinho Alvim/coordenação Renan Lotufo - p. 213).**

Não se pode ignorar, outrossim, que após a conclusão do curso, o autor recebeu diploma que o permitiu atuação profissional na área escolhida.

Desta forma, diante das circunstâncias do caso, apesar da falha na prestação de serviços, é razoável que, ao invés da devolução da totalidade do investimento, seja arbitrado um abatimento no preço das mensalidades e matrículas pagas ao longo do curso, devendo a ré restituir ao autor 40% de tudo o que recebeu a título de contraprestação pelos serviços educacionais prestados, como forma de compensar os prejuízos decorrentes da inabilitação do curso para a finalidade pretendida pelo autor.

Resta caracterizado, outrossim, o dever de indenizar os danos morais, decorrentes, especificamente, da frustração de um dos fins do contrato e da legítima expectativa incutida no autor de que ao cabo de 3 anos e com o investimento de dedicação e dinheiro, poderia obter habilitação junto à ANAC para o exercício profissional no mercado de trabalho.

Na lição de **Maria Celina Bodin de Moraes**, quando os atos ilícitos ferem direitos da personalidade, como a liberdade, a honra, a integridade física, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, a própria violação causa danos morais *in re ipsa*, decorrente de uma presunção *hominis* **(Danos à Pessoa Humana - uma leitura civil-constitucional dos danos morais, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, pp. 157/159)**.

O arbitramento (*quantum*) deve levar em consideração as funções, compensatória e punitiva, da indenização. Na função ressarcitória, olha-se para a vítima, para a gravidade objetiva do dano que ela padeceu **(Antônio Jeová dos Santos, Dano Moral Indenizável, Lejus Editora, 1.997, p. 62)**. Na função punitiva, ou de desestímulo do dano moral, olha-se para o lesante, de tal modo que a indenização represente advertência, sinal de que a sociedade não aceita seu comportamento.

Diante das peculiaridades do caso, a despeito da irresignação da ré, o valor arbitrado na sentença (R$ 10.000,00) revela-se adequado e proporcional com os requisitos delineados e não discrepa dos parâmetros largamente utilizados pela jurisprudência, sem perder de vista a gravidade objetiva do dano e o desestímulo à repetição da conduta. A pretendida redução do *quantum* resultaria em indenização insuficiente a compensar o autor pelos prejuízos sofridos em seu exercício profissional.

A importância será atualizada e acrescida de juros moratórios legais nos

Acesso ao Sumário

moldes da r. sentença.

O provimento parcial do recurso da ré não altera a distribuição dos ônus de sucumbência, na medida em que, embora recíproca, a ré sucumbiu em maior grau, mantendo-se o regime estabelecido na r. sentença.

Ante o exposto, por meu voto, dou provimento em parte ao recurso de apelação, para reduzir o montante da indenização dos danos materiais, devendo a ré restituir somente 40% de tudo o que recebeu a título de contraprestação pelos serviços educacionais prestados ao autor, como forma de compensar os prejuízos decorrentes da inabilitação do curso junto à ANAC, confirmados os demais termos da r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4003573-21.2013.8.26.0099, da Comarca de Bragança Paulista, em que é apelante MARIA APARECIDA CAMPOS MACIEL (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO ITAULEASING S/A.

ACORDAM, em 27ª Câmara Extraordinária 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 3.217)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDGARD ROSA (Presidente sem voto), CARLOS DIAS MOTTA e MARCOS RAMOS.

São Paulo, 3 de outubro de 2016.

AZUMA NISHI, Relator

Ementa: APELAÇÃO. ARRENDAMENTO MERCANTIL. Capitalização de juros. Ilegalidade de tarifas. Cláusulas abusivas. Sentença de improcedência. Razões recursais genéricas. Ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão de primeiro grau. Sentença confirmada pelos seus próprios fundamentos. Artigo 252 do Regimento Interno desta Corte. RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls.

100/108 que, nos autos da ação ordinária ajuizada por **MARIA APARECIDA CAMPOS MACIEL** contra **BANCO ITAULEASING S.A.**, julgou improcedente o pedido, condenando a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% sobre o valor da causa, observada sua condição de beneficiária da justiça gratuita.

Irresignada com a r. sentença, recorre a autora, pleiteando a reforma do julgado (fls. 115/127).

Sustenta, preliminarmente, nulidade da sentença por cerceamento de defesa, alegando a necessidade de produção de prova pericial. No mérito, reiterou a necessidade de produção de prova pericial e sustentou ser imprescindível a inversão do ônus da prova para que o apelado fosse compelido a juntar os documentos referentes ao contrato aqui discutido. No mais, disse que o princípio do *pacta sunt servanda* deve ser relativizado diante da relação de consumo.

O D. Magistrado de primeiro grau recebeu a apelação em seus regulares efeitos (fls. 128) e a parte contrária apresentou contrarrazões (fls. 131/151).

O presente recurso foi redistribuído por sorteio a esta 27ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, conforme Resolução 737/2016 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

É o relatório do necessário.

1. O recurso não comporta provimento, devendo a r. sentença ser mantida, inclusive pelos próprios fundamentos, conforme permite o art. 252 do Regimento Interno[1], eis que não foram elididos pelas razões recursais.

Anote-se que tal forma de julgamento tem sido admitida pela jurisprudência da Corte Superior. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

> *PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO PROFERIDO EM EMBARGOS DECLARATÓRIOS. RATIFICAÇÃO DA SENTENÇA. VIABILIDADE. OMISSÃO INEXISTENTE. ART. 535, II, DO CPC. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. 1. Revela-se improcedente suposta ofensa ao art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem, ainda que não aprecie todos os argumentos expendidos pela parte recorrente, atém-se aos contornos da lide e fundamenta sua decisão em base jurídica adequada e suficiente ao desate da questão controvertida. 2. É predominante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em reconhecer a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-o no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum. 3. Recurso especial não-provido.*[2]

1 "Art. 252. Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente fundamentada, houver de mantê-la."

2 2ª Turma, REsp n° 662.272/RS, relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 4/9/2007.

Acesso ao Sumário

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO. FUNDAMENTAÇÃO. INSPIRAÇÃO. DECISÃO. ANTERIOR. POSSIBILIDADE. OMISSÃO. 1. A Corte a quo manifestou-se pela confirmação integral da sentença monocrática, ratificando todos os seus fundamentos, de modo que restou absorvido pelo aresto o fundamento de que a anterioridade deve ser observada a partir da Medida Provisória 368/93. 2. Não se configura desprovido de fundamentação, tampouco omisso, o julgado que repete fundamentos adotados pela sentença, com sua transcrição no corpo do acórdão. Precedentes. 3. Recurso especial improvido.[3]

2. Pelo que se depreende da inicial, a autora sustenta a nulidade de determinadas cláusulas do contrato que entabulou com a empresa ré, pretendendo a revisão no tocante às tarifas cobradas e forma de capitalização dos juros.

A r. sentença devidamente afastou a pretensão da autora. O D. Magistrado discorreu sobre o histórico das normas jurídicas sobre o assunto e concluiu pela legalidade das cobranças, não havendo qualquer reforma a ser feita.

3. Por oportuno, confira-se o seguinte excerto da bem fundamentada sentença, *in verbis*:

"Ora, se não bastasse a indicação expressa da capitalização mensal dos juros, a previsão da taxa anual de juros superior a doze vezes a taxa mensal foi ajustada de forma clara, nos termos da jurisprudência acima colacionada.

Portanto, as alegações de juros indevidamente capitalizados não são subsistentes, sendo legítimo o método empregado para o respectivo cômputo.

Não consta, ademais, que a taxa de juros remuneratórios seja abusiva no sentido jurídico. Como visto acima, não há limitação dessa taxa para transações como a dos autos, observada sua compatibilidade com a prática do mercado.

No tocante à comissão de permanência, o pedido deixa de ser acolhido pela falta de previsão de sua cobrança no contrato. Os juros moratórios (1% ao mês) e a multa de mora (2%) estão dentro dos limites legais.

Não havendo nenhuma irregularidade ou ilicitude na metodologia dos juros, não há razão para a consignação dos valores que a parte autora entende devidos, nem para que ela esteja livre dos efeitos da mora.

Por fim, o pedido é omisso quanto à devolução de valores cobrados a título de tarifas."

4. Ademais, a autora, em suas razões recursais não impugnou especificamente os fundamentos da sentença. Limitou-se a tecer alegações

Acesso ao Sumário

3 REsp n° 641.963/ES, 2ª Turma, relator Ministro CASTRO MEIRA, DJ 21/11/2005.

genéricas sobre a incidência do Código de Defesa do Consumidor, relativização do *pacta sunt servanda* e a necessidade de realização de perícia contábil. Mas em nenhum momento buscou afastar os fundamentos da sentença e demonstrar a ilegalidade das cobranças.

Desse modo, diante da bem fundamentada decisão de primeiro grau e das razões genéricas do recurso, de rigor a manutenção integral da r. sentença prolatada.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000210-03.2016.8.26.0025, da Comarca de Angatuba, em que é apelante MARILDA ELISABETE ANDRADE RAMOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado GFG COMÉRCIO DIGITAL LTDA.

ACORDAM, em 31ª 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 26.782)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADILSON DE ARAUJO (Presidente sem voto), FRANCISCO CASCONI e PAULO AYROSA.

São Paulo, 4 de outubro de 2016.

CARLOS NUNES, Relator

Ementa: COMPRA E VENDA - LOJA VIRTUAL - Ação de indenização por danos morais - Consumidora que teve seus dados "hackeados" por terceiro fraudador - Não se vislumbra a ocorrência de danos, sejam materiais ou morais - Empresa/ré que, de forma precavida e diligente, entrou em contato com a cliente para confirmar a realização de compra, sendo que, tão logo informada pela autora de que não fora realizada nenhuma compra, providenciou o cancelamento da mesma, sem lhe impor qualquer ônus - Não comprovação, pela demandante, de que outras compras voltaram a ser realizadas

Acesso ao Sumário

indevidamente em seu nome, pelo terceiro fraudador - Prontidão e eficiência da ré na resolução da questão referente à fraude ocorrida - Inocorrência de dano moral - Indenização indevida - Sentença de parcial procedência mantida - Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **MARILDA ELISABETE ANDRADE RAMOS**, junto aos autos da ação de indenização por danos morais que move em face de **GFG COMÉRCIO DIGITAL LTDA.**, julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 99/101, cujo relatório adoto.

Alega a apelante, em apertada síntese, que a conduta da empresa/ré, ao permitir que ocorra fraude no seu *site* de compras, viola os deveres da cooperação e da boa-fé objetiva, sendo que lhe competia perquirir se havia ligação entre a autora e os atos cometidos por terceiro fraudador do cadastro. Sustenta que a própria apelada afirmou a existência de fato de terceiros, de modo que eventual culpa exclusiva da vítima não restou comprovada. Afirma que a responsabilidade civil da ré é objetiva, prescindindo de comprovação de culpa. Assevera que a conduta ilícita da recorrida é incontroversa, motivo pelo qual deve arcar com o pagamento de indenização pelos danos morais que lhe foram causados, os quais configuram mais que meros aborrecimentos. Por tais razões, pugna pelo provimento do recurso, para que seja julgada totalmente procedente a ação (fls. 104/112).

Recurso regularmente processado, tempestivo, sem preparo, por ser a autora beneficiária da gratuidade da justiça, e respondido às fls. 116/124.

É o Relatório.

Cuida-se de ação de indenização por danos morais julgada parcialmente procedente, para declarar a rescisão contratual entre as partes e confirmar a liminar anteriormente concedida, com sucumbência recíproca.

Tenho que a r. sentença da ilustre magistrada *a quo* não comporta alteração, merecendo ser mantida na sua integralidade.

Vejamos.

Pelo que se depreende dos autos, a autora era cliente da loja virtual Dafiti, ora ré, e recebeu uma ligação, em junho de 2015, para confirmar a realização de uma compra que teria sido supostamente realizada por ela no *site*; tal compra não foi confirmada pela demandante, e, consequentemente, foi cancelada pela requerida.

Acesso ao Sumário

No dia seguinte, a demandante não conseguiu acessar o *site* da requerida, tendo em vista que seu e-mail ou senha eram tidos como "inválidos"; foi quando entrou em contato telefônico com a ré e obteve a informação de que sua conta teria sido "hackeada" por terceiro infrator, que se utilizou indevidamente de seu CPF.

Pois bem.

De início, vale salientar que os dispositivos consumeristas são aplicáveis ao presente caso, pois evidente a relação de consumo, consoante dispõe o Código de Defesa do Consumidor.

Ocorre que, mesmo sendo possível a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, nos termos do art. 6º, inciso VIII, do mencionado diploma legal, necessário o preenchimento do requisito da verossimilhança das alegações da autora para corroborar os fatos constitutivos de seu direito, o que não foi realizado no caso vertente.

Conquanto a apelante insista na alegação de que houve a prática de ato ilícito pela apelada, o fato é que não comprovou suas assertivas, como lhe competia.

Ao contrário, o que se verifica é que a empresa/ré, agindo com precaução e diligência, previamente entrou em contato com a cliente para confirmar a realização da compra; em seguida, tão logo informada pela acionante de que não fora realizada nenhuma compra, providenciou o cancelamento da mesma, sem lhe impor qualquer ônus.

Ademais, conforme bem mencionado pela douta Julgadora sentenciante, não foi comprovado pela demandante que outras compras indevidas voltaram a ser realizadas posteriormente em seu nome, por terceira pessoa, o que indica que o seu CPF foi desvinculado do terceiro fraudador, de nome "Renan", e demonstra que a requerida agiu com prontidão e eficiência na resolução da questão referente à fraude ocorrida.

Dessa forma, o pedido de indenização por danos morais realmente não merece acolhida, em face da ausência dos elementos caracterizadores do dever de indenizar, bem como de demonstração de qualquer resultado lesivo experimentado pela autora.

Ante o exposto, e pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Acesso ao Sumário

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0145543-45.2011.8.26.0100/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante LEIA MARIA VAROLI (JUSTIÇA GRATUITA), são embargados LUIZ CARDAMONE NETO (ESPÓLIO), LUIZ CARDAMONE (INVENTARIANTE), JOSE CARDAMONE JUNIOR e MARIA EUGENIA CARDAMONE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.564)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ELCIO TRUJILLO (Presidente sem voto), J.B. PAULA LIMA e ARALDO TELLES.

São Paulo, 25 de outubro de 2016.

CESAR CIAMPOLINI, Relator

Ementa: Embargos de declaração a acórdão em apelação. Pretensão da embargante de rever os fatos da lide. Inadmissibilidade. Para revisão de prova não cabem embargos de declaração.

Julgamento de apelação contra sentença prolatada sob a égide do CPC de 1973: inaplicabilidade das regras do NCPC.

Fundamentação "per relationem" (RITJSP, art. 252). Admissibilidade.

Embargos de declaração preparatórios de recurso especial. Desnecessidade, segundo a jurisprudência do Pretório Excelso (formada ao tempo do CPC/73, mas ainda hoje de se aplicar, mormente em razão da edição do art. 1.025 do NCPC), de prequestionamento expresso, mencionando-se artigo por artigo por sua identificação numeral. Basta, para conhecimento de recurso especial, o prequestionamento implícito (STF, RT 703/226).

Embargos declaratórios rejeitados.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de embargos de declaração (fls. 388/397) que se opõem ao acórdão de fls. 376/385, assim ementado:

> "Ação de anulação de sentença homologatória de acordo celebrado nos autos de ação de alienação judicial para extinção de condomínio, pela qual o imóvel por ela objetivado coube ao ex-marido da autora. Acordo que não contou com sua outorga. Casamento, todavia, celebrado sob o regime da mais completa separação de bens. Mais: bem doado pelos sogros ao ex-marido com cláusula de incomunicabilidade. Sentença de primeiro grau que se confirma, com a observação de ser o caso de carência de ação (ilegitimidade de parte; CPC/73, art. 267, VI), não de improcedência. Apelação da autora desprovida." **(fl. 377)**.

Alega a embargante que a prova dos autos conduziria, se adequadamente examinada, a solução diversa da adotada no julgamento.

Ainda, que o julgamento é nulo porque se lhe seria de aplicar o disposto no § 1o do art. 489 do NCPC, inadmissível o recurso ao julgamento por ratificação do art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal. Ademais, o acórdão adotou os fundamentos do relatório, não a fundamentação sentencial.

Pede o prequestionamento de questões constitucionais e federais.

É o relatório.

Para reexame de fatos, de resto com efeitos nitidamente infringentes, como se sabe, não se prestam embargos de declaração.

Leia-se, na jurisprudência do STJ:

> "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO. OMISSÃO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE EXAME DE MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA.
>
> 1. No tocante à alegada omissão sobre a mencionada desnecessidade de reexaminar provas, os Embargos de Declaração não merecem prosperar, pois ausentes os vícios listados no art. 1.022 do CPC. Os Embargos Declaratórios não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito. (…)" **(EDcl no AgRg no AREsp 790.561, HERMAN BENJAMIN).**

O acórdão embargado, por outro lado, analisou os temas devolvidos no julgamento do recurso de forma fundamentada e suficiente, qualificando-os juridicamente, não se enquadrando, pois, os presentes embargos de declaração, em quaisquer das hipóteses previstas no art. 1.022 do NCPC.

Aliás, como decide o STJ, não se configura omissão quando o julgado se encontrar devidamente fundamentado sem, no entanto, ter decidido a causa à luz dos preceitos jurídicos desejados pela parte, pois a tal não está obrigado. Nesse

Acesso ao Sumário

sentido: EDcl no REsp 463.380, JOSÉ DELGADO.

Mais ainda:

"Não configura contradição o afirmar a falta de prequestionamento e afastar indicação de afronta ao artigo 535 do Código de Processo Civil, uma vez que é perfeitamente possível o julgado se encontrar devidamente fundamentado sem, no entanto, ter decidido a causa à luz dos preceitos jurídicos desejados pela postulante, pois a tal não está obrigado" **(STJ-REsp 1.401.028, ELIANA CALMON).**

Por outro lado, quanto ao dispositivo do NCPC invocado, aponta-se que o julgamento se deu consoante as normas do Código Buzaid, em que pese o disposto nos arts. 14 e 1.046 do NCPC, posto que a r. sentença foi prolatada em sua vigência. Trata-se do princípio do isolamento dos atos processuais, que regula "*direitos adquiridos ao longo do processo que não podem ser atingidos pela nova legislação*" (JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, CPC Comentado, 3ª ed., págs. 71/72). Nesse sentido, STJ-Corte Especial, ED no REsp 600.874, JOSÉ DELGADO, cit. por THEOTONIO NEGRÃO e continuadores, CPC, 47ª ed., pág. 988. Não há reparo, pois, a fazer ao acórdão.

Prosseguindo, é constitucional o mecanismo decisório previsto no Regimento Interno, art. 252, pelo qual o Tribunal, ratificando-os, se reporta aos fundamentos da sentença recorrida, adotando- os como seus.

Tradicional, aliás, no processo civil brasileiro o uso da técnica de motivação das decisões judiciais ***per relationem***, dita também por remissão ou por referência. É o que assenta, em campo em que mais grave ainda seria a falta de fundamentação de decisão (direito penal), a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (HC 220.824, MARCO AURÉLIO BELLIZZE).

A motivação por remissão atende, plenamente, acrescento, ao requisito constitucional da fundamentação das decisões judiciais (Lei Maior, art. 93, IX): STF, RE 235.800, ILMAR GALVÃO; STJ, RSTJ 58/36; ED no REsp 1.021.851, LAURITA VAZ (acórdãos referidos por THEOTONIO NEGRÃO, CPC, 45ª ed., pág. 526).

Acesso ao Sumário

Esse modo de julgar, que evita repetições desnecessárias, continua a ser empregado, validamente, aliás, no dia a dia do Tribunal, após a entrada em vigor do atual CPC:

"APELAÇÃO - COBRANÇA - MULTA CONTRATUAL – Inexecução parcial de contrato de prestação de serviço - Preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa - Prova documental suficiente para esclarecer a situação - Desnecessidade de produção de prova oral - Preliminar afastada. Penalidade aplicada prevista no contrato - Análise do Poder Judiciário se restringe à legalidade do ato - Processo administrativo que observou o contraditório e ampla defesa - Ausência de violação ao devido processo legal - Contratada que participou do processo licitatório,

conhecendo as obrigações que lhe seriam pertinentes - Pressuposto de que teria condições de realizar satisfatoriamente o serviço - Multa exigível - Ratificação dos fundamentos da r. sentença de procedência, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal. Recurso não provido." **(Ap. 0003780-03.2011.8.26.0053, PONTE NETO)**.

"Ação de indenização por danos materiais. Locação comercial escrita. R. sentença de improcedência, com apelo só dos autores locadores. Alegação de que o imóvel foi devolvido com diversas avarias. Inexistência de termos de vistorias de saída e entrada, assinado pela locatária. Apelantes que não se desincumbiram do ônus probatório que lhe incumbia. Art. 373, inc. I, do novo CPC (art. 333, inc. I, CPC/73). *Decisum* mantido na íntegra. Inteleção do art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal. Nega-se provimento ao apelo." **(Ap. 1004576-85.2015.8.26.0004, CAMPOS PETRONI)**.

"ACIDENTE DE VEÍCULO - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - CONVERSÃO À ESQUERDA - DESATENÇÃO DO CONDUTOR DO VEÍCULO QUE AO CONVERGIR À ESQUERDA INTERCEPTA A MOTOCICLETA DO AUTOR - COMPROVAÇÃO - RESPONSABILIDADE DOS RÉUS (CONDUTOR E PROPRIETÁRIO DO VEÍCULO) - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - CONFIRMAÇÃO POR SEUS FUNDAMENTOS - ART. 252 DO RITJSP - RECURSO NÃO PROVIDO. Age culposamente o motorista de veículo que, ao efetuar manobra de conversão à esquerda, deixa de adotar os cuidados devidos para tanto, vindo a cortar a trajetória da motocicleta conduzida pelo autor pela mão contrária de direção, provocando a colisão, exsurgindo o dever de indenizar do proprietário e do condutor do veículo. Assim, não trazendo os réus fundamentos suficientes a modificar a sentença de primeiro grau, que reconheceu a procedência dos pedidos para condená-los a indenizar o autor pelos danos materiais e morais experimentados, de rigor a manutenção integral da sentença, cujos fundamentos se adotam como razão de decidir na forma do art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal." **(Ap. 0002962-46.2013.8.26.0129, PAULO AYROSA)**.

"PRELIMINAR - ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* - NÃO OCORRÊNCIA - cooperativa de crédito legitimada para figurar no polo passivo de demanda na qual se discute falha na prestação dos serviços por ela disponibilizados - terceirização do serviço que não elide a sua responsabilidade - preliminar rejeitada. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS JULGADA PROCEDENTE - relação de consumo - cooperativa de crédito equiparada à instituição financeira - precedentes do STJ - travamento interno da porta de acesso do posto de autoatendimento - apelada que ficou retida no interior da agência bancária por aproximadamente três horas - comunicação interna disponibilizada pela agência que se revelou ineficaz - presença no local de policiais militares que acionaram o serviço de monitoramento contratado pela apelante, sem êxito - comparecimento do corpo de bombeiros para solucionar a

Acesso ao Sumário

questão - dano moral - configuração - fatos incontroversos - perturbação do estado de espírito da apelada que se mostrou ocorrida - situação que extrapolou o mero aborrecimento e ingressa no campo do dano moral - fixação em 1º grau do valor de R$ 20.000,00 - montante adequado. JUROS DE MORA - TERMO INICIAL - incidência a partir da citação, com contagem de forma simples - artigo 405 do Código Civil. VERBA HONORÁRIA - honorários advocatícios corretamente fixados em 15% sobre o valor da condenação, sendo descabida a adoção de percentual inferior ao estipulado na sentença - decisão mantida nos termos do art. 252 do RITJSP - recurso desprovido." **(Ap. 0020947-96.2012.8.26.0344, CASTRO FIGLIOLIA).**

E, ***data maxima venia***, laboram em equívoco os bem elaborados declaratórios quando se referem a que a ratificação foi do relatório, não dos fundamentos. Para constatar tal erro, basta ler o que está no acórdão a fls. 381/385, com completa transcrição dos fundamentos da sentença ratificada, a preceder motivação agregada pela Turma Julgadora.

Resta o tema do prequestionamento, onde, por igual, não assiste razão à embargante, tendo o art. 1.025 do NCPC optado pela solução que ao tema era dada pelo Pretório Excelso:

"Não há necessidade de constar, do acórdão, os números dos artigos, dos incisos, dos parágrafos relativos à matéria examinada. Basta que o tema tenha sido decidido..." **(STF-RT 703/226, MARCO AURÉLIO**).

Ou, noutras palavras, como acentuado pelo Supremo no acórdão ***in*** RTJ 152/243, "*o prequestionamento para o RE não reclama que o preceito constitucional invocado pelo recorrente tenha sido explicitamente referido pelo acórdão; mas, sim, que este tenha versado inequivocamente a matéria objeto da norma que nele se contenha*". E, no caso dos autos, a matéria recursal foi tratada devidamente, no entender da Turma Julgadora, no julgamento do recurso cujo acórdão é embargado.

Posto isso, **rejeito** os declaratórios.

É como voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2127405-29.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de Macatuba, em que é embargante EDSON MARTINS, é embargado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram dos embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que

integra este acórdão. **(Voto nº 35.035)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA (Presidente sem voto), LÍGIA ARAÚJO BISOGNI, CARLOS ABRÃO, MAURÍCIO PESSOA, NELSON JORGE JÚNIOR, MELO COLOMBI e CAUDURO PADIN.

São Paulo, 6 de outubro de 2016.

THIAGO DE SIQUEIRA, Relator

Ementa: Embargos de declaração - Decisão Monocrática - Razões dissociadas da fundamentação da decisão embargada - Requisitos legais para sua interposição não preenchidos - Embargos não conhecidos.

VOTO

Os presentes embargos de declaração foram opostos contra a decisão monocrática (fls. 43/44 dos autos da ação rescisória) que indeferiu a petição inicial da ação, na forma do art. 330, III, do NCPC, julgando extinto o processo, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, I, do NCPC.

Alega o embargante que interpõe os presentes embargos para sanar contradição contida na r. decisão, *no tangente a afirmação que não há qualquer intimação apontada pelo processamento do recurso especial interposto, mesmo porque, "permissa vênia", há comprovação da substituição do patrono, com petição e procuração apresentada em data de 01 de abril de 2014 e interposição de recurso especial na mesma data, porém a publicação de não acolhimento deste pedido, fora realizado em nome do anterior patrono, que não representava mais a parte nos autos, DR. PAULO ROBERTO PORTIERI DE BARROS, portanto, claramente há motivação para o acolhimento da presente ação*. Pugna, assim, pelo acolhimento dos presentes embargos.

Embargos tempestivos.

É o relatório.

Os presentes embargos de declaração não comportam ser conhecidos.

Com efeito, a decisão monocrática embargada indeferiu a petição inicial da ação, na forma do art. 330, III, do NCPC, julgando extinto o processo, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, I, do NCPC, constando da sua fundamentação que:

Verifica-se, na hipótese vertente, que é o caso de indeferimento de plano da inicial da presente ação rescisória, primeiramente porque a irregularidade de intimação apontada pelo demandante diz respeito ao processamento do

recurso especial interposto contra o v. acórdão rescindendo, em nada o afetando, portanto, quanto a sua integridade. Esta irregularidade, ademais, seria sanável mediante denúncia nos autos principais e retorno destes à Presidência deste Tribunal, para os devidos fins.

Em segundo lugar, por não se referir a decisão de mérito, eis que o v. acórdão rescindendo manteve a extinção do feito, sem julgamento do mérito, decretada pela r. sentença recorrida.

A presente ação rescisória não se enquadra, portanto, em nenhuma das hipóteses previstas no art. 966 do novo Código de Processo Civil.

Os presentes embargos não versam a este respeito, sustentado o embargante que há contradição no que tange à afirmação contida na decisão embargada, de que *não há qualquer intimação apontada pelo processamento do recurso especial interposto*, sustentando que *há comprovação da substituição do patrono, com petição e procuração apresentada em data de 01 de abril de 2014 e interposição de recurso especial na mesma data, porém a publicação de não acolhimento deste pedido, fora realizado em nome do anterior patrono, que não representava mais a parte nos autos, DR. PAULO ROBERTO PORTIERI DE BARROS.*

Apresentam, portanto, razões dissociadas da fundamentação da decisão monocrática embargada, não comportando, por isso, ser conhecidos, por não preencherem os requisitos legais previstos para tanto.

Note-se, ademais, que, ainda que assim não fosse, não haveria de se falar que estaria configurada contradição na decisão monocrática embargada, à vista das razões apontadas pelo embargante, pois, como é sabido, a contradição que autoriza a oposição de embargos de declaração é a que se verifica entre proposições do próprio acórdão, sobre o que nada foi dito nestes embargos e não se configuraria em face das alegações do embargante.

Ante o exposto, não se conhecem os presentes embargos de declaração.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2011357-84.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que são embargantes LUPATECH S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, LOCHNESS PARTICIPAÇÕES S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, SOTEP SOCIEDADE TÉCNICA DE PEFURAÇÃO S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, LUPATECH PERFURAÇÃO E COMPLETAÇÃO LTDA. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, PREST PERFURAÇÕES LTDA. - EM

RECUPERAÇÃO JUDICIAL, MATEP S/A MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, LUPATECH FINANCE LIMITED - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, ITACAU AGENCIAMENTOS MARÍTIMOS LTDA. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, AMPER AMAZONAS PERFURAÇÕES LTDA. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, MIPEL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE VÁLVULAS LTDA. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL e LUPATECH - EQUIPAMENTOS E SERVIÇOS PARA PETRÓLEO LTDA. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, é embargado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos com imposição de sanção. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.205)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS ALBERTO GARBI (Presidente), CAMPOS MELLO, RICARDO NEGRÃO e CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA.

São Paulo, 17 de outubro de 2016.

FABIO TABOSA, Relator

Ementa: Embargos de declaração. Alegadas omissões no v. acórdão. Vício inocorrente. Questões expressamente apreciadas no âmbito do recurso. Inexistência de decisão-surpresa, tendo o agravo sido julgado nos limites da matéria impugnada, sem o conhecimento de questões de ofício, e ademais com plena observância do contraditório. Pontos do plano recuperacional em que reconhecida a existência de nulidades que foram justificados de maneira pormenorizada. Julgamento devidamente fundamentado e abrangente do universo da matéria impugnada, com apreciação das questões fáticas e jurídicas pertinentes. Mero inconformismo para com os fundamentos do v. acórdão. Escopo infringente em relação ao julgado. Prequestionamento aleatório e inepto, com a indicação de dispositivos a esmo e sem qualquer correlação racional por parte dos embargantes para com o conteúdo da matéria discutida. Recurso temerário e claramente procrastinatório. Embargos rejeitados, com imposição de sanção nos termos do art. 1.026, § 2º, do CPC/2015.

Acesso ao Sumário

VOTO

VISTOS.

Trata-se de *embargos de declaração* opostos pelas agravadas em face do v. acórdão de fls. 622/646, que, no âmbito de processo relativo a recuperação judicial, deu provimento a agravo de instrumento interposto pelo banco-credor, ora embargado, contra decisão de Primeiro Grau homologatória do plano recuperacional, reconhecendo a existência de nulidades e estabelecendo parâmetros para o novo plano a ser apresentado.

Aduzem as embargantes, em síntese, a existência de omissão no v. acórdão, no que se refere ao não reconhecimento da inépcia recursal, tendo deixado de apreciar a questão à luz dos arts. 321, *caput* e parágrafo único, e 330 do CPC/2015. Insistem, por outro lado, haver omissão no tocante à possibilidade de conhecimento de ofício de matéria atinente à esfera privada das partes, com ausência de contraditório, posto que o v. acórdão teria reconhecido a ilegalidade de cláusulas sequer apontadas nas razões do agravo de instrumento. Afirmam, ademais, ter o v. acórdão desrespeitado a soberania da assembleia-geral de credores, negado a possibilidade de previsão de opções à escolha dos credores no plano recuperacional, com a fixação de obrigações alternativas, deixado de observar os meios de recuperação previstos em lei, bem como desrespeitado a vontade das partes quanto ao afastamento da solidariedade entre as recuperandas, acenando, por derradeiro, com a indevida decretação da nulidade de atos jurídicos e a violação ao princípio da preservação da empresa. Apontam, nesse sentido, a existência de omissão no v. acórdão quanto a dezenas de dispositivos legais da Lei nº 11.101/2005, do Código Civil e do Código de Processo Civil em vigor, pedindo, em tais termos, o acolhimento dos embargos, para suprimento das omissões apontados, bem como para efeito de prequestionamento.

É o relatório.

Não prosperam os embargos, dotados de caráter infringente do julgado, limitando-se a externar discordância para com as razões de decidir e fugindo ao escopo integrativo da via recursal empregada.

Cumpre destacar que os presentes declaratórios reproduzem quase integralmente os Embargos de Declaração nº 2011783-96.2016.8.26.0000/50000, julgados por esta C. Câmara, na sessão do dia 3/10 pp., tendo sido opostos pela mesma parte, no âmbito de agravo de instrumento interposto por outros credores das empresas em recuperação judicial.

Assim, a mesma solução ali adotada deve ser trazida para os presentes embargos.

No que diz respeito à pretensa inépcia da peça recursal, foi o tema, sim, expressamente enfrentado, com reconhecimento da aptidão formal do recurso e

rejeição da preliminar. Não precisaria obviamente o v. acórdão, quanto a isso, declinar expressamente os dispositivos legais agora citados pelas embargantes, que dizem respeito de resto à falta de requisitos formais da petição inicial. Temerário enfim o argumento das embargantes, que desafia o texto expresso do v. acórdão, buscando alterar a verdade dos fatos.

Absurdo, por outro lado, o argumento de ofensa ao art. 10 do CPC/2015, pela decisão de matéria de ofício, sem oportunidade ao contraditório prévio por parte dos interessados. A uma porque não se decidiu o que quer que seja de ofício, mas nos limites do agravo interposto, e a duas porque, sobre seu objeto, houve evidentemente contraditório, com a apresentação pelas agravadas de contraminuta.

Por derradeiro, no tocante às próprias nulidades identificadas no plano pela turma julgadora, não houve omissão alguma do v. acórdão ora embargado, que analisou, detalhadamente, cada uma das nulidades alegadas nas razões do agravo interposto pelo banco-credor, entendendo todavia em sentido diverso do almejado pelas recuperandas, que acabam confundindo a existência de vícios no julgado com a situação de acolhimento, devidamente fundamentado, de argumentos contrários àqueles por elas sustentados.

Note-se, apenas para ilustrar o desvirtuamento das alegações dos embargos de declaração, com a sua utilização à guisa de crítica ao critério de decidir adotado - e portanto como meio impugnativo, não meramente integrativo e destinado ao suprimento de lacunas de expressão -, o argumento de que a previsão no plano de opções diversas de pagamento, para escolha posterior por parte dos credores, seria equiparável às obrigações alternativas, em relação às quais possível a formação de título executivo, o que afastaria a perspectiva de nulidade.

O v. acórdão ora embargado analisou pormenorizadamente referida questão, distinguindo as duas situações e explicando, de forma justificada, a impossibilidade de se admitir tal previsão no plano recuperacional.

E a linha de questionamento das ora embargantes, no tocante ao reconhecimento das demais ilegalidades no plano, segue esse mesmo viés impugnativo.

A alegação de violação à soberania da assembleia-geral de credores que fundamenta, de forma ampla, a imputação de omissão ao v. acórdão embargado, foi tratada logo ao início do voto condutor, com expressa referência à possibilidade de controle de legalidade por parte do Judiciário, o que desnuda uma vez mais o propósito de questionamento do critério decisório sob a conveniente roupagem de omissão.

Por fim, ressalte-se a desnecessidade, para além dos dispositivos já expressamente referidos no v. acórdão, de qualquer pronunciamento adicional

Acesso ao Sumário

para efeito de prequestionamento, na esteira do longo rol apresentado pelas embargantes a esmo, e aí sim de forma inepta, sem o estabelecimento argumentativo de qualquer vínculo de pertinência entre os dispositivos citados e a matéria em julgamento, tampouco indicação racional da possibilidade de repercussão sobre a decisão proferida.

A manifestação judicial, de resto, não é obrigada a vir delineada de modo a satisfazer as conveniências dos litigantes, pavimentando o caminho para futuros recursos contra si própria, tampouco precisa aludir expressamente a todos os possíveis artigos de lei incidentes por força da solução adotada. Cumpre enfim que enfrente os temas relevantes ao deslinde do litígio, declinando a motivação *jurídica* para tanto, o que sem dúvida foi feito.

Não há, diante disso, qualquer vício a sanar.

Tendo em vista a conduta claramente temerária das embargantes e o desvirtuamento da finalidade integrativa do presente recurso, deverão elas arcar com sanção que, nos termos do art. 1.026, § 2º, do CPC/2015, fica arbitrada em 1% do valor dado à causa, devidamente corrigido.

Ante o exposto, **rejeitam-se** os embargos declaratórios, com imposição de sanção.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0004396-78.2014.8.26.0115/50000, da Comarca de Campo Limpo Paulista, em que é embargante BANCO DO BRASIL S/A, é embargado MARIA JOSÉ BERTALO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram em partes os embargos, sem alteração do resultado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.949)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA (Presidente) e HERALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 16 de novembro de 2016.

CAUDURO PADIN, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Embargos de declaração. Ausência de omissão, obscuridade ou contradição no acórdão. Caráter infringente. Prequestionamento. Embargos

de declaração parcialmente acolhidos, sem alteração do resultado.

VOTO

Vistos.

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão de fls. 109/117, que deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela autora, ora embargada.

Recorre o réu.

Sustenta que inexistem circunstâncias autorizadoras da revisão contratual; que deve prevalecer o princípio *pacta sunt servanda*; por fim, requer o provimento dos embargos e o prequestionamento da matéria.

Tempestivo, o recurso foi regularmente processado.

É o relatório.

O acórdão apreciou e esgotou as questões suscitadas, com a fundamentação pertinente.

Não há omissão, contradição ou obscuridade alguma no acórdão embarga do. Apenas o embargante não concordou com a decisão, o que não enseja a interposição de embargos de declaração, inocorrente as hipóteses previstas no art. 535 da lei processual/1973 (atual art. 1.022 do CPC/2015).

Confira-se:

"*Cuida-se de ação revisional de contrato bancário.*

Alega a autora que celebrou com o Banco-réu um primeiro contrato de empréstimo consignado, que tinha juros abusivos e seguro não contratado e, ao fazer a reclamação, o réu fez um novo financiamento, o qual foi obrigada a assinar, que também continha juros abusivos e encargos moratórios ilegais, pretendendo a prevalência do primeiro contrato apenas e a declaração das cláusulas abusivas, como juros, anatocismo e encargos moratórios.

Depreende-se dos autos, segundo os extratos juntados pela autora (fls. 15/16), que foi celebrado um primeiro contrato de crédito consignado entre as partes em 15.02.2011, com taxa de juros mensal de 2,10% e taxa de juros anual de 28,32%, cujo valor solicitado foi de R$40.800,00; com os acréscimos de seguro (R$3.009,44) e cobrança de tributos de R$746,48, chegou a ser financiado o valor total de R$44.555,92, a ser pago em 60 parcelas de R$1.326,72 (valor total a ser pago de R$79.603,20). Em 06.12.2013, a autora celebrou outro contrato (renovação de consignado) para ser pago em 60 parcelas de R$1.507,03 com taxa de juros mensal de 1,46%, cujo valor é de R$59.185,04.

Desde logo, necessário observar que não prospera a alegação da autora de que foi coagida ('ameaçada' fls. 04) a celebrar o segundo contrato, dizendo que deve prevalecer somente o primeiro. A autora não nega a celebração dos

Acesso ao Sumário

dois contratos e afirma na inicial de que foi informada de que seria 'um bom negócio' e que 'pagaria menos juros', assim, pelo próprio relato da autora não se percebe coação, ausente qualquer indício mínimo a respeito.

Nota-se pela análise dos documentos de fls. 15/26, que houve o pagamento demonstrado nos autos das parcelas do primeiro contrato desde 02.01.2013 até 02.12.2013 (exceto a parcela com vencimento em 02.08.2013, que não consta o respectivo demonstrativo), sendo descontadas as parcelas diretamente do benefício do INSS recebido pela autora. A partir de janeiro de 2014, começou a haver descontos das parcelas de R$1.507,03, referente ao segundo contrato, apenas. O que se percebe é que o segundo contrato se trata de uma renegociação do saldo devedor do primeiro ('BB Renovação Consigna'), com taxas de juros menores que o primeiro, prevalecendo somente o segundo, extinguindo o primeiro, como se nota, pois passou a ter a cobrança somente da prestação referente a o segundo contrato. Assim, não há que se falar que está devendo o valor da soma dos dois contratos, pois, se assim fosse, estariam ambas as parcelas sendo descontadas do benefício da autora.

Também não há que prevalecer o cálculo do financiamento do primeiro contrato feito pela autora (fls. 27/28), visto que não merece credibilidade. O valor total do primeiro contrato financiado é de R$44.555,92 e não R$40.800,00 (este é o valor solicitado, sem a cobrança do tributo e seguro), as parcelas mensais não correspondem ao que foi contratado, assim como, o valor do custo final do financiamento.

A taxa do seguro do primeiro contrato deve prevalecer. Esta taxa está prevista no extrato de fls. 15/16, que está devidamente assinado pela autora, ausente qualquer insurgência a respeito da assinatura; portanto, a autora aderiu e concordou com a cobrança do seguro, ao contrário do que quer fazer crer.

Agora, em relação à alegação de existência de cláusulas abusivas (juros, capitalização e encargos moratórios), importante observar que o Banco-réu foi intimado a exibir os contratos, restando inerte. Por outro lado, a autora trouxe aos autos os extratos, o que contribuiu para a solução da demanda.

Neste aspecto, o recurso merece acolhida em parte, como se verá.

Neste contexto fático, considerada a inércia do Banco-réu e a apresentação dos extratos por parte da autora, possível a aplicação da presunção de veracidade, que é relativa; assim, a controvérsia será apreciada e analisada com a prova e documentos existentes nos autos - extratos dos empréstimos.

Os extratos revelam a taxa de juros mensal pactuada, devendo esta prevalecer, ausente qualquer indício mínimo acerca de sua abusividade em relação à taxa média de mercado.

A taxa de juros não está limitada a 12 % ao ano.

A questão há tempos encontra-se superada com o advento da EC n. 40/03, que nada fez senão institucionalizar sedimentada jurisprudência dos tribunais quanto à inaplicabilidade deste artigo sem prévia regulamentação por lei complementar, dando nova redação: 'Art. 2° - O art. 192 da Constituição

Acesso ao Sumário

Federal passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram'.

Depois, as instituições financeiras não estão submetidas aos regramentos da Lei de Usura, consoante a Súmula n. 596 do STF: 'As disposições do Decreto 22.626/33 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'.

E ainda a Súmula n. 648 do STF: 'A norma do § 3ºdo art. 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar'; disposição reproduzida na Súmula Vinculante n. 7.

Na hipótese, os extratos trazem a taxa de juros remuneratórios incidente para o período da normalidade; assim, considerando-se a ausência de limitação e o prévio conhecimento pela apelante, nada há de ser revisto (repetitivo - Resp n.1.061.530[1]/RS).

Ademais, não há qualquer prova e/ou indício de que a taxa de juros cobrada esteja em flagrante descompasso com a média do mercado financeiro para a mesma operação ônus probatório da apelante, especialmente porque a Súmula n. 382 do STJ asseverou: 'A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade.'

Em relação à capitalização, aqui, também deve ser seguida a orientação do STJ proferida no Recurso Repetitivo n. 973.827/RS e cristalizada em Súmulas, a saber:

*'**Súmula 539** - 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.'.*

*'**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.'.*

No primeiro contrato, vê-se que a taxa de juros anual é superior ao duodécuplo da taxa de juros mensal, prevista a capitalização. Em relação

1 "[...] I - JULGAMENTO DAS QUESTÕES IDÊNTICAS QUE CARACTERIZAM A MULTIPLICIDADE. ORIENTAÇÃO 1 - JUROS REMUNERATÓRIOS a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF; b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade; c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02; d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada, art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto. [...]".

Acesso ao Sumário

ao segundo contrato, não há pactuação expressa, ausente contrato. Não há previsão de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal. Daí deve-se permitir apenas a capitalização anual dos juros, no tocante ao período em que vigora o segundo contrato (a partir de dezembro de 2013).

Quanto à cobrança de encargos moratórios, não se verifica indício mínimo de sua cobrança, até porque está havendo desconto direto das parcelas no recebimento de benefício da autora, tratando-se de alegação genérica.

Ante o exposto, o meu voto dá provimento parcial ao recurso para julgar parcialmente procedente a ação a fim de excluir a capitalização, nos termos da fundamentação, recalculando-se o débito, mantida no mais, a sentença quanto à sucumbência, já que o Banco-réu decaiu de parte mínima do pedido."

Nítido o caráter infringente.

Ante o exposto, o meu voto acolhe parcialmente os embargos de declaração para fins de prequestionamento, sem alteração do resultado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2019943-13.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de Cândido Mota, em que é embargante BANCO DO BRASIL S/A, é embargado NINO DI LORETO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30314)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), GILBERTO DOS SANTOS e WALTER FONSECA.

São Paulo, 24 de novembro de 2016.

CERQUEIRA LEITE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Embargos de declaração - Alegação de omissão no acórdão que acolheu impugnação do valor dado à causa a ação rescisória - Vício não caracterizado - Desígnio do embargante de modificar, ao invés de aperfeiçoar o acórdão - Acórdão claro, completo e coerente, ao fundamentar que o valor da causa é igual ao do benefício patrimonial pleiteado pelo autor da ação rescisória, se é incompatível com o valor da causa originária atualizado - Desnecessidade de a prestação

jurisdicional dar resposta a todos os argumentos da controvérsia, a não ser aqueles capazes de modificar a solução - Embargos de declaração rejeitados.

VOTO

Inconformado com o acórdão que acolheu impugnação ao valor dado à causa a ação rescisória, o autor/impugnado opõe embargos de declaração sob o fundamento de omissão a respeito dos seus argumentos na resposta à impugnação, uma vez que pleiteou a adoção do entendimento jurisprudencial consolidado no Col. STF, de que o valor da causa na ação rescisória é igual ao valor da causa na ação primitiva, atualizado pela correção monetária. Assim, entende ser omisso o acórdão ao se esquivar ao enfrentamento de todos os argumentos deduzidos, nos termos do art. 489, §1º, do novo CPC. Não fosse isso, o acórdão é contrário à jurisprudência mais recente, que assegura ao autor da ação rescisória dar um valor provisório à causa, a ser modificado no procedimento de liquidação na fase de cumprimento da sentença rescindenda. Visa o acolhimento dos embargos de declaração com efeito modificativo e prequestionar matéria da alçada de Tribunal Superior.

Diante do efeito modificativo desejado pelo embargante, permitiu-se manifestação ao réu/impugnante, exercida a fls. 9/15 do procedimento dos embargos de declaração.

É o relatório.

O desígnio do embargante, réu/impugnado, não é o de aperfeiçoar o acórdão, sanando-o de contradição, omissão ou obscuridade, e sim o de modificá-lo, infringi-lo, amoldá-lo ao entendimento que sirva à manutenção do irrisório valor de R$1.496,61 dado à causa na ação rescisória.

Se é verdade que o art. 489, §1º, incido IV, do novo CPC reclama o enfrentamento de todos os argumentos deduzidos pelos demandantes, também é verdade que a parte final desse texto da lei processual ressalva que os argumentos serão aqueles "*capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgado*".

Assim, a melhor intelecção é a que se compraz com o entendimento de que a prestação jurisdicional é pragmática, e a ela só interessam os argumentos capazes de conduzir a solução diversa daquela que chegou o "***decisum***".

Sob essa perspectiva, ainda é atual a orientação de que: "*A função jurisdicional é prática, só lhe importando as teses discutidas no processo, necessárias ao julgamento da causa. Nessa linha, o juiz não precisa, ao julgar procedente a ação, examinar-lhe todos os fundamentos. Se um deles é suficiente para esse resultado, não está obrigado ao exame dos demais*" (STJ - 2ªT., REsp. 15.540 - SP - EDcl, rel. Min. Ari Pargendler, j. 1.4.96, DJU 6.5.96, pág. 14.399).

No mesmo contexto: "*A nulidade do julgamento por omissão tem por*

Acesso ao Sumário

pressuposto a necessidade de a Câmara pronunciar-se sobre o ponto. Se a fundamentação da conclusão que chegou independe do enfrentamento dos dispositivos legais citados pela parte, inexiste omissão sanável através de embargos de declaração" (STJ - 4ª T., REsp. 88.365 - SP, rel. Min. Ruy Rosado, j. 14.5.96. DJU 17.6.96, pág. 21.497).

Seria demasiado, até irracional, que o órgão jurisdicional fosse forçado a rebater todas as teses, inclusive aquelas sem utilidade para a solução direta da controvérsia.

Quer o embargante se resigne, quer não, o acórdão embargado trilhou o entendimento razoável de que o valor da causa, também na ação rescisória, é equivalente ao do conteúdo econômico, isto é, corresponde à vantagem patrimonial que o autor pretende ver subtraída acaso a rescisão seja procedente.

A esse propósito, o acórdão transcreveu precedente da Segunda Seção do Col. STJ, segundo o qual, de regra, o valor da causa na ação rescisória é o valor da ação originária atualizado, contanto que não seja incompatível com o verdadeiro benefício econômico pretendido pelo autor da rescisória.

O acórdão, antes de ser viciado por omissão, está suficientemente fundamentado ao acolher a impugnação e fixar para a causa o valor controvertido de R$ 2.132.515,48, uma vez que é o benefício econômico colimado. Nada há, pois, a ser integrado, ainda que para o prequestionamento de matéria.

Em síntese, o embargante quer demandar por muito e recolher taxa judiciária por pouco.

Diante do exposto, rejeitam-se os embargos de declaração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2068129-67.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante CONDOMÍNIO EDIFÍCIO COSTA SMERALDA, é embargado BANCO ECONÔMICO S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 6701)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA CATARINA STRAUCH (Presidente), DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT e MOURÃO NETO.

São Paulo, 21 de setembro de 2016.

Acesso ao Sumário

ANA CATARINA STRAUCH, Relatora

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Omissão, Contradição - Inocorrência. Pretensão de instaurar nova discussão sobre controvérsia jurídica. Caráter Infringente. Inadmissibilidade. Prequestionamento ficto - Inteligência do artigo 1.025 do NCPC - Embargos rejeitados.

VOTO

Vistos.

Trata-se de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO opostos por CONDOMÍNIO EDIFÍCIO COSTA SMERALDA em face do v. acórdão de fls. 80/85 que, por votação unânime deram provimento em parte ao Agravo de Instrumento interposto pelo embargado.

Contra o v. acórdão em apreço sobreveio, os presentes embargos declaratórios por parte do agravado suscitando a existência de omissão e contradição no julgado. Prequestiona a respectiva matéria, visando acesso aos tribunais superiores.

Apresentação de Contrarrazões do embargado fls. 40/41.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

De início, cumpre salientar que o v. acórdão embargado, embora tenha sido proferido sob a égide do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), dirimiu matéria pertinente à sentença prolatada e publicada sob a vigência da legislação já revogada (Código de Processo Civil de 1973), conforme se vê às fls. 132.

Desta forma, segundo entendimento adotado por esta C. Câmara para a hipótese, o julgamento da apelação, mediante o v. acórdão embargado, seguiu o comando do ordenamento anterior, ou seja, da Lei nº 5.869/73 (Código de Processo Civil revogado).

E sob o pálio do anterior diploma adjetivo, tem-se que o v. acórdão embargado não padece de qualquer omissão, contradição, obscuridade ou erro material, pois ficou justificado o entendimento ali exarado, o que se deu após minuciosa análise da documentação inserta aos autos, bastando a leitura do ato decisório para constatar-se que não há qualquer tema a ser tratado expressamente nesta oportunidade.

Já sob a égide do Novo Diploma Processual Civil, **que guia o julgamento destes embargos**, mais precisamente de seu artigo 1.022, ainda se considera o

Acesso ao Sumário

cabimento dos embargos de declaração para as hipóteses em que, na decisão, houver omissão, obscuridade, contradição ou erro material.

Nelson Nery Junior leciona *in* Teoria Geral do Recurso, RT, 7ª edição, 2014, pág. 414, que: "*O efeito devolutivo nos embargos de declaração tem por consequência devolver ao órgão* a quo *a oportunidade de se manifestar no sentido de aclarar a decisão obscura, completar a decisão omissa ou afastar a contradição de que padece a decisão.*".

No caso *sub judice*, repito, o v. acórdão não foi omisso, nem obscuro e sequer contraditório, haja vista ter se manifestado de forma clara e incontestável acerca do que foi apresentado nos autos.

Assim, como é sabido, os embargos declaratórios não se prestam à rediscussão da lide. Com efeito, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, ainda de acordo com a antiga legislação, mas cuja lição ainda prevalece, já se manifestou sobre o tema:

> "*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REDISCUSÃO DA MATÉRIA. TESE DEFENDIDA. DESNECESIDADE DE CITAÇÃO EXPRESSA A TODA LEGISLAÇÃO INVOCADA. A regra disposta no art. 535 do CPC é absolutamente clara sobre o cabimento de embargos declaratórios, não sendo possível sua utilização para fins de rediscutir a controvérsia. Ao formar sua convicção, e defender a tese encampada, o magistrado não está obrigado a explicitar, uma a uma, as legislações apontadas pelas partes, e muito menos a responder a verdadeiros questionários, principalmente em se tratando de recurso especial, no qual a análise da matéria encontra limitações. Embargos rejeitados.*" (EDcl no AgRg no REsp 517.632/PB, Relator Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Dj. 19.02.2004) .
>
> "*PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. PIS. SEMESTRALIDADE. LC Nº 7/70. PRESCRIÇÃO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. 1. Os Embargos de Declaração não se constituem no meio adequado a provocar o reexame de matéria já apreciada. 2. Ao decidir, o juiz deve prestigiar seu livre convencimento, não estando obrigado a examinar todas as questões suscitadas pelas partes. 3. Embargos de Declaração rejeitados.*" (AgRg nos EDcl no Recurso Especial nº 409.029/RS, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Dj. 15.09.2003).

O que se verifica é que o embargante direciona seu inconformismo contra r. decisão proferida pelo Colendo Órgão Colegiado, que lhe foi desfavorável, pretendendo sua reforma, o que não é possível em sede de embargos de declaração, devendo a parte buscar solução por meio de recurso adequado.

De tal modo, a teor do art. 1022 do CPC/2015, os embargos declaratórios

Acesso ao Sumário

somente devem ser acolhidos em caso de reconhecida obscuridade, omissão, contradição ou erro material, não ficando configurada qualquer destas hipóteses *in casu*, haja vista que o embargante ataca a convicção desta julgadora, a qual foi embasada nos fatos e nas provas, e não se limita a apontar eventual vício a ser suprido por esta via.

O que pretende afinal com os presentes embargos, em razão da decisão que lhe foi desfavorável proferida pelo v. acórdão, é rediscutir a matéria com a pretensão de modificar a decisão embargada.

Por fim, face ao prequestionamento apresentado, evitando-se o formalismo desnecessário, como devidamente observado pelo ilustre Cassio Scarpinella Bueno ("Novo Código de Processo Civil Anotado", Saraiva, 2015, páginas 661/662), faz-se presente no Novo Código de Processo Civil (artigo 1.025), o "prequestionamento ficto":

> "*Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.*"

Desta forma, não havendo no v. acórdão recorrido qualquer omissão, contradição, obscuridade ou erro material, inadmissível falar em prequestionamento expresso, no intuito de ingressar com futuros recursos junto às Cortes Superiores, até porque o prequestionamento a partir da vigência do Novo Código de Processo Civil se apresenta de forma ficta, conforme previsão legal aludida.

Por esses fundamentos, **REJEITO OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.**

Embargos Infringentes

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes nº 0235067-12.2009.8.26.0007/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é embargado PEDREIRAS SÃO MATHEUS LAGEADO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito

Acesso ao Sumário

Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria deram provimento ao recurso, com determinação, vencido o 5º juiz.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15/19344)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS MARIO GALBETTI (Presidente), WALTER BARONE, MARY GRÜN e LUIZ ANTONIO COSTA.

São Paulo, 26 de outubro de 2016.

MIGUEL BRANDI, Relator

Ementa: EMBARGOS INFRINGENTES - Reparação de danos - Explosão promovida por empresa em uma pedreira que gerou reflexos nas casas vizinhas ao empreendimento - Discussão sobre a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública em prol da população atingida pelo evento - Natureza da demanda - Voto vencedor que entende que o direito em questão é o de vizinhança, motivo pelo qual a Defensoria Pública não pode ajuizar esta ação civil pública - Voto vencido que entende que a questão abarca a violação de direitos individuais homogêneos, o que legítima a atuação do órgão - Direito de vizinhança que não é aplicável ao caso - Inexistência de interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde oriundas de propriedade vizinha - Existência de dano decorrente de atividade econômica da ré, que faz incidir o Código de Defesa do Consumidor a afastar questões sobre o direito de vizinhança - Proteção de direitos individuais homogêneos constatada e necessária - População local que foi vítima de "acidente de consumo" e que é equiparada a consumidor, nos termos do art. 17 do CDC - Art. 5º da LINDB que deve ser observado - Existência de prejuízos a pessoas carentes - Finalidade institucional da Defensoria Pública que foi respeitada - Cabe à fase de liquidação e execução de sentença individualizar os prejuízos - Legitimidade da Defensoria Pública reconhecida - Embargos acolhidos - Recurso provido, com determinação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de embargos infringentes (fls. 837/845), tirados contra o Acórdão de fls. 819/823 que deu provimento para a apelação da empresa ré, ora embargada.

A divergência diz respeito à legitimidade da Defensoria Pública para integrar o polo ativo desta ação civil pública.

O Desembargador vencedor, Henrique Nelson Calandra, entendeu que a Defensoria Pública é parte ilegítima para figurar como autora, pois a situação narrada nos autos não trata de direitos individuais homogêneos, mas sim de direito de vizinhança. Da mesma forma entendeu o Desembargador Luiz Antônio da Costa. Dessa forma, votaram pela extinção do feito sem julgamento de mérito (fls. 819/823).

De outro lado, o Desembargador Walter Barone, vencido, não dava provimento ao recurso, pois entendeu que a Defensoria é parte legítima para figurar no polo ativo desta ação. No mérito, negou provimento ao recurso (fls. 824/831).

Recurso respondido (fls. 848/855).

Embargos recebidos (fls. 857).

Conclusão a mim em 14/08/2015 (fl. 860).

É o relatório.

O recurso prospera.

A discussão na lide, a meu sentir, não versa sobre direito de vizinhança, mas sim sobre direito consumerista.

Explico.

Segundo o art. 1.277 do CC, o direito de vizinhança consiste em fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde provocadas pela utilização de propriedade vizinha. Vejamos a literalidade do dispositivo:

> *"Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.*
>
> *Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança."*

O direito de vizinhança busca harmonizar o direito de propriedade em sua vertente interna (uso e fruição) e em sua vertente externa (repelir atos de terceiros). Tem natureza de obrigação *propter rem* e de norma cogente. Trata-se, na verdade, de servidão legal.

Acesso ao Sumário

Dessume dessas premissas, que objetiva regular a relação de vizinhança, e não a reparar danos, como no caso em tela. Tem notório caráter preventivo, e não reparatório. A causa de pedir neste processo é a explosão promovida pela ré que danificou casas e feriu pessoas, não as interferências próprias da atividade da ré.

Os danos decorrentes da explosão não podem ser vistos como meras interferências.

Tivesse a Defensoria Pública ajuizado ação civil pública para fazer cessar as interferências das atividades empresariais da embargada na vida dos vizinhos, estaríamos diante do direito de vizinhança, o que, portanto, afastaria sua legitimidade, mas a causa de pedir é a explosão na área que ocasionou severos prejuízos para os moradores do entorno da pedreira e o pedido é a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.

Como houve uma explosão que trouxe inúmeros prejuízos a inúmeras pessoas e que derivou da atividade econômica da ré ao caso deve ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor.

Com efeito, o art. 5º, II, da Lei nº 7.347/1985 dá legitimidade para a Defensoria Pública, nos termos do art. 81, III, do CDC, do art. 4º, incisos VII e VIII, da Lei complementar nº 80/94 e do art. 106-a da Lei complementar nº 80/94, ajuizar ação civil pública para tutelar direitos individuais homogêneos dos consumidores.

Vários moradores daquela região foram vítimas do evento explosão (acidente de consumo), que derivou de uma atividade econômica da ré, o que os torna consumidores por equiparação. Com efeito, a origem do direito à reparação dos consumidores por equiparação, nos termos do art. 17 c/c 14, ambos do CDC, é comum.

Nesse ponto observo que o dispositivo é claro ao estabelecer que, para efeito de fato do produto ou do serviço, equiparam-se a consumidores todas as vítimas do evento. São terceiros não partícipes da relação contratual, mas que sofrem os efeitos da falta de segurança ou defeito do produto e do serviço (cfr. Zelmo Denari, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto 3ª. Edição Forense Universitária, p. 97).

No dizer de **José Reinaldo Lima Lopes**, "***os terceiros, ou bystanders, na terminologia norte-americana, são aqueles que não detém a coisa para si. São vítimas de acidentes envolvendo produtos. Os terceiros não são adquirentes da coisa, são apenas o que se encontram perto, ao lado, quando o defeito se manifesta***". (Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor, RT, p. 83; no mesmo sentido, Sílvio Luís Ferreira da Rocha, Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro, RT, ps. 68/69; James Marins, Responsabilidade da Empresa pelo

Acesso ao Sumário

Fato do Produto, RT, p. 68).

Assim, '*bystander'* são aqueles que, embora não estejam diretamente envolvidos na relação de consumo, acabam atingidos pelo aparecimento de um defeito no produto ou no serviço.

Abordando o tema inserto no art. 17 da Lei 8.078/90 (CDC - Código de Defesa do Consumidor), explica Roberto Senise Lisboa que "***além do próprio consumidor, o terceiro prejudicado recebeu a atenção do legislador, ante o dano sofrido decorrente da relação de consumo da qual não participou***". Para em seguida concluir que "***estendeu-se a proteção concedida pela lei ao destinatário final dos produtos ou serviços, em favor de qualquer sujeito de direito, inclusive daquele que ordinariamente não seria consumidor na relação de consumo a partir da qual ocorreu o prejuízo***".

Considerando, por outro lado, que o risco é inerente à atividade desenvolvida, deve a empresa ré responder objetivamente pelos danos acarretados aos consumidores.

Não se trata, outrossim, de uma relação entre iguais. Há patente hipossuficiência dos moradores representados pela Defensoria Pública diante da empresa, logo não há como aplicar as normas do Código Civil quando existe um regime mais protetivo aos cidadãos prejudicados pela atividade da empresa ré.

Friso, neste ponto, que a empresa causadora do acidente de consumo deve responder objetivamente pelos danos que causou, pois o fato gerador do dano é conexo à atividade desenvolvida.

Neste sentido, o enunciado nº 443 da V Jornada de Direito Civil do CJF:

"*O caso fortuito e a força maior somente serão considerados como excludentes da responsabilidade civil quando o fato gerador do dano não for conexo à atividade desenvolvida.*"

Enfim, não se trata de mero pedido de cessação de interferências odiosas, como exige a cláusula geral do direito de vizinhança, mas sim de um evento danoso que implicou danos para diversas pessoas.

Pouco importa que os danos suportados pelos prejudicados sejam de monta diversa, pois com bem explicou Rizzato Nunes, "(...) não se exige, nem se poderia exigir, que cada um dos indivíduos atingidos na relação padeçam do mesmo mal. Aliás, não só o aspecto do dano individualmente considerado será oportunamente apurado em liquidação de sentença, como o fato de serem tais danos diversos em nada afeta a ação coletiva de proteção e apuração dos danos ligados aos direitos individuais homogêneos" (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 3ª Edição, Saraiva, 2007, pág. 759).

Em suma, o fato de cada individuo representado ter suportado prejuízo diverso, não obsta que a Defensoria Pública ajuíze ação deste jaez, pois cabe à fase de liquidação e execução de sentença individualizar os prejuízos. Friso

Acesso ao Sumário

que a própria Defensoria Pública, cumprida determinadas condições, tem legitimidade para executar a dívida oriunda de ação civil pública versando a defesa de direitos individuais homogêneos. Neste sentido:

> "PROCESSO CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA PROLATADA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. PRECEDÊNCIA DA LEGITIMIDADE DAS VÍTIMAS OU SUCESSORES. SUBSIDIARIEDADE DA LEGITIMIDADE DOS ENTES INDICADOS NO ART. 82 DO CDC.
>
> 1. A legitimidade para intentar ação coletiva versando a defesa de direitos individuais homogêneos é concorrente e disjuntiva, podendo os legitimados indicados no art. 82 do CDC agir em Juízo independentemente uns dos outros, sem prevalência alguma entre si, haja vista que o objeto da tutela refere-se à coletividade, ou seja, os direitos são tratados de forma indivisível.
>
> 2. Todavia, para o cumprimento de sentença, o escopo é o ressarcimento do dano individualmente experimentado, de modo que a indivisibilidade do objeto cede lugar à sua individualização.
>
> 3. Não obstante ser ampla a legitimação para impulsionar a liquidação e a execução da sentença coletiva, admitindo-se que a promovam o próprio titular do direito material, seus sucessores, ou um dos legitimados do art. 82 do CDC, o art. 97 impõe uma gradação de preferência que permite a legitimidade coletiva subsidiariamente, uma vez que, nessa fase, o ponto central é o dano pessoal sofrido por cada uma das vítimas.
>
> 4. Assim, no ressarcimento individual (arts. 97 e 98 do CDC), a liquidação e a execução serão obrigatoriamente personalizadas e divisíveis, devendo prioritariamente ser promovidas pelas vítimas ou seus sucessores de forma singular, uma vez que o próprio lesado tem melhores condições de demonstrar a existência do seu dano pessoal, o nexo etiológico com o dano globalmente reconhecido, bem como o montante equivalente à sua parcela.
>
> 5. O art. 98 do CDC preconiza que a execução 'coletiva' terá lugar quando já houver sido fixado o valor da indenização devida em sentença de liquidação, a qual deve ser - em sede de direitos individuais homogêneos - promovida pelos próprios titulares ou sucessores.
>
> 6. A legitimidade do Ministério Público para instaurar a execução exsurgirá - se for o caso - após o escoamento do prazo de um ano do trânsito em julgado se não houver a habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, nos termos do art. 100 do CDC. É que a hipótese versada nesse dispositivo encerra situação em que, por alguma razão, os consumidores lesados desinteressam-se quanto ao cumprimento individual da sentença, retornando a legitimação dos entes públicos indicados no art. 82 do CDC para requerer ao Juízo a apuração dos danos globalmente causados e a reversão dos valores

Acesso ao Sumário

apurados para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (art. 13 da LACP), com vistas a que a sentença não se torne inócua, liberando o fornecedor que atuou ilicitamente de arcar com a reparação dos danos causados.

7. No caso sob análise, não se tem notícia acerca da publicação de editais cientificando os interessados acerca da sentença exequenda, o que constitui óbice à sua habilitação na liquidação, sendo certo que o prazo decadencial nem sequer iniciou o seu curso, não obstante já se tenham escoado quase treze anos do trânsito em julgado.

8. No momento em que se encontra o feito, o Ministério Público, a exemplo dos demais entes públicos indicados no art. 82 do CDC, carece de legitimidade para a liquidação da sentença genérica, haja vista a própria conformação constitucional desse órgão e o escopo precípuo dessa forma de execução, qual seja, a satisfação de interesses individuais personalizados que, apesar de se encontrarem circunstancialmente agrupados, não perdem sua natureza disponível.

9. Recurso especial provido. (REsp 869.583/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 05/09/2012)"

Destaco também que a população representada pela Defensoria é carente, o que corrobora a legitimidade da Defensoria Pública para atuar neste caso, reforçando, ainda, o princípio do acesso à justiça. Os sujeitos são determinados e o objeto divisível, originado de um ponto comum.

A Defensoria só tem adequada representação se estiver defendendo interesses relacionados com seus objetivos institucionais e que se encontram previstos no art. 134 da CF. Basta que existam interesses de hipossuficientes defensáveis por meio de ação civil pública para que a Defensoria Pública atue.

A tutela coletiva, em casos como este, é mais abrangente, fortalece o princípio da segurança jurídica e impede a multiplicação desnecessária de demandas. Exigir que cada pessoa prejudicada ajuíze sua própria ação não se coaduna com o princípio da celeridade e economicidade processuais, o que prejudicaria os próprios interessados.

De mais a mais, devemos ter em mente que, nos termos do art. 5º da LINDB, "*na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*".

Enfim, a legislação consumerista é a mais adequada para o caso em tela, pois a finalidade da ação proposta pela Defensoria Pública (e daquelas que deveriam ser propostas por todas as vítimas do evento, considerando a tese de que ao caso em testilha se aplica o regime jurídico do direito de vizinhança) é a reparação dos danos. Ressalto que a finalidade é uma inerência à lei e esta impõe, comprovado o nexo de causalidade, sem a existência de qualquer excludente, a reparação dos danos.

Acesso ao Sumário

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para reconhecer a legitimidade ativa da Defensoria Pública, devendo o caso retornar ao Relator para avaliação do mérito da apelação.

É como voto.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2172090-24.2016.8.26.0000, da Comarca de Rio Claro, em que é impetrante A.E.F., é impetrado MM Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Rio Claro.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a segurança. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.177)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO GODOY (Presidente) e CHRISTINE SANTINI.

São Paulo, 14 de outubro de 2016.

FRANCISCO LOUREIRO, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Execução de alimentos. Ordem de penhora de seguro desemprego. Pensão alimentícia atrasada e sem a devida justificativa. Decisão passível de recurso próprio. Artigo 833, §2º, do Código de Processo Civil estabelece que o crédito alimentar figura entre as exceções à alegada impenhorabilidade de salário. Petição inicial indeferida. Mandado de segurança extinto.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por A.E.F. contra ato do Exmo. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Rio Claro, com pedido de liminar, para cassar a decisão que ordenou a penhora do seu seguro desemprego nos autos da ação de execução de alimentos promovida por I.U.F.

Alega, em síntese, que a manifestação judicial carece de fundamentação, ferindo direito líquido e certo.

Sustenta que o desbloqueio total do benefício deve ser atendido, e a penhora ocorrer de maneira menos excessiva ou gravosa ao impetrante, uma vez que possui família e outro filho menor, bem como contas a pagar.

Entende evidente a natureza impenhorável do salário, a teor do artigo 833, IV, do CPC.

Em razão do exposto e pelo que mais argumenta às p. 1/10 pede, ao final, a concessão do *writ*.

Indeferida a liminar, foram dispensadas as informações da autoridade tida por coatora.

É o relatório.

O mandado de segurança não comporta acolhimento.

Aplica-se ao caso a Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, que passou a disciplinar a ação de mandado de segurança.

Não estão presentes os pressupostos para a concessão da liminar, e o presente *writ* é de manifesta inviabilidade.

Para tanto, basta ver que a insurgência da impetrante se volta contra ordem de penhora de seguro desemprego decorrente de ato judicial proferido em sede de execução de alimentos.

Não vislumbro qualquer ilegalidade teratológica na decisão que simplesmente determinou o bloqueio de numerário em razão de pensão alimentícia atrasada sem a devida justificativa.

Sabido se admitir somente em casos verdadeiramente teratológicos a interposição de mandado de segurança contra ato judicial contra o qual caiba recurso próprio, em frontal desafio ao que contém a Súmula 267 do STF.

Não é, com certeza, o caso dos autos.

Primeiro, porque a decisão é passível de recurso de agravo, pois a decisão atacada foi proferida em execução de alimentos.

Segundo, porque o artigo 833, §2º, do Código de Processo Civil estabelece que o crédito alimentar figura entre as exceções à alegada impenhorabilidade de salário:

> "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 de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;

Acesso ao Sumário

(...)

§ 2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º".

A soma desses fatores não autoriza o prosseguimento do *writ*, manifesto o seu descabimento.

Se o salário pode ser penhorado, com maior dose de razão os rendimentos que fazem as suas vezes, como o seguro desemprego.

Compreendo a situação difícil do impetrante, que, porém, não é mais severa da situação de filho menor credor de alimentos.

A soma desses fatores não autoriza o prosseguimento da ação.

Diante do exposto, pelo meu voto indefiro a inicial do presente mandado de segurança e julgo extinto o processo, com fundamento no artigo 10 da Lei no 12.016/09.

Denego a ordem.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2176055-10.2016.8.26.0000, da Comarca de Ibaté, em que é agravante MASTER GEL COMÉRCIO DE PRODUTOS DE LIMPEZA LTDA., 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: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.433)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS GANZERLA (Presidente) e JARBAS GOMES.

São Paulo, 17 de outubro de 2016.

AROLDO VIOTTI, Relator

Ementa: Honorários advocatícios. Execução Fiscal. Exceção de pré- executividade parcialmente acolhida, para afastar a incidência da taxa prevista na Lei Estadual nº 13.918/2009, nesta parte declarada inconstitucional, determinando-se a aplicação da taxa SELIC sobre o débito tributário. Devida a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios, por aplicação do princípio da causalidade. Precedentes. Agravo de instrumento provido.

VOTO

I. MASTER GEL COMÉRCIO DE PRODUTOS DE LIMPEZA LTDA. interpõe este Agravo de Instrumento contra r. decisão do MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de São Carlos (Foro Distrital de Ibaté), que, após apreciação de Embargos de Declaração, manteve decisão anterior, em Execução Fiscal contra ela movida pela FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO (proc. nº 0000760-41.2014.8.26.0233), acolheu parcialmente exceção de pré-

executividade oposta pela ora agravante, para afastar a incidência dos juros de mora conforme a Lei Estadual nº 13.918/09, determinando-se a aplicação da taxa SELIC (fls. 111/112 destes autos digitais).

Nas razões, insurge-se a agravante contra a r. decisão na parte em que isentou a ora agravada do pagamento de verba honorária, afirmando que se aplica à espécie o princípio da causalidade, e que "*o Egrégio Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a procedência do incidente de exceção de pré-executividade, ainda que resulte apenas na extinção parcial da execução fiscal ou redução de seu valor, acarreta a condenação na verba honorária.*" (textual – fls. 05). Pede o acolhimento do Agravo para ser a Fazenda do Estado condenada ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos do artigo 85, do Código de Processo Civil.

Processado sem liminar (fls. 143), sobreveio contraminuta da Fazenda Estadual (fls. 145/148) e petição da agravante, reiterando pedido de provimento do presente agravo (fls. 151/156). Este, em síntese, o relatório.

II. O recurso comporta provimento.

O MM. Juiz acolheu parcialmente a exceção de pré-executividade na r. decisão trasladada a fls. 111/1112, mantida a fls. 136, para determinar a exclusão da Lei Estadual nº 13.918/2009, aplicando-se a taxa SELIC em relação aos juros de mora incidentes sobre o débito tributário.

A taxa de juros em questão foi estabelecida pela Lei Estadual nº 13.918/09, diploma que conferiu ao artigo 96 da lei estadual 6.374/89 a seguinte redação:

"Artigo 96 - O montante do imposto ou da multa, aplicada nos termos do artigo 85 desta lei, fica sujeito a juros de mora, que incidem:

I - relativamente ao imposto:

a) a partir do dia seguinte ao do vencimento, caso se trate de imposto declarado ou transcrito pelo fisco nos termos dos artigos 56 e 58 desta lei, de parcela devida por contribuinte enquadrado no regime de estimativa e de imposto exigido em auto de infração, nas hipóteses das alíneas "b", "c", "d", "e", "f", "g", "h", "i", "j" e "l" do inciso I do artigo 85 desta lei;

b) a partir do dia seguinte ao último do período abrangido pelo levantamento, caso se trate de imposto exigido em auto de infração na hipótese da alínea "a" do inciso I do artigo 85 desta lei;

c) a partir do mês em que, desconsiderada a importância creditada, o saldo tornar-se devedor, caso se trate de imposto exigido em auto de infração, nas hipóteses das alíneas "a", "b", "c", "d", "h", "i" e "j" do inciso II do artigo 85 desta lei;

d) a partir do dia seguinte àquele em que ocorra a falta de pagamento, nas demais hipóteses;

II - relativamente à multa aplicada nos termos do artigo 85 desta lei, a partir do segundo mês subsequente ao da lavratura do auto de infração.

Acesso ao Sumário

§ 1º - A taxa de juros de mora será de 0,13% (treze décimos por cento) ao dia.

§ 2º - O valor dos juros deve ser fixado e exigido na data do pagamento do débito fiscal, incluindo-se esse dia.

§ 3º - Na hipótese de auto de infração, pode o regulamento dispor que a fixação do valor dos juros se faça em mais de um momento.

§ 4º - Os juros de mora previstos no § 1º deste artigo, poderão ser reduzidos por ato do Secretário da Fazenda, observando-se como parâmetro as taxas médias pré-fixadas das operações de crédito com recursos livres divulgadas pelo Banco Central do Brasil.

§ 5º - Em nenhuma hipótese a taxa de juros prevista neste artigo poderá ser inferior à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente." **(NR)**

O Órgão Especial deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0170909-61.2012.8.26.0000, no dia 27 de fevereiro de 2013, acolheu em parte Arguição Incidente de Inconstitucionalidade da legislação aqui questionada, em esfera de controle difuso, "***para conferir interpretação conforme a Constituição, em consonância com o julgado precedente do Egrégio STF na ADI nº 442 - Legislação paulista questionada que pode ser considerada compatível com a CF, desde que a taxa de juros adotada (que na atualidade engloba a correção monetária), seja igual ou inferior à utilizada pela União para o mesmo fim***" (m.v., Rel. designado o Des. PAULO DIMAS MASCARETTI).

Opostos Embargos de Declaração contra o V. Acórdão citado, rejeitados pelo C. Órgão Especial deste Tribunal, ocorreu o trânsito em julgado do Aresto em 30.07.2013, conforme consulta ao sítio eletrônico deste E. Tribunal de Justiça.

A questão tratada no presente agravo cinge-se à condenação da Fazenda Estadual, ora agravada, ao pagamento de honorários advocatícios, em virtude do acolhimento parcial da exceção de pré-executividade oposta pela ora agravante.

Assiste razão à agravante. A r. decisão acolheu em parte a exceção de pré-executividade, para determinar a exclusão da Lei Estadual nº 13.918/2009, aplicando-se a taxa SELIC em relação aos juros de mora incidentes sobre o débito tributário. Ainda que parcial o acolhimento da objeção, deve a Fazenda Estadual arcar com o pagamento de verba honorária advocatícia, proporcionalmente à parte em que resultou vencida. Não apenas em razão do princípio da causalidade, isto é, porque deu causa a que viesse a executada em Juízo para desconstituir parte do débito exequendo, como também porque a Fazenda continua credora de despesas processuais e da verba honorária relativamente à parte remanescente do crédito originalmente ajuizado.

A construção da jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça

Acesso ao Sumário

é a esse propósito uniforme e pacificada: "***EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ACOLHIMENTO. HONORÁRIOS. CABIMENTO. É firme o entendimento no sentido de que a procedência do incidente de exceção de pré-executividade, ainda que resulte apenas na extinção parcial da execução fiscal, acarreta a condenação na verba honorária. Precedentes. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos***." (EDcl no AgRg no REsp 1.319.947-SC, 2ª Turma, j. 06.11.2012, Rel. o Min. HUMBERTO MARTINS).

"***RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPUGNAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: .1. São cabíveis honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para pagamento voluntário a que alude o art. 475-J do CPC, que somente se inicia após a intimação do advogado, com a baixa dos autos e a aposição do "cumpra-se" (REsp. n.º 940.274/MS). 1.2. Não são cabíveis honorários advocatícios pela rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença. 1.3. Apenas no caso de acolhimento da impugnação, ainda que parcial, serão arbitrados honorários em benefício do executado, com base no art. 20, § 4º, do CPC. 2. Recurso especial provido***." (STJ, REsp 1134186-RS, Corte Especial, j. 1.08.2011, Rel. o Min. LUIS FELIPE SALOMÃO).

Assim, dá-se provimento ao recurso para condenar a Fazenda do Estado de São Paulo ao pagamento de honorários advocatícios ora arbitrados em dez por cento (10%) sobre o valor da diferença apurada entre os juros calculados com base na Lei n. 13.918/09 e aqueles a serem calculados tendo a SELIC como indexador, quantia corrigida e atualizada com base na Tabela Prática TJSP e juros de mora de 1% ao mês a contar do trânsito em julgado.

III. Pelo exposto, dão provimento ao recurso.

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.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2272985-27.2015.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é agravante FERNANDA GONÇALVES DA SILVA JESUS (JUSTIÇA GRATUITA), são agravados PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ

DOS CAMPOS, ESTADO DE SÃO PAULO e SELECTA COMÉRCIO E INDÚSTRIA S/A (MASSA FALIDA).

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 1.810)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CRISTINA COTROFE (Presidente) e LEONEL COSTA.

São Paulo, 19 de outubro de 2016.

ANTONIO CELSO FARIA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Competência. Ação de indenização por danos morais e materiais. Massa Falida que integra o polo passivo. Ação indenizatória proposta após a quebra. Competência do Juízo da Falência. Decisão agravada mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão copiada às fls. 47/51 que declinou da competência e determinou a redistribuição dos autos à 18ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital, por onde se processa a ação de falência.

A agravante sustenta, em apertada síntese, que a competência do juízo falimentar é funcional e, portanto, absoluta, apenas ao que diz respeito à declaração e processamento da falência. Afirma que o art. 24, §2º, inciso II do Decreto-lei nº 7.661/45 prevê a exceção à competência aludida em relação às ações que demandam quantia ilíquida, o que se aplica ao caso *sub judice*. Aduz que o MM. Juízo da Vara da Fazenda Pública é competente, uma vez que se trata de ação indenizatória, relativa à reintegração de posse da comunidade Pinheirinho, em São José dos Campos, ocorrida em janeiro de 2012, tendo por objeto obrigação ilíquida quanto ao montante da indenização, além do fato de a Fazenda Pública integrar o polo passivo.

Requer, assim, a concessão do efeito suspensivo ao agravo, para que se obste a r. decisão de redistribuição, e o provimento final do recurso, para que se reconheça a competência do Juízo da 2ª Vara da Fazenda da Comarca de São José dos Campos o competente para processar e julgar a ação indenizatória nº 0053002-80.2012.8.26.0577.

Recurso processado sem a concessão do efeito suspensivo (fls. 56/57), e

Acesso ao Sumário

respondido (fls. 62/81 e 83/88).

Não houve oposição das partes ao julgamento virtual (fl. 92).

É o relatório.

O recurso deve ser desprovido.

Depreende-se dos autos que FERNANDA GONÇALVES DA SILVA JESUS propôs ação de responsabilidade civil por danos materiais e morais em face de ESTADO DE SÃO PAULO, MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e MASSA FALIDA DE SELECTA COMÉRCIO E INDÚSTRIA S/A alegando que, em decorrência da demanda de reintegração de posse ajuizada pela corré Massa Falida, teve destruídos e/ou extraviados diversos bens, conseguindo retirar do seu imóvel, localizado no bairro do Pinheirinho, em São José dos Campos, no mês de janeiro de 2012 (fls. 17/29).

Sobreveio a r. decisão do MM. Juízo *a quo* declinando da competência pelo fato de a corré MASSA FALIDA DE SELECTA COMÉRCIO E INDÚSTRIA S.A haver tido sua falência decretada, fundamentando a decisão nos princípios da universalidade e indivisibilidade da competência do juízo falimentar.

Pois bem.

Com efeito, nota-se que integra o polo passivo da ação de indenização a MASSA FALIDA DE SELECTA COMÉRCIO E INDÚSTRIA S.A, que teve a sua falência decretada nos autos do processo nº 0713297-16.1989.8.26.0100 (18ª Vara Cível da Capital de São Paulo), sob a égide da antiga Lei de Falência (Decreto-lei nº 7.661/1945).

O art. 7º do Decreto-lei nº 7.661/45 dispõe que:

Art. 7º É competente para declarar a falência o juiz em cuja jurisdição o devedor tem o seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fora do Brasil.

(...)

§ 2º O juízo da falência é indivisível e competente para todas as ações e reclamações sobre bens, interesses e negócios da massa falida, as quais serão processadas na forma determinada nesta lei.

§ 3º Não prevalecerá o disposto no parágrafo anterior para as ações, não reguladas nesta lei, em que a massa falida seja autora ou litisconsorte.

O art. 24 do Decreto-lei nº 7.661/45 estabelece:

Art. 24. As ações ou execuções individuais dos credores, sobre direitos e interesses relativos à massa falida, inclusive as dos credores particulares de sócio solidário da sociedade falida, ficam suspensas, desde que seja declarada a falência até o seu encerramento.

§ 1º Achando-se os bens já em praça, com dia definitivo para arrematação, fixado por editais, far-se-á esta, entrando o produto para a massa. Se,

Acesso ao Sumário

porém, os bens já tiverem sido arrematados ao tempo da declaração da falência, somente entrará para a massa a sobra, depois de pago o exequente.

§ 2º Não se compreendem nas disposições deste artigo, e terão prosseguimento com o síndico, as ações e execuções que, antes da falência, hajam iniciado:

I - os credores por títulos não sujeitos a rateio;

II - os que demandarem quantia ilíquida, coisa certa, prestação ou abstenção de fato.

§ 3º Aos credores referidos no n° II fica assegurado o direito de pedir a reserva de que trata o art. 130, e, uma vez tornado líquido o seu direito, serão, se for o caso, incluídos na falência, na classe que lhes for própria.

Assim, as ações indenizatórias ajuizadas após a quebra devem ser processadas e julgadas pelo MM. Juízo da falência, porque a norma prevê a competência do MM. Juízo que decretou a falência para todas as ações sobre bens e interesses da massa falida (*vis attractiva*) e o caso dos autos não se enquadra em nenhuma das exceções previstas. Incide, *in casu*, a regra geral, devendo o processo ser remetido ao MM. Juízo falimentar, como acertadamente determinado pela r. decisão agravada.

Nesse sentido, é o entendimento desta C. 8ª Câmara de Direito Público do E. TJSP em relação a casos análogos já julgados:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – COMPETÊNCIA – Ação de indenização por danos morais e materiais – Pretensão voltada à reforma da r. decisão de primeiro grau que declinou da competência e determinou a remessa dos autos à 18ª Vara Cível do Foro Central da Capital, onde se processa a ação da falência da correquerida Selecta Comércio e Indústria S/A – Inadmissibilidade – Massa Falida que integra o polo passivo – Ação ajuizada após a quebra – Competência do Juízo da Falência – Precedente – Preliminares arguidas pela Massa Falida de Selecta afastadas – Decisão mantida – Negado provimento ao recurso." (Agravo de Instrumento nº 2197145-11.2015.8.26.0000; Relator(a): Rubens Rihl; Comarca: São José dos Campos; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 14/10/2015; Data de registro: 17/10/2015).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – COMPETÊNCIA – AÇÃO INDENIZATÓRIA DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – JUÍZO UNIVERSAL DA FALÊNCIA - Contraminuta da Massa Falida – Falta de interesse recursal, prevenção por conexão com agravo de instrumento distribuído à C. 5ª Câmara de Direito Público – Preliminares rejeitadas – Precedentes desta Corte – Somente as ações ajuizadas antes da decretação da falência prosseguem no juízo de origem – Ação,

Acesso ao Sumário

objetivando indenização por danos materiais e morais, ajuizada após o decreto de falência, sob a égide da antiga Lei de Falências (Decreto-lei n.º 7.661/45) – Massa falida que é litisconsorte passiva – Competência do Juízo Universal da Falência – Precedentes desta Corte – Decisão agravada mantida – Recurso desprovido". (Agravo de Instrumento nº 2193458-26.2015.8.26.000; Relator: Ponte Neto; Comarca: São José dos Campos; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 07/10/2015; Data de registro: 08/10/2015).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2160582-81.2016.8.26.0000, da Comarca de Limeira, em que é agravante DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DE SÃO PAULO – DETRAN-SP, é agravada ROZIMEIRE APARECIDA AMARO DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA).

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 16.761)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS GANZERLA (Presidente sem voto), OSCILD DE LIMA JÚNIOR e AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 21 de outubro de 2016.

JARBAS GOMES, Relator

Ementa: RECURSO – Tutela de Urgência. 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. Ausência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito pleiteado pela agravada em Primeiro Grau de Jurisdição, o que impõe a suspensão da r. decisão agravada.
RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo "*DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DE SÃO PAULO – DETRAN*" contra a r. decisão que, em sede de mandado de segurança impetrado por "*ROZIMEIRE APARECIDA AMARO DE SOUZA*" contra ato do "*Diretor de Departamento da 35ª CIRETRAN de Limeira*", deferiu a liminar para o fim de se proceder ao licenciamento dos veículos marca Honda, modelo Fit LXL, placas EAZ 6123, Renavam nº 0012705294; e marca GM, modelo Celta 4P Flex, placas EIF 2329, Renavam 00133602311, independentemente das restrições a eles impostas.

Sustenta, em síntese, que não estão preenchidos os requisitos necessários ao deferimento da liminar à agravada em Primeiro Grau de Jurisdição.

A liminar foi deferida (fls. 37-40), deixando a agravada transcorrer "*in albis*" o prazo que lhe foi conferido para apresentar contraminuta.

É o breve relato.

O recurso comporta provimento.

Como já asseverado quando da apreciação da 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.

Tratando-se de tutela de urgência o relator deverá aferir a presença de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, a fim de conceder a liminar (artigo 300, do novo Código de Processo Civil).

No caso específico dos autos, após análise detida das arguições apresentadas pela agravante e os respectivos documentos que instruem o presente agravo, verifica-se que a hipótese é de atribuição de efeito suspensivo ao recurso, uma vez que os requisitos necessários à obtenção da tutela de urgência requerida em Primeiro Grau de Jurisdição não estão presentes.

E isso ocorre porque a agravada impetrou mandado de segurança, sob o argumento de que MM. Juiz do Trabalho, nos autos da reclamação trabalhista nº 0001654-38.2010.5.01.0128, que tramita perante a 2ª Vara do Trabalho da Comarca de Limeira, teria assegurada a baixa de comunicação de venda e o licenciamento dos veículos penhorados pelo sistema RENAJUD: marca Honda, modelo Fit LXL, placas EAZ 6123, Renavam nº 0012705294; e marca GM, modelo Celta 4P Flex, placas EIF 2329, Renavam 00133602311.

No entanto, a probabilidade do direito almejado pela impetrante, ora agravada, fica mitigada pela provável inadequação da via processual eleita, notadamente em razão de se tratar de pretensão que diz respeito exclusivamente ao Juízo que determinou a penhora.

Aliás, como afirma a própria impetrante em sua inicial, não se pode

Acesso ao Sumário

desconsiderar que o magistrado da 2ª Vara do Trabalho de Limeira, ao apreciar a petição protocolo 5525/2016 (doc. De fls. 18, da inicial), determinou a expedição de ofício para que a autoridade apontada como coatora procedesse a baixa das restrições.

Isto posto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2134426-56.2016.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é agravante LEANDRO JOSÉ DA SILVA, são agravados DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DE SÃO PAULO – DETRAN-SP e DER – DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM.

ACORDAM, em 1ª 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 14.711)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente), VICENTE DE ABREU AMADEI e DANILO PANIZZA.

São Paulo, 25 de outubro de 2016.

ALIENDE RIBEIRO, Presidente e Relator

Ementa: Agravo de Instrumento – Decisão indeferiu pedido de liminar que pretendia afastar pena de suspensão de direito de dirigir imposta ao ora agravante em razão de condução de veículo automotor sob influência de álcool – A prática da infração descrita no artigo 277 do Código de Trânsito Brasileiro se configura com a recusa à realização dos procedimentos descritos em seu *caput* – Constatação de ingestão de álcool em laudo clínico – Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento tempestivamente interposto contra decisão que, em sede de ação ordinária, indeferiu pedido de liminar que pretendia

afastar pena de suspensão de direito de dirigir imposta ao ora agravante em razão de condução de veículo automotor sob influência de álcool.

Narra o requerente que teve seu direito de dirigir suspenso pela autoridade de trânsito em razão da verificação, por policiais militares, de que apresentava sinais de embriaguez ao conduzir veículo. Destaca que, não obstante tenha se recusado a fazer o exame de bafômetro no local da abordagem, houve constatação, em momento posterior e por meio de exames clínicos, de que não havia alteração de consciência apta a configurar hipótese punível com a sanção em questão. Esgotada a via administrativa para o questionamento da pena a ele aplicada, ajuizou a ação originária, em que pediu, em caráter liminar, a suspensão da decisão administrativa que determinava a apresentação de sua carteira de motorista às autoridades de trânsito – pleito, no entanto, que foi negado pela decisão gravada sob o fundamento de que a negativa dos sucessivos recursos administrativos recomenda cautela na concessão do provimento pleiteado, que requereria a instauração do contraditório. Argumenta que trabalha como motorista profissional e que a manutenção da pena de suspensão de seu direito de dirigir por doze meses resultaria em prejuízo irreparável à sua subsistência e à de sua família, o que violaria o artigo 1º, III (dignidade da pessoa humana) e IV (valor social do trabalho e da livre iniciativa), da Constituição Federal. Ressalta, ainda, o fato de que não foi constatada embriaguez em exame clínico. Requereu a concessão de efeito suspensivo para que sejam sustados os efeitos da decisão administrativa que suspendeu seu direito de dirigir e que determinou a entrega de sua CNH às autoridades de trânsito em dez dias úteis.

Indeferido o efeito suspensivo (f. 66/69), apresentou o agravado a contraminuta de f. 75/81.

É o relatório.

Apresentada a contraminuta, persiste o entendimento já exposto por ocasião da apreciação da medida liminar.

Desde aquele momento, salientou-se que constava do boletim de ocorrência de f. 44/46 que, abordado por policiais militares em 03/04/2015, o agravante se recusou a ser submetido a exame de etilômetro e fugiu em veículo de terceiro:

> *"Presentes os Policiais Militares noticiando que foram acionados ao local dos fatos a fim de atenderem uma ocorrência envolvendo veículo acima descrito. Lá chegando, apuraram que o veículo em tela era conduzido pela Rodovia Mal. Rondon, sentido interior/capital, por LEANDRO JOSE DA SILVA, o qual teria perdido o controle da direção do auto e se chocado contra a defensa metálica ali existente, não chegando a ferir-se.* ***Os milicianos constataram que o mesmo apresentava sinais de embriaguez alcoolica e assim o convidaram para se submeter ao teste do***

bafômetro, ocorrendo, porém, que dada a interferência de um indivíduo que também se encontrava pela local, posteriormente identificado como EDISON VAZ, e que passou a orientá-lo a não realizar tal teste, o mesmo engou-se em fazê-lo. *Que diante desse negativa do condutor do veículo, os milicianos então disseram que ele seria conduzido a este plantão policial, sendo que, nesse momento, Edison Vaz apanhou seu veiculo Honda Civic e posicionou ao lado de Leandro, tendo este ingressado no veículo que saiu em arrancada brusca conduzido por Edison Vaz, que se evadiu em alta velocidade. Tal veículo foi acompanhado pela guarnição que depois de aproximadamente sete quilômetros conseguiu alcançá-lo, dando-se a abordagem."* (f. 45)

Destacou-se, com relação à matéria objeto dos autos, que o artigo 277, §3º, do Código de Trânsito Brasileiro, traz a seguinte previsão:

"Art. 277. O condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência.

(...)

§ 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo."

Nesse sentido, a prática de referida infração depende somente da recusa à realização dos procedimentos descritos no *caput* do artigo ("*teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência*") – recusa que, no caso ora analisado, constituiu a própria causa de pedir remota, conforme se constatou da leitura da petição inicial (f. 24/40).

Acesso ao Sumário

Salientou-se, ainda, que é possível inferir da decisão administrativa que negou o recurso do ora agravante que o laudo clínico constatou a ingestão de álcool, causa suficiente à aplicação da sanção ora combatida. Consta da decisão em questão:

"Com a nova redação dada pela Lei 12760/12 e da Resolução 432/13 do CONTRAN, a infração do artigo 165 do CTB passou a ser caracterizada pelo simples fato de dirigir sob influência de álcool, independentemente de estar alcoolizado ou embriagado." (f. 51)

Acrescenta-se, por fim, que a situação não se altera com a juntada, com os embargos de declaração apresentados em face da decisão que negara a tutela

cautelar recursal, do laudo de verificação de embriaguez nº 129121/2015-GDL, do Instituto Médico-Legal de Bauru, referente a exame realizado em 09/04/2015, data muito posterior à da infração questionada (03/04/2015).

Por conta disso, seja em face do disposto no artigo 277, §3º, do Código de Trânsito Brasileiro, seja pela não demonstração da ausência de ingestão de álcool, não há suporte para o acolhimento das afirmações do agravante – e, por conta disso, reitera-se a fundamentação exarada por ocasião da negativa do efeito suspensivo para negar, também, provimento ao agravo.

O caso, assim, é de negar provimento ao recurso interposto por Leandro José da Silva nos autos da ação ordinária por ela movida em face **do DER – Departamento de Estradas de Rodagem** e do **Departamento Estadual de Trânsito de São Paulo – DETRAN-SP** (Processo nº 1011701-63.2016.8.26.0071 1ª Vara da Fazenda Pública, SP).

Resultado do julgamento: negam provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2167062-75.2016.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante ANTONIO DE OLIVEIRA DAMASCENO (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado SUPERINTENDENTE DO DER – DEPARTAMENTO DE ESTRADAS E RODAGEM.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, vencido o 2º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.727)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente) e JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA.

São Paulo, 1º de novembro de 2016.

CAMARGO PEREIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – RECUSA AO TESTE DO BAFÔMETRO.

Hipótese em que a autuação ocorreu por descumprimento de regra de natureza administrativa, por ter o agravante se recusado a se submeter a

qualquer exame que, diante da determinação expressa do § 3 º, do art. 277, do Código de Trânsito Brasileiro, implica nas mesmas cominações legais previstas no art. 165, da mencionada Lei.

A recusa a se submeter a qualquer tipo de exame previsto no *caput* do art. 277, por si só implica na prática de conduta reprovada pelo Código de Trânsito Brasileiro. A ilicitude causada pelo agravante não se confunde com as hipóteses em que constatada alteração da capacidade psicomotora do condutor.

Agravo de instrumento não provido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de agravo de instrumento contra decisão proferida nos autos de mandado de segurança, juntada por cópia às fls. 37/39, que indeferiu pedido de liminar. Aduz o agravante que foi autuado em 13/12/2015 no KM 314,0005, SP 330, AIT Nº 1H922522, por suposta infração do artigo 165 c.c. 277, ambos do Código de Trânsito Brasileiro e, ao ser abordado, o agente de trânsito exigiu que o condutor, ora agravante, realizasse o teste de bafômetro. Relata que recusou o teste por temer alguma irregularidade no aparelho, o agente lavrou a infração com base na recusa.

Assevera que diante da recusa do agravante em proceder ao teste, o agente de trânsito deveria ter observado o rito determinado pela Resolução 432 do CONTRAN, que determina a realização de laudo com várias características do condutor para comprovar a alteração de capacidade psicomotora e ocorrer o enquadramento no art. 165 do CTB, embriaguez. Pugna pela concessão de liminar para suspender o auto de infração 1H922522, junto ao Superintendente do DER – Departamento de Estradas e Rodagem, retirando-se a pontuação do prontuário do agravante, bem como para arbitrar multa diária caso haja descumprimento.

Processado sem liminar (fls. 253/256), o recurso foi respondido (fls. 260/266).

É o relatório.

Fundamento e voto.

Cuida-se de hipótese em que o impetrante foi autuado por infração do artigo 165 c.c. 277, ambos do Código de Trânsito Brasileiro, tendo em vista que foi abordado por agente de trânsito e se recusou a realizar o teste de bafômetro.

Cumpre lembrar que a medida liminar é provimento cautelar admitido pela

Acesso ao Sumário

própria lei de mandado de segurança quando sejam relevantes os fundamentos da impetração e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da ordem judicial, se concedida a fim (art. 7º, III, da Lei nº 12.016/09).

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 impetrante, 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 impetrante, justificado pela iminência de dano irreversível.

Por seu turno, vale lembrar os termos art. 277, do Código de Trânsito Brasileiro:

> ***"Art. 277. O condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência.***
>
> ***§ 1º (revogado pela Lei 12.760/2012)***
>
> ***§ 2 º A infração prevista no art. 165 também poderá ser caracterizada mediante imagem, vídeo, constatação de sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora ou produção de quaisquer outras provas em direito admitidas.***
>
> ***§ 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo.***

E, em que pese o esforço do agravante, a recusa a se submeter a qualquer tipo de exame previsto no *caput* do art. 277, por si só implica na prática de conduta reprovada pelo CTB, tendo em vista o teor do § 3º, do mesmo dispositivo normativo. A ilicitude causada pelo agravante não se confunde com as hipóteses em que constatada alteração da capacidade psicomotora do condutor.

Na hipótese dos autos, a autuação ocorreu por descumprimento de regra de natureza administrativa, por ter o agravante se recusado a se submeter a qualquer exame que, diante da determinação expressa do § 3º, do art. 277, do CTB, implica nas mesmas cominações legais previstas no art. 165, da mencionada Lei.

Saliente-se que a sanção imposta dispensa qualquer elemento indicativo de que se tenha conduzido o veículo capacidade psicomotora alterada. Basta a só recusa a se submeter a qualquer teste que avalia o teor alcoólico para que incorra na violação da mencionada regra do CTB.

Acesso ao Sumário

Como se vê, a concessão de liminar em mandado de segurança 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 pela magistrada de primeiro grau e nestes termos, inexistem motivos para alterar a conclusão.

Nestes termos, nego provimento ao presente recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2207046-66.2016.8.26.0000, da Comarca de São Carlos, em que é agravante ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado JOSÉ HIMORI MORI.

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 11.140)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO DELBIANCO (Presidente), LUCIANA BRESCIANI e CARLOS VIOLANTE.

São Paulo, 4 de novembro de 2016.

RENATO DELBIANCO, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento – Fornecimento de "Fosfoetanolamina sintética" ("pílula do câncer") – Busca e apreensão – Inadmissibilidade – Ausente o requisito da probabilidade do direito, não há como se manter a r. decisão que determinou a busca e apreensão da "Fosfoetanolamina sintética" – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto em face da r. decisão que, em sede de ação ordinária, determinou a busca e apreensão da substância denominada "FOSFOETANOLAMINA SINTÉTICA", necessária ao tratamento da grave doença que acomete o agravado.

Sustenta o agravante, que a manutenção da r. decisão agravada estimulará o ajuizamento de outras ações idênticas, causando colapso de todo o projeto de pesquisa traçado para aferir a eficácia do composto químico. Afirma que o Estado não está levando a cabo a produção da fosfoetanolamina. Alega que

a contratação do Laboratório PDT Pharma se deu para fins de pesquisa da substância. Aduz que até o momento não foi divulgado nenhum estudo clínico que revele a real eficácia da substância. Sustenta não ser possível o sequestro ou apreensão de objeto de estudo para fornecimento à população. Alega haver relatório do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação que descreve que a pílula da USP não é eficaz contra o câncer. Afirma que a ausência de fundamentação e de vinculação de uma pessoa jurídica que não faz parte da relação processual também gera a nulidade da decisão agravada.

Foi deferido o efeito suspensivo (fls. 77/78).

O recurso recebeu resposta (fls. 82/85).

Não houve oposição ao julgamento virtual (fl. 86).

É o relatório.

Cuida-se de ação em que se almeja compelir a Fazenda Estadual ao fornecimento da substância denominada "FOSFOETANOLAMINA SINTÉTICA" ("pílula do câncer"), produzida pela Universidade de São Carlos para fins de pesquisa no tratamento de diversos tipos de câncer.

Ajuizada a ação, foi indeferida a liminar pleiteada pelo agravado para concessão da substância, tendo interposto, em face de referida decisão, o Agravo de Instrumento nº 2005561-15.2016.8.26.0000, que restou provido por esta C. Câmara, determinando o fornecimento da substância pleiteada.

Para dar cumprimento à r. decisão proferida por esta C. Câmara, o MM Juiz *a quo* determinou a busca e apreensão da substância no prazo de dez dias, a ser cumprida na FURP de Guarulhos.

Irresignada com referida decisão agravou a Fazenda do Estado.

Revendo meu posicionamento anterior, notadamente após a decisão do E. STF que deferiu medida liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5501 para suspender a eficácia da Lei nº 13.269/2016, que autorizava o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna; inexistindo notícia da real eficácia do tratamento com a substância pleiteada, e, finalmente, inexistindo entidade de direito público responsável pela sua fabricação e distribuição à população, vislumbro assistir razão à agravante, devendo ser afastada a decisão de primeira instância que determinou a busca e apreensão da substância para fornecimento ao agravado.

Destarte, nos limites da decisão agravada, forçoso se mostra a anulação da r. decisão vergastada, para que seja afastada a determinação de busca e apreensão.

Deixo de fixar honorários advocatícios, apesar do art. 85, § 1º, do NCPC, ante a regra de limite prevista no art. 85, § 11, do NCPC. Deverá o magistrado de 1º grau, no momento oportuno, ao final, considerar a interposição e o resultado

Acesso ao Sumário

do presente recurso para fixação dos honorários advocatícios (art. 85, § 2º, IV, do NCPC).

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.

Face ao exposto, pelo meu voto, **dou provimento** ao recurso interposto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2203175-28.2016.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante ANDERSON AREGAZONE, é agravado SECRETÁRIO MUNICIPAL DE TRANSPORTES DE CAMPINAS.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. (Sustentou oralmente a Dra. Isaura Salgado Silva, OAB/RJ 185.880)", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº AI-5.219/16)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO GALIZIA (Presidente) e TERESA RAMOS MARQUES.

São Paulo, 24 de outubro de 2016.

TORRES DE CARVALHO, Relator

Ementa: TRANSPORTE REMUNERADO DE PASSAGEIROS. Campinas. Uber. LM nº 13.775/10, art. 22. Transporte clandestino. Multa. Apreensão do veículo. – O art. 22, 'caput' da LM nº 13.775/10 prevê que o transporte individual de passageiros que concorra ao serviço de táxi e não tenha autorização da Empresa Municipal de Desenvolvimento de Campinas S/A será considerado transporte clandestino, dentro dos limites do município de Campinas, a ensejar aplicação cumulativa das penalidades de apreensão do veículo e multa. A previsão legal denota a controvérsia que gravita em torno do direito postulado, a afastar os requisitos necessários à concessão da medida liminar. Inteligência do art. 7º, III da LF nº 12.016/09. Sentença que será proferida rapidamente, ante o

Acesso ao Sumário

rito processual eleito. – Liminar indeferida. Agravo desprovido.

VOTO

1. Trata-se de agravo interposto contra a decisão de fls. 279/285, aqui fls. 19/25 que indeferiu a liminar requerida pelo impetrante para que as impetradas, bem como órgãos e departamentos subordinados, abstenham-se de praticar atos que restrinjam ou impossibilitem o exercício de atividade remunerada de transporte individual de passageiros. O agravante alega que é motorista credenciado da plataforma Uber, prestando serviços de transporte privado individual no município de Campinas; apesar das vantagens e aprovação popular, os órgãos de controle municipal iniciaram política de repressão aos motoristas parceiros do Uber, denominada 'Operação anti-Uber'; por considerá-lo transporte clandestino, as impetradas passaram a aplicar aos motoristas as punições previstas no art. 22 da LM nº 13.775/10: multa no valor de R$ 3.100,00 e apreensão do veículo. Encontra-se na iminência de sofrer sanção, sendo apenas questão de tempo para que figure entre os prejudicados. Há diferenças vitais entre as modalidades de serviço de transporte individual público (táxis) e privado (parceiros do Uber); a LM nº 13.775/10 invade competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte, a teor do art. 22, XI da CF; o município pode gerenciar e fiscalizar o transporte privado individual, mas jamais obstar o seu exercício; a assessoria jurídica da Câmara dos Vereadores emitiu parecer contrário a um Projeto de Lei Complementar que objetivava a proibição do Uber, por entender que lei municipal não pode proibir atividade lícita não regulamentada; a LM nº 13.775/10 fere os princípios da livre iniciativa e livre concorrência, previstos nos art. 1º, IV e 170 da CF, além de violar o direito de escolha do consumidor, consagrado no art. 6º, II do CDC. A falta de regulamentação do Uber não implica ilicitude da atividade; o município considera clandestino o serviço por falta de regulamentação, mas aduz publicamente que não pretende regulamentá-lo. A LM nº 13.775/10 não se aplica aos motoristas parceiros do Uber, por ausência de tipicidade; não há concorrência entre as duas modalidades de transporte público individual, a afastar a aplicação do art. 22. Há precedentes favoráveis em todo o país. Insiste na concessão da liminar.

É o relatório.

2. A LM nº 13.775/10 de 12-1-2010 dispõe sobre as normas para execução dos serviços de transporte individual de passageiros em veículos automotores de aluguel - Táxi; o art. 1º, 'caput' prevê que 'o transporte individual de passageiros em veículos automotores de aluguel no Município de Campinas constitui serviço de utilidade pública e será executado sob o regime de permissão'; e o art. 22, 'caput' assevera que o transporte individual de passageiros que

Acesso ao Sumário

concorra ao serviço de táxi e não tenha autorização da Empresa Municipal de Desenvolvimento de Campinas S/A (EMDEC) será considerado transporte clandestino, dentro dos limites do município de Campinas, a ensejar aplicação cumulativa das penalidades de apreensão do veículo e multa no valor de 1.000 UFIC (§ 1º).

Não se ignora a recente polêmica envolvendo o uso do aplicativo de celulares Uber, serviço de transporte individual remunerado de passageiros que surgiu como alternativa qualificada e eficiente ao tradicional serviço de táxi. Por outro lado, é certo que a prestação do serviço ainda não possui regulamentação no município de Campinas, acrescentando-se a isso o fato de que o art. 22 da LM nº 13.775/10 obsta a prestação do serviço de transporte individual de passageiros que concorra com os serviços de táxi e não tenha autorização da EMDEC, como é o caso do impetrante. Trata-se de previsão legal que, ao menos em uma análise perfunctória, típica das tutelas de urgência, denota a controvérsia do direito alegado e a ausência de fundamento relevante (art. 7º, III da LF nº 12.016/09), a impedir a concessão da medida liminar. A questão é complexa e recomenda a oitiva da autoridade impetrada; o pedido, no mais, será apreciado com rapidez, ante a via eleita, e será eficaz se concedido ao final.

O voto é pelo **desprovimento do agravo**. Faculto às partes opor-se, em igual prazo, ao julgamento virtual de recurso futuro.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2084798-98.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA MUNICIPAL DE SÃO PAULO – IPREM, é agravada CREUZA DELMIRO DA SILVA.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Extinguiram o processo sem resolução de mérito e julgaram prejudicado o presente recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.931)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente) e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 19 de outubro de 2016.

FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE VALORES PAGOS A TÍTULO

DE TUTELA ANTECIPADA, POSTERIORMENTE REVOGADA. PLEITO DE PESQUISA DE BENS ATRAVÉS DOS MEIOS ELETRÔNICOS INFOJUD, RENAJUD E ARISP, EM VIRTUDE DO INSUCESSO DA PENHORA DE ATIVOS FINANCEIROS.

IMPOSSIBILIDADE. Aplicação, no caso em tela, do decidido pelo E. STF, no v. acórdão prolatado no Ag. Reg. em Recurso Extraordinário com agravo nº 734.242/DF. Inexistência de determinação da r. sentença e v. acórdão proferidos na fase de conhecimento de devolução dos valores recebidos a título de pensão por morte, em sede de tutela antecipada, bem como inexistência de reconhecimento da má-fé da agravada no recebimento dos referidos valores, no v. acórdão exequendo. A boa fé se presume e no caso concreto não se reconheceu expressamente a existência de má-fé na fase de conhecimento.

Concessão de efeito translativo ao presente agravo de instrumento, para determinar a extinção da execução.

EXTINÇÃO, DE OFÍCIO, DA EXECUÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PREJUDICADO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto pelo Instituto de Previdência do Município de São Paulo – IPREM contra r. decisão interlocutória que indeferiu o pedido de pesquisa de bens através dos meios eletrônicos INFOJUD, RENAJUD e ARISP em virtude do insucesso da penhora de ativos financeiros proferida em processo em fase de execução em que o Município de São Paulo pretende a devolução dos valores percebidos pela agravada Creuza Delmiro da Silva em razão de deferimento de medida liminar.

A r. decisão judicial proferida pelo MM. Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo possui o seguinte teor:

"VISTOS.

Fls. 443/444: Indefiro. A violação do sigilo bancário e fiscal demanda o preenchimento de requisitos que não se encontram presentes e, assim, não pode ser deferida sem a existência de indícios que revelem alteração da situação econômico-financeira. A simples inexistência de valores em conta corrente da executada capazes de satisfazer o crédito

Acesso ao Sumário

da Fazenda não se constitui em fundamento para a decretação daquela medida extrema.

Posto isto, diga o IPREM em dez dias, se tem interesse em outra medida capaz de penhorar bens/valores da executada.

Int".

Assevera o agravante, em suma, que: a) a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, acompanhada pelos Tribunais Superiores, inclusive, prevê a possibilidade de pesquisa nos meios eletrônicos sem a necessidade de esgotamento das demais hipóteses de coerção, não há fundamento jurídico para o indeferimento da pesquisa nos meios eletrônicos; b) o novo Código de Processo Civil prevê, expressamente, a penhora de ativos financeiros como uma das primeiras formas de coerção ao executado, nos termos da redação do artigo 835, inciso I; c) a pesquisa através dos meios eletrônicos, além de ser uma medida simples e barata, mostra-se bastante eficaz no meio forense; d) a imprescindibilidade do esgotamento de diligências na busca de bens, além de ser o entendimento que melhor prestigia a efetividade do procedimento de execução, está em perfeita consonância com a inteligência do restou o decido pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.184.765/PA (Dje 03.12.2010) em sede de recurso repetitivo; e) ainda que fosse o caso de indeferimento da medida em decorrência dos sigilos bancário e fiscal, destaco que tais sigilos somente impediriam a pesquisa no INFOJUD, uma vez que os dados fornecidos pelo RENAJUD e ARISP constituem mera reprodução das informações disponibilizadas pelo Departamento Nacional de Trânsito e pela Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo, não constituindo, portanto, ofensa à intimidade da parte executada.

Esta relatora deferiu o efeito suspensivo ao recurso (fls. 53/56).

A agravada ofertou contraminuta (fls. 70/82).

É o breve relatório.

De início, aponto que a r. decisão a guerreada foi proferida e publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2015, e é sob a ótica desse diploma processual que será analisada sua correção ou não.

Passo à análise do mérito do agravo de instrumento.

Pelo que se depreende dos documentos dos autos, a agravada ajuizou ação com pedido de tutela antecipada contra o Instituto de Previdência do Município de São Paulo – IPREM objetivando a declaração de beneficiária do referido Instituto na condição de companheira, a fim de recebimento de pensão por morte de seu companheiro, servidor municipal (fls. 01/18 deste agravo).

Conforme consta do relatório da r. sentença (na fase de conhecimento): "*Foi concedido o pedido de tutela antecipada. Desta decisão fora interposto Agravo de Instrumento mais tarde rejeitado pelo E. Tribunal de Justiça do*

Estado de São Paulo" (fls. 28 deste agravo).

A r. sentença (na fase de conhecimento) julgou improcedente o pedido da autora e, por consequência, **revogou a tutela antecipada** que havia sido concedida (conforme cópias constantes às fls. 28/31 deste agravo), sob o seguinte fundamento:

"[...]

A pretensão inicial é improcedente.

Isso porque as provas existentes nos autos são insuficientes para demonstrar que realmente a autora conviveu maritalmente com o falecido nos 05 (cinco) anos que antecederam a morte dele.

Para este caso específico a Lei 10.828/90 exige, como requisito objetivo, que para que o companheiro seja beneficiário do segurado haja vida em comum, ou seja, a convivência dos companheiros, por 05 (cinco) anos anteriores ao óbito.

Isto afasta alegações sobre a existência de jurisprudência no sentido de que a co-habitação não é indispensável para que fique configurada a união estável de um casal. A matéria em epígrafe é regida por lei específica que traz tanto o requisito temporal como o de convivência para reconhecimento de beneficiários.

Realmente, está demonstrado nos autos que a autora e o falecido tiveram um relacionamento duradouro, do qual tiveram filhos, mas certo é que quando da morte do ex-servidor esta união já não mais perdurava, ressalte-se, há mais de 05 (cinco) anos.

Em que pese a existência de sentença reconhecendo a união estável entre a autora e o servidor falecido, o que não se nega na presente ação, a mesma não é suficiente para comprovar o requisito específico que é exigido para a concessão da pensão que é objeto da presente ação.

Como se não bastasse isso, frisa-se que a testemunha não foi capaz de esclarecer qual teria sido a participação da autora nos cuidados com o falecido quando este adoeceu.

Por outro lado, há relato de que o falecido foi morar na casa de um de seus filhos, fruto de seu casamento com outra mulher, e que recebia algum cuidado por parte de sua filha com a autora da presente ação que, aliás, chegou a ser sua beneficiária junto ao requerido.

Ora, certo é que competia à autora comprovar o fato constitutivo de seu direito, nos termos do artigo 333, I do Código de Processo Civil, o quê, neste caso, indubitavelmente, não aconteceu.

De rigor, pois, desacolher a pretensão inicial.

[...]".

Por sua vez, o v. acórdão, também prolatado na fase de conhecimento (fls. 33/39 deste agravo), manteve a r. sentença, sob o fundamento que ora transcrevo:

Acesso ao Sumário

"A apelante pretende a reforma da r. sentença, que julgou improcedente seu pedido de inclusão como beneficiária de pensão mensal porque não comprovada a convivência dos companheiros, por cinco anos anteriores ao óbito, conforme exigência prevista no art.8°daLei 10.828/90.

Pois bem. A Lei Municipal n° 10.828, de 04 de janeiro de 1990, que dispõe sobre o regime de concessão de benefícios previdenciários aos servidores municipais, estabelece em seu art. 8º os beneficiários do segurado, dentre os quais "II - o companheiro com quem o segurado tenha mantido vida em comum durante, no mínimo, 5 (cinco) anos imediatamente anteriores à data do óbito".(fl.I25)

A sentença proferida na ação de reconhecimento de união estável mantida pela requerente Creuza Delmiro da Silva e o falecido João Colatrello, muito embora com a autoridade da coisa julgada, tem efeito apenas entre as artes. Por outras palavras, não alcança o IPREM, autarquia responsável pelo deferimento e pagamento da pensão, que é regulado por regras legais distintas.

Na petição inicial da referida ação de reconhecimento e dissolução de união estável "post mortem" a autora afirma sua convivência marital com o Sr. João Colatrello desde agosto de 1973 a março de 1993.(fl.I9)

A própria autora confirma na presente ação que desde março de 1993 "não residiam sob o mesmo teto".

Todavia a Lei n° 10.828/90 exige "vida em comum" e define as provas de vida em comum: "mesmo domicílio, registro como dependente no Hospital do Servidor Público Municipal - HSPM ou de outra associação de qualquer natureza, registro como dependente na declaração do Imposto sobre a Renda, conta bancária conjunta, encargos domésticos evidentes ou qualquer outra que possa formar elementos de convicção" (art. 8o, inc. II, § 5°-fl. I25).

A Assistente Social da Autarquia, em contato com moradores do endereço citado no atestado de óbito do ex-servidor, obteve a informação de que o "o Sr. João Colatrello residia naquele local aproximadamente há quatro anos em companhia de sua filha Arlene" e que "o imóvel é de propriedade do filho do ex-servidor, que nos últimos meses de vida era auxiliado por sua filha Sra. Clarice, que a mesma trazia almoço para o pai todos os dias, mesmo residindo longe (sic), no bairro Sumaré (fl.76).

Há de prevalecer o entendimento do d. Magistrado no sentido de que as provas trazidas pela autora são frágeis e não convencem:

"... a testemunha não foi capaz de esclarecer qual teria sido a participação da autora nos cuidados com o falecido quando este adoeceu.

Por outro lado, há relato de que o falecido foi morar na casa de um de seus filhos, fruto de seu casamento com outra mulher, e que recebia algum cuidado por parte de sua filha com a autora da presente ação que, aliás, chegou a ser beneficiária junto ao requerido".(fl.I97)

Acesso ao Sumário

[...]

Cumpre ressaltar que a autora somente ingressou em juízo pleiteando a pensão por morte após mais de cinco anos do óbito do falecido, coincidentemente no mês seguinte à extinção da pensão da filha do casal, ocorrido em 02/02/2005.

Com estas considerações, mantém-se a r. sentença. [...]".

Note-se que **não ficou reconhecido** no v. acórdão o recebimento de má-fé pela agravada dos valores pagos a título de pensão por morte, em razão de decisão judicial (tutela antecipada), nem ficou determinada, na r. sentença e no v. acórdão proferidos na fase de conhecimento, a devolução dos valores recebidos pela agravada, sob o mesmo título (tutela antecipada).

Apesar disto, iniciou-se a execução para que houvesse a devolução dos valores recebidos pela agravada a título de tutela antecipada.

Na sequência, consta dos autos desse agravo que foi deferido pelo Juízo "a quo" o bloqueio de valores pelo BACEN-JUD; no entanto, foram bloqueados valores irrisórios, razão pela qual foi determinado o desbloqueio daquelas quantias (fls. 44/47 deste agravo).

Diante do insucesso da penhora "on line" de ativos financeiros, o IPREM requereu a pesquisa de bens através de meios eletrônicos INFOJUD, RENAJUD e ARISP (fls. 48 deste agravo), o que foi indeferido pelo Juízo singular (fls. 50 deste agravo), e é desta r. decisão de indeferimento que o Instituto interpõe o presente agravo de instrumento.

Pois bem.

Importa salientar que, no caso ora em exame, o IPREM está executando valores pagos a título pensão por morte em virtude de tutela antecipada concedida pelo Juízo de 1º Grau e que posteriormente foi revogada.

O entendimento desta Relatora é o de que valores relativos a benefício previdenciário recebidos de boa-fé em virtude de decisão judicial são irrepetíveis, em razão do caráter alimentar do benefício.

Este posicionamento se coaduna com aquele esposado no v. acórdão prolatado no Ag. Reg. em Recurso Extraordinário com agravo nº 734.242/DF, no qual o Supremo Tribunal Federal decidiu que:

"EMENTA: DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. NATUREZA ALIMENTAR. RECEBIMENTO DE BOA-FÉ EM DECORRÊNCIA DE DECISÃO JUDICIAL. TUTELA ANTECIPADA REVOGADA. DEVOLUÇÃO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já assentou que o benefício previdenciário recebido de boa-fé pelo segurado, em decorrência de decisão judicial, não está sujeito à repetição de indébito, em razão de seu caráter alimentar. Precedentes.

2. Decisão judicial que reconhece a impossibilidade de descontos dos

Acesso ao Sumário

valores indevidamente recebidos pelo segurado não implica declaração de inconstitucionalidade do art. 115 da Lei nº 8.213/1991. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento".

(ARE 734242 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 04/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-175 DIVULG 04-09-2015 PUBLIC 08-09-2015).

Consta do relatório e do voto do Min. Luís Roberto Barroso no Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com agravo nº 734.242/DF, acima já indicado, que:

1. Trata-se de agravo regimental cujo objeto é decisão que conheceu do agravo para negar seguimento ao recurso extraordinário (art. 544, § 4º, II, b, do CPC), sob os seguintes fundamentos: (i) a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já assentou que o benefício previdenciário recebido de boa-fé pelo segurado, em decorrência de decisão judicial, não está sujeito à repetição de indébito, em razão de seu caráter alimentar; (ii) a decisão judicial que reconhece a impossibilidade de descontos dos valores indevidamente recebidos pelo segurado não implica declaração de inconstitucionalidade do art. 115 da Lei nº 8.213/1991.

2. A parte agravante afasta as razões da decisão agravada, reafirmando as razões do recurso extraordinário.

3. É o relatório.

VOTO

O agravo regimental não pode ser provido, tendo em vista que a parte recorrente não traz novos argumentos suficientes para modificar a decisão ora agravada. Nessas condições, deve-se manter pelos seus próprios fundamentos o decisum recorrido, assim transcrito:

"Trata-se de agravo cujo objeto é decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

'AGRAVO REGIMENTAL. TUTELA ANTECIPADA REVOGADA. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. NATUREZA ALIMENTAR. DEVOLUÇÃO DE VALORES. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. MATÉRIA NOVA EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A revogação da antecipação assecuratória importa no dever de restituição das partes ao estado anterior, bem como na liquidação de eventuais prejuízos advindos da execução provisória, com efeito ex tunc, em razão do caráter precário imanente às decisões de natureza antecipatória.

2. A Terceira Seção, no entanto, restringiu a aplicação desse entendimento, assentando a compreensão de que, em se tratando de antecipação dos efeitos da tutela em ação de natureza previdenciária posteriormente cassada, o segurado não está obrigado a restituir os valores recebidos, em virtude do caráter alimentar do benefício.

Acesso ao Sumário

3. Em agravo regimental não se conhece de matéria que sequer foi suscitada nas razões do especial.

4. Agravo regimental improvido.'

O recurso extraordinário é inadmissível. Com efeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já assentou que o benefício previdenciário recebido de boa-fé pelo segurado, em decorrência de decisão judicial, não está sujeito à repetição de indébito, em virtude de seu caráter alimentar. Precedentes: AI 841.473-RG, Rel. Min. Presidente; e ARE 638.548-AgR, Rel. Min. Luiz Fux.

Ademais, decisão judicial que reconhece a impossibilidade de descontos dos valores indevidamente recebidos pelo segurado não implica declaração de inconstitucionalidade do art. 115 da Lei nº 8.213/1991. Precedentes: AI 820.685-AgR, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie; ARE 701.883-AgR, Rel. Min. Celso de Mello; e ARE 734.199-AgR, Rel.ª Min.ª Rosa Weber.

Diante do exposto, com base no art. 544, § 4º, II, b, do CPC e no art. 21, § 1º, do RI/STF, conheço do agravo para negar seguimento ao recurso extraordinário."

2. Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

Desta feita, para que possa haver a repetição de indébito é necessário que fique consignado na fase de conhecimento o recebimento de má-fé do benefício em sede de tutela antecipada, o que não ocorreu, no caso em tela.

Saliento que a boa-fé é presumida, nos termos da legislação em vigor. A má-fé é que deve ser comprovada. Quanto a este assunto não há referência na r. sentença e no v. acórdão proferidos na fase de conhecimento de que teria ficado comprovada a má-fé da agravada, ao pleitear o recebimento da pensão por morte de seu companheiro (união estável reconhecida em juízo).

Nesse passo, cumpre salientar que, em sua contraminuta, a agravada alega que o valor, que a fazenda agravante pretende ver devolvido, possui caráter alimentar e foi recebido pela agravada de boa-fé, razão pela qual ela sequer pode ser obrigada a devolvê-los (fls. 73 deste agravo).

Desse modo, entendo que, no caso ora em exame, aplica-se, por analogia, o entendimento do E. STF de irrepetibilidade do benefício previdenciário recebido de boa-fé e em virtude de decisão judicial, pois não ficou configurado e apontado, nos autos principais da fase de conhecimento, que a agravada recebeu de má-fé o benefício de pensão por morte.

Assim sendo, no caso específico dos autos, entendo que é o caso de se conceder efeito translativo ao presente agravo de instrumento, para determinar a extinção da execução, considerando que não há título executivo que embase a pretensão de devolução das quantias pagas as título de tutela antecipada que posteriormente foi revogada, considerando que estas possuem caráter alimentar

Acesso ao Sumário

e não ficou reconhecida a existência de má-fé da agravada quanto ao recebimento dos valores.

Diante do exposto, pelo meu voto, **dou efeito translativo ao agravo de instrumento para EXTINGUIR, DE OFÍCIO, a execução**, pelas razões acima indicadas, com fundamento no art. 794, II, do CPC/1973 e art. 924, II, do CPC/2015. **JULGO**, por consequência, **PREJUDICADO o presente ao agravo de instrumento**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2044264-15.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante E. MANSSINI TRANSPORTES LTDA., é agravado 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, nos termos que constarão do acórdão. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.759)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ LUIZ GERMANO (Presidente) e OSVALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 1º de novembro de 2016.

EDSON FERREIRA, Relator

Ementa: ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. Anulatória de débito fiscal. Suspensão da exigibilidade em razão dos juros da Lei Estadual nº 13918/2009. Autorização constitucional para instituir tributos que não consente com o seu uso para ganho financeiros desarrazoado, como se dá com os juros referida lei estadual, de 0,13% ao dia, a implicar em 3,9% ao mês e 46,8% ao ano, muito superiores aos cerca de 14,25% ao ano da taxa SELIC, não podendo ir além da recomposição dos frutos do capital que se deixou de auferir pelo tempo da mora. Posição fixada pelo Órgão Especial desta Corte de não poder ir além da taxa SELIC, que atualiza os créditos tributários da União, englobando juros e correção monetária. Suspensão da exigibilidade do que exceder, sem possibilidade de

Acesso ao Sumário

protesto dos títulos e de apontamento nos órgãos de proteção ao crédito por valor excedente a esse limite. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento contra decisão, proferida em 22 de fevereiro de 2016, pelo eminente juiz, Doutor Fausto José Martins Seabra, em demanda pela anulação de débito fiscal, que deixou de conceder a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários correspondentes e dos efeitos do protesto, em virtude da ausência do depósito do valor incontroverso ou de requerimento neste sentido (fls. 40/41).

Diz a agravante que os juros aplicados aos débitos fiscais, com base na Lei Estadual nº 13918/2009, ultrapassam, em muito, a taxa SELIC, considerada pela legislação como teto para a cobrança de débitos fiscais. Cita precedente do Órgão Especial desta Corte.

Foi determinada a juntada de documentos pela agravante e dispensada a intimação da parte agravada, que ainda não tinha sido citada, sendo concedida, em 22-06-2016, antecipação da tutela recursal.

É o relatório.

Contestação já apresentada pela ré, nos autos originários, confirma a aplicação dos juros de mora da Lei 13918/2009 ao crédito em questão.

Todavia, a autorização constitucional para instituir tributos não consente com o seu uso para ganho financeiro desarrazoado, como impôs a lei estadual (0,13% ao dia a implicar em 3,9% e 46,8% ao ano, muito acima dos 14,25% ao ano da taxa SELIC), sendo que os juros de mora não podem ir além dos frutos civis do capital relativos ao período do retardamento.

Cumpre, pois, acompanhar a orientação estabelecida pelo Órgão Especial desta Corte, em 27-02-2013, no julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade nº 0170909-61.2012.8.26.0000, de conferir interpretação conforme à Constituição, em consonância com precedente do Supremo Tribunal Federal na ADI 442, no sentido de que as taxas de juros estabelecidas por leis estaduais não podem superar as utilizadas pela União para o mesmo fim, para não ofender a competência concorrente da União, conferida pelo artigo 24, I, da Constituição Federal, de estabelecer normas gerais sobre direito financeiro e tributário:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. Artigos 85 e 96 da Lei Estadual n.º 6.374/89, com a redação dada pela Lei Estadual nº 13.918/09. Nova sistemática de composição dos juros da mora para os tributos e multas estaduais (englobando a correção monetária) que estabeleceu taxa de 0,13% ao dia, podendo ser reduzida por ato do Secretário da Fazenda, resguardado

Acesso ao Sumário

o patamar mínimo da taxa SELIC Juros moratórios e correção monetária dos créditos fiscais que são, desenganadamente, institutos de Direito Financeiro e/ou de Direito Tributário. Ambos os ramos do Direito, que estão previstos em conjunto no art. 24, inciso I, da CF, em que se situa a competência concorrente da União, dos Estados e do DF. §§ 1.º a 4.º do referido preceito constitucional que trazem a disciplina normativa de correlação entre normas gerais e suplementares, pelos quais a União produz normas gerais sobre Direito Financeiro e Tributário, enquanto aos Estados e ao Distrito Federal compete suplementar, no âmbito do interesse local, aquelas normas. STF que, nessa linha, em oportunidades anteriores, firmou o entendimento de que os Estados-membros não podem fixar índices de correção monetária superiores aos fixados pela União para o mesmo fim (v. RE n.º 183.907-4/SP e ADI n.º 442). CTN que, ao estabelecer normas gerais de Direito Tributário, com repercussão nas finanças públicas, impõe o cômputo de juros de mora ao crédito não integralmente pago no vencimento, anotando a incidência da taxa de 1% ao mês, "se a lei não dispuser de modo diverso".

Lei voltada à regulamentação de modo diverso da taxa de juros no âmbito dos tributos federais que, destarte, também se insere no plano das normas gerais de Direito Tributário/Financeiro, balizando, no particular, a atuação legislativa dos Estados e do DF. Padrão da taxa SELIC que veio a ser adotado para a recomposição dos créditos tributários da União a partir da edição da Lei n.º 9.250/95, não podendo então ser extrapolado pelo legislador estadual. Taxa SELIC que, por sinal, já se presta a impedir que o contribuinte inadimplente possa ser beneficiado com vantagens na aplicação dos valores retidos em seu poder no mercado financeiro, bem como compensar o custo do dinheiro eventualmente captado pelo ente público para cumprir suas funções. Fixação originária de 0,13% ao dia que, de outro lado, contraria a razoabilidade e a proporcionalidade, a caracterizar abuso de natureza confiscatória, não podendo o Poder Público, em sede de tributação, agir imoderadamente Possibilidade, contudo, de acolhimento parcial da arguição, para conferir interpretação conforme a Constituição, em consonância com o julgado precedente do Egrégio STF na ADI n.º 442. Legislação paulista questionada que pode ser considerada compatível com a CF, desde que a taxa de juros adotada (que na atualidade engloba a correção monetária), seja igual ou inferior à utilizada pela União para o mesmo fim. Tem lugar, portanto, a declaração de inconstitucionalidade da interpretação e aplicação que vem sendo dada pelo Estado às normas em causa, sem alterá-las gramaticalmente, de modo que seu alcance valorativo fique adequado à Carta Magna (art. 24, inciso I e § 2.º) Procedência parcial da arguição (Arguição de Inconstitucionalidade n.º 0170909-61.2012.8.26.0000, Relator Paulo Dimas Mascaretti, Órgão Especial, j. 27.02.2013).

Assim, para que a agravante não seja constrangida a pagamento indevido,

Acesso ao Sumário

concede-se antecipação da tutela para suspender a exigibilidade dos créditos tributários inscritos na dívida ativa e apontados na petição inicial (fls. 21/22), no que exceder à atualização pela taxa SELIC, englobando juros e correção monetária, sem possibilidade de apontamento para protesto e nos órgãos de proteção ao crédito por valor superior a esse limite.

Na forma do exposto, **DÁ-SE** provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2033323-06.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes JOSIMAR JAIME DE SOUZA, CLEIDE ALMEIDA DE SOUZA, CLEONICE ALMEIDA SOUZA e JAIME MANOEL DE SOUZA (ESPÓLIO), é agravado MUNICÍPIO DE SANTA CRUZ DO CAPIBARIBE.

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 36.875)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente), JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA e AMORIM CANTUÁRIA.

São Paulo, 22 de novembro de 2016.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de nulidade de negócio jurídico – Competência – Alienação de imóvel por Município – Inexistência de relação de consumo – Inaplicabilidade da prerrogativa de foro do domicilio do autor prevista no art. 101, I, do CDC – Ação que deve ser processada no domicilio do réu – Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em ação declaratória de nulidade de negocio jurídico contra a decisão (fls. 33-35) que, sob o fundamento de não estar presente relação de consumo, declinou da competência, determinando a remessa dos autos ao juízo do domicílio do réu, o Município de Santa Cruz do Capibaribe/PE.

Acesso ao Sumário

O recurso foi recebido com efeito suspensivo (fl. 99). Não houve resposta do agravado.

É o relatório do essencial.

No caso, cuida-se de ação declaratória de nulidade de negocio jurídico pela qual os autores pretendem invalidar instrumento público de compromisso de compra e venda de imóvel supostamente adquirido do Município-réu.

O juízo **a quo** declinou da competência sob os seguintes fundamentos:

"VISTOS. Não sendo a relação posta de consumo, já que o Município réu não pode ser considerado fornecedor, e tendo em conta que o domicílio do requerido é em Santa Cruz do Capibaribe, Pernambuco, não se vê fundamento a justificar a competência da Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital de São Paulo para processar e julgar o presente feito. Com isso, remetam-se os autos ao Juízo da Comarca de Santa Cruz do Capibaribe, Pernambuco, com nossas homenagens, procedendo-se às anotações necessárias junto ao distribuidor".

Pois bem.

O recurso não comporta provimento.

Como bem observado pela decisão recorrida, a relação jurídica em análise não é de consumo, não sendo cabível, pois, o ajuizamento da ação no foro de domicilio dos autores.

O conceito de fornecedor vem estabelecido no art. 3º do CDC, o qual define ser fornecedor toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Ou seja, ao definir os aspectos característicos da figura do fornecedor, alude o legislador ao vocábulo atividade, sendo esta considerando como a prática reiterada de atos de cunho negocial, de maneira organizada e unificada, por um mesmo indivíduo, objetivando um escopo econômico unitário e permanente.

Acesso ao Sumário

Confira-se a ilação da doutrina sobre o tema:

"*É, em síntese, todo aquele que oferta, a título singular e com caráter profissionalidade – exercício habitual do comércio – produtos e serviços ao mercado de consumo, atendendo, assim, às suas necessidades"* (CARVALHO, José Carlos de Maldonado de. *Direito do Consumidor: Fundamentos Doutrinários e Visão Jurisprudencial*. 3ª ed., Editora Lumen Juris, pg. 29).

A alienação de imóvel pela Administração Pública não se constitui uma prática de cunho negocial de forma profissional, ao revés, é medida realizada de forma esparsa e eventual, com vista à realização do interesse público.

Nem socorre ao agravante a alegada aplicação do art. 22 do CDC, pois tal

dispositivo refere-se tão somente à prática de serviços públicos, assunto diverso do tratado na ação principal, que cuida de alienação de imóvel.

Nesse diapasão, inaplicável a prerrogativa de foro prevista no art. 101, I, do CDC, devendo a ação prosseguir no foro de domicílio do réu, tal como determinado pela decisão agravada.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2201760-10.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, é agravado SBC – SISTEMA BRASILEIRO DE CONSTRUÇÃO 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 29.869)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RAUL DE FELICE (Presidente sem voto), SILVA RUSSO e RODRIGUES DE AGUIAR.

São Paulo, 1 de dezembro de 2016.

ERBETTA FILHO, Relator

Ementa: TUTELA DE URGÊNCIA – Ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária – ISSQN – Município de São Paulo – Insurgência contra decisão que deferiu, em favor da autora, o pedido de suspensão da exigibilidade dos débitos discutidos – Documentos, todavia, que se revelam insuficientes para comprovar as alegações da autora – Probabilidade do direito não evidenciada – Desatendimento dos requisitos do art. 300 do NCPC – Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de decisão que, nos autos da ação declaratória de inexigibilidade de crédito tributário, deferiu o pedido de tutela provisória para

Acesso ao Sumário

suspender a exigibilidade do crédito tributário. Busca a agravante a reforma do *decisum* aos seguintes argumentos, em resumo: não estão presentes os requisitos da tutela de urgência, isto é, a probabilidade do direito e perigo da demora; não há indicação nas NFS-e juntadas pela agravada da numeração dos contratos pelos quais foram prestados os serviços ou a locação dos equipamentos, sendo impossível, pois, correlacioná-los.

Regularmente processado com concessão de efeito suspensivo, seguindo-se contraminuta (fls. 91/131).

Por fim, sobreveio manifestação da agravante (fls. 132/178), pugnando pela reconsideração da decisão que concedeu ao Município de São Paulo a antecipação da tutela recursal, a fim de suspender a liminar concedida em Primeira Instância.

É o relatório.

Com o julgamento do agravo, fica prejudicado o pedido de reconsideração formulado a fls. 132/178.

Comporta provimento o recurso.

Não cabe no recesso deste agravo de instrumento, por razões óbvias, adiantar um pronunciamento definitivo em torno do mérito das questões de fato e de direito que se colocam, concluindo-se a partir do exame provisório das alegações da agravante, todavia, não estarem preenchidos os requisitos necessários para se conceder, em favor da sociedade agravada, a tutela de urgência, nos moldes do art. 300 do Novo Código de Processo Civil.

Com efeito, a autora ajuizou a ação de origem com vistas a desconstituir os autos de infração lavrados contra si em razão do não recolhimento do ISSQN referente à emissão das notas fiscais indicadas a fls. 04 dos autos da ação originária (fls. 16 destes autos). Na inicial, a demandante alegou que os referidos lançamentos seriam ilegais, uma vez que as notas fiscais apontadas foram emitidas em virtude do pagamento pelo aluguel de bens móveis.

Inicialmente, a demandante requereu, em sede de liminar, a concessão de tutela de evidência, aduzindo que o ato da Municipalidade afrontou a disposição da Súmula Vinculante nº 31, segundo a qual "*É inconstitucional a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis".*

A tutela pretendida, entretanto, foi indeferida pelo Juízo de 1º Grau em razão de este não ter vislumbrado o "*fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação*" (fls. 74/75 dos autos da ação declaratória). Essa decisão acabou confirmada por este Tribunal, no bojo do Agravo de Instrumento nº 2113488-40.2016.8.26.0000, interposto pela pessoa jurídica autora.

Após esse desfecho, a demandante formulou novo pedido para concessão de tutela provisória, desta vez fundada no perigo da demora. Amparada no

artigo 300 do NCPC, pediu a autora a suspensão da exigibilidade dos créditos discutidos na ação declaratória, alegando que a Municipalidade já havia ajuizado uma execução fiscal tendo por objeto os créditos ora impugnados, fazendo-se presente, assim, segundo ela, o *periculum in mora*. O Juízo de Primeiro Grau acolheu esse argumento e concedeu a tutela para suspender a exigibilidade dos débitos apontados na inicial da declaratória. Daí este agravo.

A pretensão recursal, de fato, merece ser acolhida. Pois, como já havia ficado claro na decisão que julgou o agravo de instrumento anteriormente interposto (nº 2113488-40.2016.8.26.0000), os documentos existentes nos autos de origem não evidenciam a probabilidade do direito da autora, ao contrário do que exige o artigo 300 do NCPC, para fins de deferimento de tutela de urgência.

Com efeito, a controvérsia trazida com a declaratória gira em torno da própria natureza das atividades exploradas pela autora e sobre as quais a Municipalidade entende incidir a tributação. Segundo a autora, os autos de infração impugnados relacionam-se à cobrança de ISSQN sobre a atividade de locação de bens móveis que ela exerce junto a seus clientes. Já a Municipalidade de São Paulo entende que se trata, na verdade, de prestação de serviços previstos em lei como sujeitos à incidência do ISSQN.

Ora, a tutela provisória requerida pela demandante em Primeiro Grau exigiria a existência de um mínimo de elementos que indicassem a probabilidade do direito por ela alegado. Todavia, o conjunto documental reunido nos autos até o momento da decisão agravada não se mostra suficiente para se concluir nesse sentido.

Em primeiro lugar, segundo consta dos autos de infração atacados (fls. 143/152 deste recurso), a autuação pelo Fisco deu-se em razão de os serviços terem sido declarados com tributação incorreta nas Notas Fiscais de Serviços. E, analisando as notas fiscais objeto da controvérsia (fls. 52/70 e fls. 155/175), verifica-se que os códigos anotados fazem menção aos serviços referentes aos itens 3.03 (exploração de salão de festas e outros estabelecimentos do gênero), 7.01 (engenharia e congêneres) e 15.03 da lista de serviços anexa à LC 116/2003. Além disso, nessas mesmas notas – inclusive nas juntadas posteriormente pela autora nos autos deste agravo –, no campo referente ao código de serviço, algumas atividades estão discriminadas como locação de máquinas e equipamentos, mas outras estão descritas como serviços de engenharia, agronomia, arquitetura e congêneres.

A tais considerações deve-se, ainda, acrescentar que o objeto social da autora-recorrida abarca outras atividades além da cessão de máquinas (fls. 25/35 destes autos). E afora isso, como ela mesma reconhece, os contratos firmados com seus clientes podem prever, ou não, o fornecimento de mão-de- obra.

Logo, ao menos à primeira vista, a documentação acostada revela-

Acesso ao Sumário

se insuficiente para respaldar a argumentação da pessoa jurídica agravada, chegando até mesmo, em alguns aspectos, a infirmar suas alegações.

Forçoso reconhecer, então, a razão do Município-recorrente quanto à impossibilidade, por ora, de se suspender a exigibilidade dos créditos apontados na inicial.

Porque, consideradas as circunstâncias acima descritas, não se acha, mesmo, presente o chamado *fumus boni iuris*, condição necessária para se conferir à autora a tutela provisória por ela almejada.

À vista desse quadro, pois, e em sede de uma análise perfunctória, que o juízo sobre antecipação de tutela exige, não se mostram preenchidos, *in casu*, os requisitos do art. 300 do NCPC para a obtenção da tutela objetivada. A solução que se impõe, portanto, é a reforma da decisão agravada, para que seja indeferido o pedido de tutela provisória de urgência, formulado pela autora.

Assim, em suma, até que a controvérsia mereça exame mais aprofundado à luz do que se apurar com o desenvolvimento pleno do contraditório, deve ter lugar o indeferimento da medida postulada pela autora, ora agravada, confirmando-se a liminar inicialmente concedida no bojo do presente recurso.

Na conformidade do exposto, então, e para o fim enunciado, meu voto propõe dar provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2150713-94.2016.8.26.0000, da Comarca de Novo Horizonte, em que é agravante ADRIEN CARVALHO MESTRINER, é agravado MUNICÍPIO DE NOVO HORIZONTE.

ACORDAM, em 18ª 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 23.013)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente sem voto), BURZA NETO e FRANCISCO OLAVO.

São Paulo, 24 de novembro de 2016.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – Hasta Pública – Pretensão do agravante à anulação do ato por ausência de intimação

pessoal dos executados, bem como à inclusão do coproprietário do imóvel penhorado no polo passivo da ação – Descabimento – Executados devidamente intimados da realização da hasta pública, bem como representados por advogados constituídos nos autos – Inteligência do art. 889, inciso I, do NCPC – Inclusão do coproprietário no polo passivo – Desnecessidade – Devedores solidários – Ambos são responsáveis pelo pagamento do tributo que recai sobre o bem penhorado, competindo à Municipalidade credora escolher, portanto, contra qual coobrigado irá demandar – Decisão mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

ADRIEN CARVALHO MESTRINER, nos autos da ação de execução fiscal (proc. n. 0004480-56.2007.8.26.0396, da E. Vara da Fazenda Pública de Novo Horizonte), consistente na cobrança de IPTU (exercícios de 2003 a 2006), que lhe move a **PREFEITURA MUNICIPAL DE NOVO HORIZONTE**, interpõe recurso de agravo de instrumento, contra a r. decisão do MM. Juiz de Direito da Vara referida, que, sinteticamente, teria inadmitido a ciência dos executados da ocorrência do leilão pelo edital de hasta pública, com dispensa da formalidade da intimação pessoal do ato expropriatório, bem como entendeu ser desnecessária a retificação do polo passivo da ação, para a inclusão do coproprietário do bem a ser expropriado. Alega o agravante que a decisão agravada afronta a Súmula nº 121 do STJ, que estabelece que os executados devem ser intimados pessoalmente do dia e hora da realização da hasta pública, resultando, assim, em nulidade processual; e que 50% do imóvel penhorado pertence a Claudio Vincenzo Mastrocola, devendo o mesmo também integrar o polo passivo da execução. Pugna, assim, pela concessão de efeito suspensivo ativo ao presente recurso, a fim de determinar-se a suspensão de eventual designação de leilão do bem penhorado. Ao término, requer seja dado provimento ao agravo interposto, reformando-se a r. decisão recorrida, para o fim de determinar-se a retificação do polo passivo da execução e incluir o coproprietário, bem como seja feita a intimação pessoal dos executados e coproprietário do dia e hora da realização das hastas públicas, quando designadas. Junta os documentos de fls. 07/85.

Sobreveio a decisão de fl. 87, que não concedeu o efeito suspensivo ativo pleiteado.

O prazo para a apresentação das contrarrazões da Municipalidade

Acesso ao Sumário

agravada decorreu *in albis* (fl. 89).

É o relatório.

Malgrado o posicionamento do ínclito magistrado *a quo*, entende-se que o pleito recursal *não reúne condições de prosperar.*

Senão, vejamos.

Insurge-se o agravante quanto à falta de intimação pessoal do praceamento do bem; contudo, sem razão.

Sobre a matéria, dispõe o artigo 889, inciso I, do Novo Código de Processo Civil que: "*serão cientificados da alienação judicial, com pelo menos 5 (cinco) dias de antecedência, o executado, por meio de seu advogado ou, se não tiver procurador constituído nos autos, por carta registrada, mandado, edital ou outro meio idôneo*".

No caso dos autos, o agravante já estava representado por advogado, conforme se nota das petições ao longo do processo, tanto que já apresentara embargos à execução anteriormente (fls. 31 e seguintes).

Se não bastasse, o agravante e os demais executados foram devidamente intimados por meio de oficial e por carta postal, conforme se vê às fls. 56 e 59 e fls. 53/54 (Justiça do Trabalho de Itápolis – referente ao processo nº 948/1993 – 50% do imóvel penhorado adjudicado por Cláudio Vincenzo Mastorcola - fl. 20; já o co-executado Fábio Mastriner, ao contrário do que afirma o agravante, também foi devidamente intimado, por meio de carta postal, conforme informações colhidas no *site* do Tribunal de Justiça.

Assim, como se pode observar, ao contrário do que alega o agravante, não há qualquer irregularidade na falta de intimação dos executados, uma vez que os mesmos foram intimados pessoalmente da realização da hasta pública, bem como há advogado constituído nos autos, que fora devidamente intimado de todos os atos do processo, inclusive da realização e designação das hastas públicas (fls. 49 e 50).

Nesse sentido a jurisprudência da Corte:

"Embargos à arrematação - Alegação de nulidade da execução - **Ausência de intimação pessoal da embargante relativa à realização de hasta pública. Inocorrência - Embargante devidamente representada por advogado constituído nos autos - Exegese do artigo 687, § 5º do Código de Processo Civil** - Ademais, carta de intimação encaminhada à sua residência e recepcionada por seu neto - Avaliação do imóvel realizada por oficial de justiça - Possibilidade - Inteligência dos artigos 680 e 143, inciso V do Código de Processo Civil - Configuração de ato atentatório à dignidade da justiça - Aplicação de multa - Possibilidade - Multa fixada de acordo com os atos praticados pela executada - Sentença mantida - Recurso improvido" (Apelação nº 0003782-27.2013.8.26.0562, 32ª Câmara de Direito Privado, j. 04.09.2014,

Rel. Des. Ruy Coppola) (grifamos).

"Embargos à arrematação - Improcedência - Alegação de arrematação por preço vil. Inocorrência - Arrematação que, ademais, foi feita em segunda praça, por lanço correspondente a 73,6% do valor da avaliação - Preço vil não configurado nesta hipótese. Falta de intimação pessoal do executado quanto às praças - **Ausência de nulidade - Para a ciência das hastas públicas, basta a intimação do executado na pessoa de seu advogado, caso tenha se habilitado nos autos. Inteligência do art. 687, § 5º do CPC** - Improcedência dos embargos - Decisão correta - Sentença mantida e ratificada, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça - Recurso improvido." (Apelação nº. 0007823-80.2011.8.26.0344, Rel. Thiago de Siqueira, 14ª Câmara de Direito Privado, j. 09.10. 2013) (grifei).

"TUTELA ANTECIPADA - HASTA PÚBLICA - PRACEAMENTO DE BEM IMÓVEL - Agravo de Instrumento - Ação anulatória de arrematação judicial por ausência de intimação pessoal do co-executado - Indeferimento da tutela antecipada postulada para sustação dos efeitos da arrematação do imóvel, bem ainda para vedação da transcrição da carta de arrematação e da transferência do bem - Manutenção do indeferimento - Inteligência do artigo 687, §5º, do Código de Processo Civil - **Co-executado representado por advogado constituído nos autos em data anterior à arrematação e intimação editalícia** - Decisão mantida - Recurso improvido" (Agravo de Instrumento nº 0206498-17.2012.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Público, j. 24.10.2012, Rel. Des. Rebouças de Carvalho) (grifamos).

"Hasta pública - **Intimação pessoal dos devedores. Desnecessidade - Devedores que se encontram representados nos autos por advogado constituído - Aplicação das novas disposições do art. 687, § 5º, do CPC** - Recurso provido" (A.I. nº 7.284.571-5, 20ª Câmara de Direito Privado, j. 20.10.2008, Des. Rel. Luis Carlos de Barros.). (grifamos).

Salienta-se, ainda, que a arguição referente à falta de intimação pessoal válida se tornou ineficaz, ante a sustação do leilão (fl. 60), posto que com a inocorrência da hasta pública não foi acarretado prejuízo à parte.

Pretende, ainda, o agravante a inclusão do coproprietário CLAUDIO VINCENZO MASTROCOLA no polo passivo da execução; contudo, sem razão.

Ainda que o coproprietário, no decurso do processo (fl. 20), tenha adjudicado 50% do imóvel penhorado, em razão de cobrança de crédito trabalhista, o que o faz, também, responsável pelos débitos tributários relativos ao imóvel (mesmo que anteriores à aquisição do bem), nos termos dos arts. 130, *caput,* e 131, inc. I, ambos do CTN e jurisprudência desta C. Câmara[1], tal fato

Acesso ao Sumário

1 Apelação nº 0034504-70.2011.8.26.0576, 18ª Câmara de Direito Público, Relatora Desembargadora

por si só não nos permite concluir que deveria integrar a lide.

Na verdade, verifica-se que, na hipótese dos autos, estamos diante de situação a envolver devedores solidários (art. 124, I, CTN), haja vista que tanto o agravante quanto CLAUDIO são responsáveis pelo pagamento do IPTU que recai sobre o bem penhorado, competindo à Municipalidade credora escolher, portanto, contra qual coobrigado irá demandar.

Logo, diante da obrigação *propter rem* (IPTU) em testilha e, portanto, solidária e indivisível, torna-se dispensável a integração de todos os devedores no polo passivo da ação.

Nesse sentido, o teor do *caput* do art. 259 do Código Civil, *in verbis*:

"Se, havendo dois ou mais devedores, a prestação não for divisível, cada um será obrigado pela dívida toda".

Respectivo dispositivo em consonância com o art. 124, I, do Código Tributário Nacional, consagra a responsabilidade solidária à hipótese dos autos, sobretudo porque a obrigação é indivisível, na medida em que recai sobre a integralidade do imóvel.

Acresça-se, ainda, que, em se tratando de litisconsórcio facultativo, verifica-se ter sido observado o devido processo legal, na medida em que, tendo a execução sido proposta apenas em face do agravante, apenas este deveria ser intimado dos atos processuais, como, de fato, ocorreu.

Sobre o assunto, *mutatis mutandis*, já se pronunciou este Egrégio Tribunal:

"APELAÇÃO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - IPTU - Legitimidade Passiva - Homologação de Acordo em Juízo - Impossibilidade - Vedação expressa do artigo 123 do CTN - Indicação dos demais responsáveis na CDA - **Desnecessidade de que todos os coproprietários integrem o polo passivo da ação de execução - Inteligência do art. 124, I, do CTN** - Apelação da municipalidade provida e não provido o recurso do contribuinte" (Apelação nº 9083380-60.2003.8.26.0000, 15ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Rodrigo Enout, j. 03.03.2011) (grifamos).

"APELAÇÃO - **EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - IPTU. Alegação de vício no processo diante da não citação de co-proprietário. Ausência. Solidariedade e possibilidade de se cobrar qualquer um dos proprietários**. Vício afastado. Assistência Judiciária - Possibilidade de condenação do beneficiário. Exigência do pagamento que resta suspensa enquanto perdurar a situação de pobreza, respeitado o prazo de cinco anos. Recurso não provido" (Apelação nº 9140280-29.2004.8.26.0000, 14ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador João Alberto Pezarini, j. 19.08.2010) (grifamos).

Acesso ao Sumário

Beatriz Braga, j. 26.09.2013; Agravo de instrumento nº. 990.10.055979-6, 18ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Osvaldo Capraro, j.18.11.2010.

Ainda, nesse sentido:

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CO-PROPRIETÁRIO. CONTRIBUINTE. ITR. 1. **As dívidas tributárias podem ser cobradas de apenas um dos sujeitos passivos, face a responsabilidade solidária**. 2. Remessa oficial não conhecida e apelação provida" (TRF 3ª Região, Apelação nº 2004.03.99.02531-2, Relator Desembargador Federal Nery Junior, j. 03.05.006) (grifamos).

Ademais, como bem observou o magistrado em sua r. decisão, "*desnecessária a retificação do polo passivo para inclusão do coproprietário do bem penhorado, devendo, no entanto, ele ser intimado de eventual e futuro leilão, conforme prescreve o art. 889, inc. II-NCPC*" (fl. 78).

Assim, de rigor a *manutenção* da r. decisão de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos, aos quais adicionam-se os do presente voto.

Para os devidos fins de direito, consideram-se prequestionados os dispositivos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes.

Com isto, **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2030193-08.2016.8.26.0000, da Comarca de Santa Bárbara D'Oeste, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados MUNICÍPIO DE SANTA BÁRBARA D´OESTE e DENIS EDUARDO ANDIA.

ACORDAM, em 13ª 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 28.069)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), BORELLI THOMAZ e SOUZA MEIRELLES.

São Paulo, 7 de dezembro de 2016.

RICARDO ANAFE, Presidente e Relator

Ementa: Agravo de Instrumento – Ação Civil Pública. Pretensão de suspensão imediata das portarias de nomeação de cargos de provimento em comissão cujas atribuições não se coadunam com funções de direção, chefia e assessoramento, com proibição de realização

Acesso ao Sumário

de novas contratações para os mesmos postos – Lei Complementar nº 215, de 28 de maio de 2015, do Município de Santa Bárbara D'Oeste – Alegação de que as atribuições essenciais desempenhadas pelos ocupantes dos cargos comissionados de assessor de gabinete, assessor técnico, coordenador e diretor regional, criados pela Lei Complementar referida, não revelam nota de comissionamento a exigir especial vínculo de confiança ou fidelidade – Litisconsórcio passivo necessário – Inexistência – Não há relação jurídica direta entre o pedido e o nomeado, sendo a relação jurídica direta entre o autor da ação civil pública e a Municipalidade que, a seu turno, é representada pelo Alcaide, Chefe do Poder Executivo, que também não tem interesse jurídico na demanda – Presentes os pressupostos autorizadores da tutela pleiteada, cabendo qualquer outra discussão à ação principal.

Dá-se provimento ao recurso.

VOTO

1. Trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra decisão do MM. Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Santa Bárbara D'Oeste que, em ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face da Municipalidade de Santa Bárbara D'Oeste, deferiu o ingresso do Prefeito do Município como assistente litisconsorcial, bem como determinou a emenda da inicial, para incluir no polo passivo todos os ocupantes dos cargos comissionados, ora questionados, desacolhendo o pedido de imediata exoneração dos servidores. Pleiteia a concessão de liminar e, no mérito, a reforma do *decisum*, a fim de: *a)* excluir o Prefeito do polo passivo; *b)* afastar a ordem de emenda da inicial para inclusão dos nomeados no polo passivo, mantendo-se apenas o Município de Santa Bárbara D'Oeste; e *c)* determinar a suspensão imediata das portarias de nomeação dos agentes, com proibição de realização de novas contratações para os mesmos postos.

Concedido efeito suspensivo quanto à assistência litisconsorcial do Alcaide e a determinação de emenda à petição inicial e, suspensivo ativo em relação às portarias de nomeação dos senhores Coordenadores do Município de Santa Bárbara D'Oeste (fl. 398/403), sobrevieram as contraminutas (fl. 409/423 e 433/460).

A douta Procuradoria Geral de Justiça pugnou pelo provimento do recurso

Acesso ao Sumário

(fl. 477/483).

Esta Colenda 13ª Câmara de Direito Público suscitou incidente de inconstitucionalidade (fl. 490/503), rejeitado nos termos da decisão monocrática proferida pelo eminente Desembargador Tristão Ribeiro, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0039701-12.2016.8.26.0000.

É o relatório.

2. O agravo merece provimento.

Ex ante, cumpre notar que não se confundem a ação direta de inconstitucionalidade e a ação civil pública que, segundo magistério jurisprudencial dos Tribunais, inclusive o do Supremo Tribunal Federal (Rcl 554/MG, Rel. Min. Maurício Corrêa; Rcl 611/PE, Rel. Min. Sydney Sanches), tem reconhecido a sua legitimidade como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial indispensável à resolução do litígio principal.

A esse respeito, a lição de Hugo Nigro Mazzilli:

> **"Entretanto, nada impede que, por meio de ação civil pública da Lei n. 7.347/85, se faça, não o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade das leis, mas, sim, seu controle difuso ou incidental.**
>
> **(...) assim como ocorre nas ações populares e mandados de segurança, nada impede que a inconstitucionalidade de um ato normativo seja objetada em ações individuais ou coletivas (não em ações diretas de inconstitucionalidade, apenas), como causa de pedir (não o próprio pedido) dessas ações individuais ou dessas ações civis públicas ou coletivas."** (*in* "O Inquérito Civil", p. 134, item n. 7, 2ª ed., 2000, Saraiva).

In casu, o ajuizamento da ação civil pública visa, não à apreciação da validade constitucional de lei em tese, mas sim o julgamento de uma específica e concreta relação jurídica, de forma que não há falar em suspensão deste recurso tendo em vista a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2138855-66.2016.8.26.0000, pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, em face da Lei Complementar Municipal nº 215/2015, como pretendido a fl. 509.

De outro lado, como bem pontuou o eminente Desembargador Tristão Ribeiro, em decisão monocrática, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0039701-12.2016.8.26.0000, *in verbis:*

> **"Nesta fase inicial do processo, o agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público deverá ser julgado sob a ótica da existência ou não dos requisitos necessários à concessão da ordem liminar,**

Acesso ao Sumário

mais especificamente, o perigo da demora e a verossimilhança das alegações ministeriais. Eventual questão constitucional, relativa ao mérito da demanda, não será prejudicial ao julgamento do recurso."

Nesse contexto, passo à análise do pedido recursal.

Aduz o agravante, em síntese, que as atribuições essenciais desempenhadas cotidianamente pelos ocupantes de cargos comissionados de **assessor de gabinete, assessor técnico, coordenador** e **diretor regional**, criados pela Lei Complementar nº 215, de 28 de maio de 2015, do Município de Santa Bárbara D'Oeste, não revelam nota de comissionamento a exigir especial vínculo de confiança com o superior hierárquico. Alega, ainda, que o Prefeito não tem interesse jurídico próprio que o admita a integrar o processo, razão pela qual deve ser excluído da relação processual, bem assim, *in casu*, não há litisconsórcio passivo necessário.

Quando da apreciação do efeito suspensivo foi analisada com acuidade própria do momento processual a matéria relativa ao litisconsórcio, seu consectário de emenda da petição inicial e o pleito de assistência, ingressando-se no efeito suspensivo no que toca aos cargos criados pela lei municipal, quando então, apenas em relação a um foi concedido o efeito almejado.

No entanto, neste momento processual de rigor a revisão dos fundamentos do efeito suspensivo concedido, em especial no concernente aos cargos estampados na Lei Complementar nº 215, de 28 de maio de 2015, do Município de Santa Bárbara D'Oeste, a fim de que se produza exegese adequada na hipótese, devendo-se, por questão de lealdade, inclusive, transcrever o despacho inicial de fl. 398/403:

"Vistos.

1. *Ex ante*, cumpre observar que 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 art. 37 da Sexta Carta Republicana, de exercício de direção, chefia ou assessoramento.

O STF quando do julgamento da ADI 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.

A relação do agente nomeado para o cargo em comissão e a Administração Pública não ostenta viés contratual e, tampouco de direito subjetivo decorrente de certame público, sendo a relação jurídica existente de caráter essencialmente efêmero, com cometimento previdenciário as linhas gerais, não se submetendo, portanto, ao sistema especifico do servidor público regido o estatuto ou pelo regime administrativo especial, igualmente em outrora

denominado hibrido.

Nessa esteira, ostentando a ação civil pública pleito suspensão de eficácia de portaria de nomeação com derradeira postulação voltada ao ato fim de exoneração do nomeado para cargo em comissão, não há falar em litisconsórcio passivo necessário, *prima facie*, porquanto não há relação jurídica direta entre o pedido e o nomeado, sendo a relação jurídica direta entre o autor da ação civil pública e a Municipalidade de Santa Bárbara D´Oeste que, a seu turno, é representada pelo Alcaide, Chefe do Poder Executivo, que também não tem interesse jurídico na demanda.

Se procedente o pedido da ação civil pública o efeito da coisa julgada em relação ao nomeado é mediato e indireto, o que arreda por completo, *in thesis*, a ideia do litisconsórcio passivo necessário, na medida em que a norma insculpida no artigo 47 do Código de Processo Civil estabelece o fenômeno processual que surge por força de disposição legal ou da incindibilidade da relação jurídica de direito material; a pluralidade de partes não é apenas admitida, mas imposta pelo legislador. Nessa linha, o litisconsórcio unitário é a figura que aflora nas hipóteses em que é indispensável a decisão uniforme de mérito em relação a todos os colitigantes em razão da natureza controvertida da relação jurídica, que não permite a cisão.

Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, litisconsórcio necessário é "*a exigência de que no processo estejam certas pessoas coligadas na condição de autores ou de réus",* ao passo que litisconsórcio unitário é a necessidade de *"julgamento homogêneo que deve ser dispensado àqueles que estão no processo como litisconsortes*" (*in* Litisconsórcio, Editora RT, 2ª edição, p. 112).

Neste diapasão, cristalino o motivo pelo qual o litisconsórcio necessário unitário é definido por Pontes de Miranda como "*o litisconsórcio necessário em que é exigida a unitariedade*" (*in* Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo II, p. 33).

***In casu*, o eventual comando concreto positivo decorrente da procedência da ação obrigará a Administração Pública a praticar ato jurídico (exoneração), com reflexos em relação aos nomeados, que só fariam jus a integração processual se tivessem direito subjetivo ao exercício ao cargo em comissão ou, então, que tal exercício decorresse de relação contratual.**

Desta feita, a natureza jurídica do cargo em comissão por si só obsta a ideia do litisconsórcio, assim considerada a *causa petendi* e, em especial, o pedido.

Acesso ao Sumário

Nessa esteira, sensato o afastamento *in limine* da determinação de emenda da petição inicial, até porque em se tratando de litisconsórcio necessário, se a hipótese fosse, a ordem não seria de emenda mas sim de citação dos litisconsortes, pois no litisconsórcio necessário a determinação de aperfeiçoamento de relação jurídica decorre de impulso judicial, independentemente da especificação da parte, *ex vi* da letra do parágrafo único do artigo 47 do Código de Processo Civil.

Ainda que se sustente que o interesse jurídico para efeito de assistência não diga respeito efetivamente a uma relação jurídica preexistente entre assistente e assistido, é certo que o dito interesse deve resultar da conclusão da demanda, afetando direito ou obrigação fazendo emergir ou submergir no universo jurídico.

No caso, impossível imaginar qualquer resultado do processo que possa criar ou extinguir direitos ou obrigações entre o Alcaide e o Município de Santa Bárbara D´Oeste.

Não se vislumbra nem ao menos interesse econômico, e de uma forma egoística, poder-se- ia dizer que o interesse é pessoal, o que por evidente não há cabimento na hipótese, mas, de qualquer forma, não havendo interesse jurídico não há falar em assistência, mormente litisconsorcial.

Desta forma, razoável o afastamento da emenda à petição inicial e da assistência, até final julgamento.

Já no que diz respeito à suspensão dos efeitos das portarias de nomeação, em primeira análise, a solução outra é, salvo no que diz respeito aos coordenadores.

Os assessores técnicos, na forma da lei de criação dos cargos, além de assessorar e prestar assistência técnica específica o que escapa, em verdade, ao conceito básico do cargo em comissão, igualmente auxiliam no planejamento de ações, estratégias e serviços da Administração (inciso II), destacando desta feita *facere* de assessoramento, em tese.

Doutro bordo, o assessor de gabinete, igualmente, possui atribuição para pesquisar, analisar e propor a fixação e implantação de estratégias e serviços de interesse da Administração.

O diretor regional, em verdade, na forma dos incisos I, III e IV, não guarda para si nenhuma atividade de chefia, direção, nem tampouco assessoramento, no entanto, o gênero do inciso II, pontuado pelo verbo "assistir" ao Alcaide na gestão da Administração da área de sua referência, eleva a função atividade de assessoramento, que muito embora não combine com a ideia de direção regional, admito, guarda algum arrimo para efeito da observação do cargo em comissão, a

primeira vista.

Os coordenadores na forma dos incisos, I, II e III da lei de regência, acompanham, coordenam e orientam as ações públicas; buscam e zelam pela integração de ações e pelo planejamento de secretarias e, propõem e colaboram na fixação de diretrizes, pelo que, de fato, nada se assemelha à chefia, à direção, e ao assessoramento, nem por arremedo, de tal arte que mesmo em análise preliminar, outra não é a solução, senão a concessão de efeito suspensivo ativo no tópico.

Por epítome, se conclui da concessão de efeito suspensivo quanto à assistência litisconsorcial do Alcaide e a determinação de emenda à petição inicial, e ao seu turno, suspensivo ativo em relação às portarias de nomeação dos senhores Coordenadores do Município de Santa Bárbara D´Oeste, até final deliberação recursal.

2. Intimem-se os agravados para responder, consoante o disposto no artigo 527, inciso V, do Código de Processo Civil.

3. Int."

Assim, a matéria, quanto ao seu arrimo e solução, foi retratada no despacho que concedeu o efeito suspensivo, que ora se mantém e se incorpora como norte decisório, alterada, todavia, a convicção primeira quanto aos demais cargos impugnados. Isso porque há verossimilhança de alegação em relação a todos os cargos discutidos na inicial e, não somente, aos de Coordenadores.

Com efeito, ao dispor sobre o quadro da estrutura administrativa superior do Poder Executivo Municipal, bem como do regramento para ocupação dos empregos em comissão e das funções de confiança da Prefeitura Municipal de Santa Bárbara D'Oeste, dentre outras providências, a Lei Complementar nº 215, de 28 de maio de 2015, trouxe em seu Anexo IV as atribuições dos cargos de provimento em comissão ora debatidos.

Como dito alhures, todo cargo em comissão guarda norte constitucional específico, revelador, na forma do inciso V, do art. 37 da Sexta Carta Republicana, de exercício de direção, chefia ou assessoramento. O Supremo Tribunal Federal, a seu turno, 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.

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 encontram na demonstração de que o máxime de importância do cargo guarda liame a eficiência desejada do superior hierárquico, que não teria condições de

Acesso ao Sumário

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 Carmen Lúcia).

Nesse quadro, é certo que a criação de cargos de provimento em comissão não pode 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: AgRg 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.

Em sendo assim, de rigor a exclusão do Prefeito do polo passivo da demanda e o afastamento da emenda à petição inicial, diante da inexistência de litisconsórcio passivo necessário, suspendendo-se as portarias de nomeação dos ocupantes de cargos comissionados de **assessor de gabinete, assessor técnico, coordenador** e **diretor regional**, criados pela Lei Complementar nº 215, de 28 de maio de 2015, do Município de Santa Bárbara D'Oeste, com proibição de novas contratações para os mesmos postos.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso interposto.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2227809-88.2016.8.26.0000, da Comarca de Praia Grande, em que são agravantes ANGELA MARIA DA SILVA, MARIA ANGELICA DA SILVA, JOÃO PAULO SILVA, ANDREA MARIA DA SILVA SANTOS e GERALDO LUIZ MARQUES, é agravado INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA MUNICPAL DE PRAIA GRANDE.

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 em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator,

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.

que integra este acórdão. **(Voto nº 31403)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 2 de dezembro de 2016.

NOGUEIRA DIEFENTHALER, Relator

Ementa: RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – DIREITO PROCESSUAL CIVIL – HABILITAÇÃO DE HERDEIROS NOS AUTOS DA CAUSA PRINCIPAL E INDEPENDENTEMENTE DE SENTENÇA

1. Herdeiros que tencionam habilitação e consequente levantamento de depósito judicial, sem necessidade de condicionar o deferimento de tais medidas à abertura de inventário.

2. Possibilidade, uma vez que não há necessidade de dilação probatória diversa da documental e desde que ausente impugnação da habilitação. Decisão agravada que não observou o procedimento em vigor. Exegese dos artigos 689 e seguintes do CPC/2015. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos;

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ANGELA MARIA DA SILVA (e outros) contra a r. decisão de fl. 55 que, em cumprimento de sentença, indeferiu levantamento dos valores pelos herdeiros. Segundo o D. Magistrado *a quo*, *"(...) deve ser providenciado inventário dos bens da falecida-autora, com a respectiva transferência dos valores aqui depositados para os autos do inventário, onde deverá haver a partilha."*

Em apertada síntese, as partes agravantes alegam que o pedido de habilitação nos autos, em razão do falecimento da autora (genitora dos ora agravantes) no dia 19.01.2016, deve ser acolhido, sem necessidade de abertura de inventário, pois não teria ela deixado bens imóveis e nem testamento. Citam alguns julgados que lhes são favoráveis.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal foi indeferido às fls. 76/78; a parte agravada apresentou contraminuta às fls. 81/82 e não se opôs ao pedido de habilitação dos herdeiros.

É o breve relatório.

Acesso ao Sumário

O recurso comporta parcial provimento.

Conquanto sob a égide do revogado Código Processual Civil de 1973, por força do art. 1.060, I, fosse admissível – nos autos da causa principal e independentemente de sentença – a habilitação dos herdeiros, o diploma em vigor modificou tal procedimento, por meio dos artigos 687/692, não mais prevendo a habilitação *independentemente de sentença.*

E, conforme bem leciona a recente doutrina acerca da habilitação feita nos autos da ação principal*: "**O CPC alterou substancialmente a disciplina da habilitação, em comparação com o que dispunha o CPC/1973 a respeito**. Via de regra, a habilitação era proposta de forma autônoma em relação ao pedido principal. As hipóteses elencadas no CPC/1973 1060 faziam com que pudesse ser dispensada a ação autônoma de habilitação. Porém, **na atual sistemática, a habilitação sempre será processada nos mesmos autos da causa principal. O processo é simplesmente suspenso, esteja em qual instância estiver, e a habilitação é processada nos mesmos autos, seja qual for a situação.** A intenção pode ter sido a de acelerar o trâmite do processo, mas as hipóteses do CPC/1973 1060 admitiam a habilitação independentemente de sentença, o que parecia ser mais consentâneo aos anseios de agilidade no andamento do processo. **A habilitação independentemente de sentença não foi acolhida pelo CPC**, mas o processamento da habilitação só terá maiores desdobramentos caso seja necessária prova diversa da documental (CPC691), o que é muito difícil verificar-se na prática. Sendo assim, a tendência é de que todos os pedidos de habilitação, e não apenas aqueles constantes do CPC/1973 1060, tramitem com rapidez."* (Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery; Comentários ao Código de Processo Civil; Editora Thomson Reuters Revista dos Tribunais; 2ª Tiragem; páginas 1510/1511)

Logo, **merece reforma a decisão agravada, a fim de que se proceda na forma do art. 689 e seguintes, do CPC/2015[1], porém, sem qualquer exigência de abertura de inventário** porque não existe previsão legal nesse sentido e também porque não há necessidade de dilação probatória diversa da documental, podendo o pedido ser decidido imediatamente, caso não haja impugnação.

Destarte, o pleito de deferimento de habilitação dos herdeiros deverá ser decidido pelo Magistrado *a quo*, não podendo ser nesta sede apreciado, sob pena de se configurar supressão de instância.

Diante do exposto, voto pelo ***parcial provimento do recurso.***

Acesso ao Sumário

1 *"A habilitação é processo acessório (Teixeira CPCA, 1055, p. 680) que deve ser julgado por sentença nos termos do CPC 691 e 692. **Enquanto se aguarda o trânsito em julgado da sentença, os autos do processo principal, onde a morte da parte se deu, permanecem suspensos** (CPC 313 e §§ 1º e 2º)." (Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery; Comentários ao Código de Processo Civil; Editora Thomson Reuters Revista dos Tribunais; 2ª Tiragem; páginas 1512).*

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 0000134- 97.2012.8.26.0554/50000, da Comarca de Santo André, em que são agravantes LUIS ALVARO COELHO, VICENTE DAVATZ JUNIOR, ANGELA REGINA NEVES PLADAR, ERINA APARECIDA RISSATE FERREIRA, FABIANO FONTOLAN, FRANCISCO ANDRADE NETO, JORGE APARECIDO QUIESSI, JOSENI DAS GRAÇAS PADRE, JULIO CESAR NASCIMENTO, ELIANA SIZENANDO CALADO (E OUTROS(AS)), LUIZ FERNANDO TOSCANO, PAULO DE CASTRO CERVANTES, REGIANE DOS REIS MARQUES REAL, ROSANA MARIA DE PAULA SABOIA, ROSE APARECIDA COSTA, ROSEMEIRE DA SILVA SANTOS e SUZANA MARA VICTORINO, é agravado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

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 17.040)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO GALIZIA (Presidente) e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 16 de outubro de 2016.

TERESA RAMOS MARQUES, Relatora

Ementa: AGRAVO INTERNO

Adicional de Insalubridade – Congelamento da base de cálculo – Súmula Vinculante nº 4 – Atualização – Salário mínimo – Impossibilidade:

– A declaração de inconstitucionalidade impede a fixação da base de cálculo e também a atualização do adicional com base na elevação do salário mínimo.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO

Dado provimento ao recurso de apelação para julgar improcedente a demanda (fls. 168/170), e negado provimento ao agravo interno (fls. 191/194).

Os autores interpuseram recurso extraordinário (fls. 177/217) alegando que o acórdão violou os arts. 37, *caput* e X, e 59 da CF, afrontando a Súmula Vinculante 4, bem como desconsiderou o RE 565.714. Em 2010, a Fazenda congelou o valor do adicional de insalubridade, desrespeitando a Lei Complementar nº 432/85, que estava em pleno vigor na data da propositura da demanda, e a referida Súmula Vinculante. Tal conduta violou o princípio da hierarquia das leis, bem como o da reserva legal e da moralidade administrativa. Com o advento da Lei Complementar nº 1.179/12, a demanda deve ser julgada procedente. Em virtude do decidido nas Reclamações 9.942 e 10.885, ambas de São Paulo, impossível o congelamento do valor do adicional de insalubridade.

Houve contrarrazões (fls. 223/225v).

O Presidente da Seção de Direito Público, considerando o julgamento do mérito do RE nº 565.714, Tema nº 25, STF, DJ de 08.08.2008, que resultou na Súmula Vinculante nº 4, no sentido de que não é possível a substituição do salário mínimo, seja como base de cálculo, seja como indexador, antes da edição de lei ou celebração de convenção coletiva que regule o adicional de insalubridade e, em cumprimento ao disposto no inc. II do art. 1030 do Código de Processo Civil de 1973, devolveu os presentes autos à Turma Julgadora para eventual adequação da fundamentação e/ou manutenção da decisão (fl. 245).

FUNDAMENTOS

1. O acórdão (fls. 191/194) negou provimento ao agravo interno dos autores nos seguintes termos:

"O presente agravo interno, em suma, não refuta os fundamentos da decisão agravada, a seguir repetidos e ora adotados.

'1. Os autores são servidores estaduais que tem o adicional de insalubridade calculado sobre dois salários mínimos, conforme a LC 432/85.

Diante da Súmula Vinculante 4, a Fazenda Estadual, por meio do Comunicado UCRH nº 04/10 publicado em janeiro de 2010, congelou o adicional de insalubridade no seu valor nominal até que nova lei disciplinando a matéria fosse promulgada.

Em virtude disso, os autores ajuizaram demanda requerendo o descongelamento dos seus benefícios para que fossem atualizados com base no salário mínimo, nos termos do art. 3º da Lei Complementar 432/85, até o estabelecimento de nova base de cálculo.

2. A Súmula Vinculante nº 4 dispõe que o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

Evidente, portanto, que, embora previsto na lei estadual, o salário mínimo não pode ser usado como base de cálculo nem como fator de atualização do adicional de insalubridade.

A partir da Súmula vinculante 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional passou a ter como base de cálculo o respectivo valor nominal, vigorante na data do trânsito em julgado do RE 565.714.

A relatora desse julgado, Ministra CARMEN LÚCIA, nele determinou que a atualização da verba se daria "na forma da legislação pertinente, até que seja editada lei fixando nova base de cálculo".

Certamente, a legislação pertinente ali indicada não era a Lei Complementar 432/85 que fixara a base de cálculo em salários mínimos, considerada inconstitucional. Se fosse, não teria sido necessário adotar o valor nominal, eliminando a indexação pelo salário mínimo.

A Ministra só pode ter se referido à legislação que norteava a correção monetária de vencimentos de servidores públicos no estado-membro.

3. E a questão acabou superada com a promulgação da Lei Complementar 1.179/12 que, por meio do seu art. 1º, alterou o art. 3º da Lei Complementar nº 432/85, determinando que o adicional de insalubridade "será reajustado, anualmente, no mês de março, com base no Índice de Preços ao Consumidor - IPC, apurado pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – FIPE".

Essa Lei entrou em vigor em 26.6.2012, retroagindo seus efeitos a 1.1.2010 (art. 3º da Lei Complementar 1.179/12) o que demonstra que há previsão legal específica para atualizar todo o período que se seguiu à eliminação do salário mínimo da base de cálculo.'"

2. Dessa forma, o acórdão já considerou o julgamento do RE 565.714 e a LC 1.179/12.

Além disso, os autores pleitearam o descongelamento do adicional, sem trazer o menor indício de que isso ainda não foi feito por parte da Fazenda, ou seja, não demonstraram eventual descumprimento da LC 1.179/12.

Ainda que se considere ter a mencionada LC entrado em vigor após o ajuizamento da demanda, tratando-se de fato posterior capaz de influir na decisão (art. 462 do CPC/73; art. 493 do NCPC), era perfeitamente cabível sua alegação durante o transcorrer do processo.

Era, portanto, caso de improcedência.

Destarte, pelo meu voto, mantenho o decidido.

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4005985-37.2013.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é apelante MARTA CRISTINA DA CONCEIÇÃO PEREIRA, é apelado 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 26.743)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS GANZERLA (Presidente), JARBAS GOMES e OSCILD DE LIMA JÚNIOR.

São Paulo, 5 de outubro de 2016.

LUIS GANZERLA, Relator

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO DE ALTERAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – Pleito de cirurgia para retirada da mama – Paciente portadora de "*outros transtornos não especificados da mama*" (CID N648), decorrente de identidade de gênero diversa da qual nasceu – Inviabilidade – Necessidade de tratamento multidisciplinar prévio, nos termos da Portaria nº 2.803/2013, do Ministério da Saúde – Pedido de retificação do registro civil para a mudança de prenome e gênero (sexo) – Competência da Vara da Família e Sucessões – Precedentes deste E. Tribunal – Sentença de improcedência mantida – Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

A demandante, **Marta Cristina da Conceição Pereira**, ajuizou ação dirigida a **Fazenda do Estado de São Paulo**, com intuito de obter a realização de cirurgia para retirada da mama, por possuir "*outros transtornos não especificados da mama*" (CID N648), decorrente de identidade de gênero diversa da qual nasceu, e não possuir disponibilidade financeira para custear o

procedimento. Pede, ainda, a retificação de seu registro civil para a alteração de prenome e gênero (sexo).

Alega ter aparência física de mulher, a contrapor sua personalidade masculina, de molde a causar-lhe transtornos psicológicos (fls. 01/13).

Sobreveio r. sentença de improcedência; quanto ao pleito de retificação do registro civil entendeu o C. Juízo de primeiro grau, ser a competência do Juízo da Vara de Família e não da Vara de Registros Públicos e não houve condenação nas verbas de sucumbência (fls. 50/53).

Inconformada, recorre a **vencida**, com intuito de inverter o decidido (fls. 55/63).

Contrariado o recurso, com pedido de condenação em honorários advocatícios, os autos foram remetidos a este E. Tribunal (fls. 68/73).

É o relatório, em acréscimo ao da r. sentença recorrida.

Inicialmente, não se conhece do pleiteado nas contrarrazões de apelação, pois o inconformismo das partes em relação ao resultado da sentença deve ser formalizado por meio de recurso autônomo, no prazo recursal, ou por recurso adesivo, no prazo para resposta, incabível à apelada deduzir pedido de reforma parcial do julgado em suas contrarrazões recursais.

A demandante possui "*outros transtornos não especificados da mama*" (CID N648) e pede a realização de cirurgia para sua retirada.

No presente caso, embora justifique a realização da cirurgia, para retirada da mama, no diagnóstico supracitado, fato é que, não há, nos autos, indicação de cirurgia por esse motivo e para esse fim; existe apenas o encaminhamento médico para tratamento psiquiátrico e psicológico, o qual indica, como motivo clínico: "*gostaria de retirar as mamas*" (fls. 19/20).

Portanto, revela-se uma opção da acionante, a qual, na realidade, busca processo transexualizador, com procedimento previsto no art. 14, da Portaria nº 2.803/2013, do Ministério da Saúde, nos seguintes termos:

Procedimento:	04.10.01.019-7 - Mastectomia simples bilateral em usuária sob processo transexualizador
Descrição:	Procedimento cirúrgico que consiste na ressecção de ambas as mamas com reposicionamento do complexo aréolo mamilar.
Sexo:	feminino
Idade Mínima:	21 Ano(s)
Idade Máxima:	75 Ano(s)
CID:	F64.0

Acesso ao Sumário

Serviço/Classificação:	153/002 - (Serviço de Atenção Especializada no Processo Transexualizador). Cirurgia e Acompanhamento pré e pós-operatório.
Habilitação:	30.01 - Unidade de Atenção Especializada no Processo Transexualizador 30.03 - Atenção Especializada no Processo Transexualizador realizando cirurgias e acompanhamento pré e pós - operatório.

A realização da cirurgia pleiteada requer a submissão da paciente a tratamento multidisciplinar prévio e pós-operatório, conforme art. 13 da Portaria nº 2.803/2013, o qual prevê o acompanhamento por diversos profissionais: médico ginecologista obstetra, médico cirurgião plástico, médico psiquiatra, médico endocrinologista, médico urologista, assistente social, dentre outros.

O transexualismo não é uma orientação sexual, como o homossexualismo e o bissexualismo, mas um transtorno de identidade de gênero catalogado pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

Não se olvida ter a acionante respaldo na Constituição Federal, a qual proclama o atendimento à saúde como um direito de todos e dever do Estado, cujo atendimento deve compreender, por força dessa norma, o fornecimento de tratamento adequado.

Os direitos fundamentais de liberdade, livre desenvolvimento da personalidade, privacidade, proteção à dignidade humana e saúde, do transexual devem ser respeitados; e, com base na defesa desses direitos, foi desenvolvido o acompanhamento multidisciplinar durante o processo transexualizador; por isso, mostra-se imprescindível a resignação da demandante ao tratamento multidisciplinar prévio, inviável a realização imediata da cirurgia conforme pleiteada, diante de sua potencial irreversibilidade.

Após tais providências é que se poderá avaliar a real necessidade da cirurgia almejada e, mesmo, a possibilidade do Estado arcar com tal responsabilidade e custo.

Quanto ao pedido de retificação de registro civil para a alteração de prenome e gênero (sexo), acertadamente posicionou-se o C. Juízo de primeiro grau, pois não se trata de alteração do registro em seu aspecto meramente formal, mas de alteração da identidade do indivíduo, matéria de estado, portanto, de competência das Varas da Família e Sucessões e, consequentemente, das Colendas Câmaras de Direito Privado; assim, determina o art. 37, inciso I, do Decreto-Lei Complementar nº 3/69:

Art. 37 - Aos Juízes das Varas da Família e Sucessões compete:

I - processar e julgar:

a) as ações relativas a estado (...).

Nesse sentido, já se posicionou inclusive a Câmara Especial deste E. Tribunal de Justiça:

> *"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de alteração de assento de registro público, procedimento voluntário – Vara Cível e Vara da Família e Sucessões – Demanda que se enquadra nos critérios que determinam a competência da Vara da Família e Sucessões, definida no artigo 37, inciso I, alínea "a", do Decreto-Lei Complementar nº 03/69, do Código Judiciário do Estado de São Paulo – Existência de discussão sobre o estado de pessoa – Competência da Vara da Família e Sucessões reconhecida. Conflito procedente – Competência do Juízo Suscitado."* (CC nº 0019798-25.2015.8.26.0000, rel. **DES. RICARDO ANAFE**, j. 24.07.2015)

Por final, registre-se, inviável a fixação de honorários recursais 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 é, assim, de **não provimento** do recurso interposto por **Marta Cristina da Conceição Pereira**, nos autos da ação dirigida a **Fazenda do Estado de São Paulo** (proc. n.º 4005985-37.2013.8.26.0482 – Ofício da Fazenda Pública de Presidente Prudente, SP) mantida a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0013537-75.2013.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante ELISETE PEREIRA DE JESUS NOVAIS, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE

Acesso ao Sumário

SANTOS.

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 32.963)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente), OSWALDO LUIZ PALU e CARLOS EDUARDO PACHI.

São Paulo, 16 de outubro de 2016.

COIMBRA SCHMIDT, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. Anotação relativa a suposta qualidade negativa de paciente inserida em prontuário médico ("grossa e sem educação"). Pretensão à condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais. Abalo moral não configurado, cabendo à autora adequada demonstração de sua ocorrência. Sentença mantida. Recurso improvido.

VOTO

Ao relatório da sentença acrescento que, julgada improcedente a ação, apela a vencida em busca de reversão de êxito.

Sustenta ser a anotação "grossa e sem educação", aposta em seu prontuário médico, qualificadora da lesão moral indenizável.

Contrarrazões a f. 80/2.

É o relatório.

É dever de todo e qualquer profissional, servidor público ou não, tratar com urbanidade aqueles com quem mantém contato. Essa regra de conduta, aliás, é de se esperar de todo e qualquer cidadão, a quem se impõe o dever de cordialidade em suas relações interpessoais.

E é essa a regra.

Bem por isso não deixa de causar espécie a anotação da qual se queixa a apelante.

E causa espécie não pelo seu conteúdo, autoexplicativo, mas ante a necessidade de apurar a razão de tal, já que documentos dessa natureza têm como conteúdo informações de interesse à evolução da situação clínica do paciente.

Em outras palavras, não é crível que alguém fosse inseri-la gratuitamente em documento dessa natureza, de modo a haver necessidade de se investigar a

causa da nota desabonadora.

Assim é que, dizendo-a impertinente, competia à dita ofendida indicar, com precisão, o que teria sucedido no atendimento que a gerou. Quanto a isso silenciam inicial, razões de apelação e o próprio caderno probatório. E isso porque, em casos que tais, a conduta da vítima é tão ou mais relevante que a do servidor que assim procede.

Mais: o servidor o fez por espírito de emulação ou como alerta a colegas, ante algum entrevero possivelmente ocorrido? Situação, diga-se, verossímil, ante o natural conflito entre o enfermo que busca atendimento imediato e o corpo clínico que há de lutar contra suas carências para prestar o melhor atendimento à multidão que o procura. E conflitos dessa natureza não são poucos; alguns alcançando soluções extremas, como dá conta o noticiário.

Mais: seria a anotação uma falácia? Quantos de nós já não nos irritamos, perdemos o controle e, depois, nos arrependemos?

Bem por isso extraio, de tais circunstâncias, a conclusão de que o sofrimento relatado, notadamente diante do desconhecimento dos motivos que levaram ao apontamento (que, evidentemente, devem ter sido fortes) não ascende à categoria dos indenizáveis, não passando de mero aborrecimento aos quais todos nos sujeitamos no dia-a-dia da vida.

Destaque-se, a propósito, o magistério de Carlos Roberto Gonçalves segundo a qual *o mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade no 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*.[1]

Nesse sentido, ainda, a orientação jurisprudencial do STJ: *O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige*.[2]

No caso, não se enquadrando a apontada lesão dentre aquelas presumidamente tidas por indenizáveis, haveria necessidade de exaustiva demonstração da materialidade do suposto abalo.

Deveras, o que se pode extrair, se tanto, é eventual ocorrência de situação de rispidez entre paciente e servidor, subjacente ao que se pode, muito bem, lobrigar a hipótese de pundonores excessivos.

Não caracterizado, pois, o ato ilícito da Administração, não exsurge o dever de indenizar.

Agregados os fundamentos da sentença, nego provimento ao recurso.

1 *Responsabilidade Civil*, 9ª ed. 2005.

2 REsp nº 606382/MS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 17.05.2004

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1047018-16.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ARTHUR DE FREITAS ZANELLI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª 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 5.626)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO DELBIANCO (Presidente sem voto), CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI e VERA ANGRISANI.

São Paulo, 17 de outubro de 2016.

CARLOS VIOLANTE, Relator

Ementa: Ação ordinária. Concurso público. Provimento do cargo de Soldado PM 2ª Classe. Candidato reprovado na fase de investigação social. Ato discricionário da Administração que não extrapolou os limites da legalidade. Inaptidão do candidato constatada através de procedimento investigatório de caráter sigiloso e confidencial. Relação de amizade, convivência, conivência ou exibição em público com indivíduo envolvido em prática delituosa, comportamento que atenta contra a organização, hierarquia e a disciplina em estabelecimento de ensino e inexatidão dos dados declarados pelo candidato, omissão de dados relevantes ou declaração de informações inverídicas. Condutas não admitidas expressamente previstas no edital do certame. Sentença de improcedência. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de lavra da eminente Magistrada **Dra. Cynthia Thomé**, que julgou improcedente a ação anulatória de

ato administrativo c.c. indenização por danos morais, pretendendo o recorrente a reforma do julgado, anulando-se o ato administrativo que o eliminou do concurso público para provimento do cargo de Soldado PM de 2ª Classe, além de condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais.

Em contrarrazões requer a apelada a manutenção da r. sentença.

As partes foram consultadas e não se opuseram ao julgamento virtual (fls. 173/175).

É o Relatório.

O autor participou do concurso público para admissão ao cargo de Soldado PM de 2ª Classe - Militar Estadual, edital nº DP-5/321/14, considerado inapto na fase de investigação social.

O art. 37, inciso I, da Constituição Federal prevê que os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

A Lei Complementar Estadual nº 697/92, prevê, em seu art. 2º, que ocupará o cargo de Soldado PM de 2ª Classe o candidato aprovado em concurso público de provas e títulos, regulamentada a norma pelo Decreto Estadual nº 41.113/96:

"Artigo 5.º - O ingresso na Policia Militar dar-se-i em caráter de estágio probatório, que se entende como o período de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias de efetivo exercício, durante o qual o estagiário. submetido a' curso de formação técnico-profissional, terá verificado o preenchimento dos seguintes requisitos:

I - conduta ilibada, na vida pública e na vida privada;

II - idoneidade;

III - aptidão:

IV - disciplina;

V - dedicação ao serviço;

VI - aproveitamento escolar;

VII - perfil psicológico compatível com o desempenho da função;

VIII - adequação física e mental.

§ 1.º - A apuração da conduta e da idoneidade de que tratam os incisos I e II deste artigo, que abrangerá também o tempo anterior a nomeação, será efetuada pelo órgão competente da Polícia Militar, em caráter sigiloso."

Verifica-se, portanto, que a etapa da investigação social dos concursos públicos para provimento do cargo de Soldado PM de 2ª Classe encontra amparo legal e, sendo o edital a lei interna do certame, não há óbice a que este determine, dentro de um padrão razoável e compatível com a função a ser desempenhada, os requisitos necessários à investidura no cargo público.

Acesso ao Sumário

Essa etapa tem como objetivo averiguar a vida pregressa e atual do candidato nos aspectos social, moral, profissional e escolar, impedindo que pessoa com perfil incompatível exerça a função policial militar, bem como ingresse na instituição.

O edital nº DP-5/321/14, Capítulo XII Da Investigação Social, prevê:

"5. A investigação social será realizada de tal forma que identifique condutas inadequadas e reprováveis do candidato, nos mais diversos aspectos da vida em sociedade, imprescindíveis ao exercício da profissão policial-militar, impedindo a aprovação, dentre outras hipótese possíveis, de:

[...]

5.10. que mantenha relação de amizade, convivência, conivência ou exibição em público com indivíduo envolvido em prática delituosa, sabidamente lançada à ambiência criminosa ou que possa induzir ao cometimento de crime;

[...]

5.18. possuidor de comportamento que atente contra a organização, hierarquia e a disciplina em estabelecimento de ensino;

[...]

5.29. inexatidão dos dados declarados pelo candidato, omissão de dados relevantes ou declaração de informações inverídicas."

A declaração de inaptidão do autor baseou-se no descumprimento dos itens acima transcritos, que tiverem como base os seguintes fatos, conforme informado pela ré (fls. 86/91):

"7.2. diante disso, foi realizada a pesquisa social e na rede social Facebook do Interessado, foram localizadas fotos em que ele aparece na companhia de Fábio, cuja foto de perfil é o personagem 'Coringa'. Cumpre informar que no meio criminal o personagem 'Coringa' indica que o indivíduo possui os crimes de roubo e envolvimento em morte de policiais, não está aqui a se afirmar que apenas pela foto do personagem 'Coringa' o indivíduo seja criminoso, mas se propõe aqui a estabelecer o nexo de causalidade e correspondência com essa afirmação;

7.3. na referida rede social o Interessado postou foto com seu outro amigo, Renan, que foi preso na data de 16ABR15, pelo crime de Tráfico de Entorpecentes, conforme consta no Boletim de Ocorrência nº 3.306/15, do 14º Distrito Policial. Importa citar a declaração do Interessado em rede social:

'Caraio parcerão maul desacerto em liberdade vai canta logo mais i vc vem pro mundão com nois de novo deus te guarde e te proteja tamu junto afiado' (sic) (g.n), o Interessado lamenta a prisão do amigo que foi preso por ter cometido o crime de Tráfico de Drogas;

7.4. ainda na página social o Interessado postou uma foto em que

Acesso ao Sumário

ele conduz uma moto sem usar capacete. Oportuno citar que o descumprimento de leis e regras de trânsito está previsto no edital do concurso como conduta inadequada e é também uma das funções exercida pelos policiais militares;

[...]

8.1. a pesquisa realizada, teve o condão de averiguar a vida pregressa e atual do candidato, e constatou que sua conduta e comportamento se distanciam do que se busca para um Policial Militar, pois foi identificado que o Interessado apresentou comportamento indisciplinado quando estudou na Escola Estadual Conselheiro Ruy Barbosa, sito à Rua Professor Antônio Castellar de Franceschi, nº 200, Horto Florestal, São Paulo/SP, no período de 01/01/2013 a 31/12/2013;

8.2. nessa escola o Interessado apresentou comportamento indisciplinado, respondia os professores de modo inadequado, brincava excessivamente, não levava nada a sério, e não apresentou rendimento escolar. Era conhecido por alguns alunos e professores como 'doido' e 'louco'. Diante desse comportamento o Interessado foi advertido diversas vezes, e devido à quantidade de advertências, ele foi suspenso três vezes. A Diretora informou que se houvesse uma quarta suspensão, ele seria expulso da Escola. Foi solicitado o comparecimento dos pais do interessado, e na última suspensão sua genitora foi informada que teria que transferir o Interessado de forma irrevogável à bem da disciplina escolar;

[...]

9. o Interessado OMITIU na questão 51 as punições sofridas na Escola Estadual Conselheiro Ruy Barbosa, e não haveria como esquecer, pois sua genitora foi chamada para realizar a transferência dele de escola para o bem da disciplina escolar, e ele, o Interessado já tinha 17 anos. Os fatos revelados na pesquisa social denotam o dever de a Administração do Concurso adotar, ainda com mais rigor, uma melhor avaliação quanto ao parecer a ser emitido sobre o ingresso do Autor na Instituição, sendo proferida, ao final da análise do caso, a emissão de parecer DESFAVORÁVEL ao seu ingresso na Polícia Militar."

Embora não se possa imputar ao autor as condutas de seus amigos, as situações descritas revelam a convivência do candidato com pessoas ligadas a práticas delituosas.

O comportamento inadequado do candidato na escola e a omissão de dados no formulário de investigação social também foram considerados pela ré na fundamentação da declaração de inaptidão do autor ao cargo almejado.

As situações fáticas que levaram à eliminação do autor do concurso público são descritas no edital do certame como incompatíveis com o cargo pretendido, previsão justificável diante da relevância das atribuições do cargo, de zelar pela segurança pública, em proteção à sociedade.

Acesso ao Sumário

Por ser incumbência do Administrador definir discricionariamente, de acordo com o interesse público o candidato possuidor de conduta ilibada na vida pública e privada e de elaboração dos requisitos do edital para preenchimento do cargo, não se vislumbra qualquer ilegalidade ou afronta aos princípios da razoabilidade ou discricionariedade.

Confiram-se julgados acerca do tema:

Apelação. Ação anulatória. Ato administrativo. Concurso público. Polícia Militar. Investigação social. Reprovação. Pretensão inicial voltada ao reconhecimento de suposto direito do autor a ser reintegrado em certame oficial de que participava, direcionado ao preenchimento de vagas em cargo de provimento efetivo de Policial Militar. Exclusão do candidato, durante a fase de investigação social, pela constatação de ambiência criminosa, comportamento agressivo e pelo comportamento desabonador no trabalho. Perfil incompatível em relação aos valores deontológicos da corporação. Elementos de informação coligidos aos autos que ratificam a legalidade do ato da Administração. Sentença de improcedência da demanda mantida. Recurso do autor desprovido (TJSP – 4ª C. Dir. Público – Ap 1020052-16.2015.8.26.0053 – Rel. Paulo Barcellos Gatti j. 28.04.2016).

Apelação. Ação ordinária. Concurso público de ingresso de Policial Militar de 2ª Classe. Investigação social desfavorável. Convivência em núcleo de possível ambientação criminosa e inadimplência em compromissos financeiros. Admissibilidade. Teratologia inexistente. Lastro no Edital do certame. Poder discricionário de recusa de candidatos sem o perfil necessário à atividade policial militar. Revisão de avaliação e resultado pelo Poder Judiciário inadmissível. Sentença que julgou improcedente a demanda mantida. Recurso não provido. Admissível o desligamento de candidato do certame, em razão de investigação social desfavorável, apurada em processo administrativo, cuja avaliação de perfil revelou-se incompatível à atividade policial (TJSP – 1ª C. Dir. Público – Ap 1017666-13.2015.8.26.0053 – Rel. Vicente de Abreu Amadei – j. 08.03.2016).

Apelação cível. Ação anulatória de ato administrativo. Concurso público para o cargo de Soldado PM 2ª Classe. Reprovação na fase de investigação social, sob o fundamento de ambiência criminosa e omissão de informações no preenchimento do formulário de investigação social. Condutas que ensejam a eliminação de candidato do concurso público. Precedentes desta C. 9ª Câmara de Direito Público e do E. Superior Tribunal de Justiça. Inexistência de direito liquido e certo a amparar a concessão da ordem. Sentença mantida. Recurso não provido (TJSP – 9ª C. Dir. Público – Ap 1003164-15.2015.8.26.0071 – Rel. Rebouças de Carvalho – j. 09.12.2015).

Ação sob o rito ordinário. Concurso público. Provimento de cargo de soldado da Polícia Militar. Candidato reprovado na fase de procedimento investigatório. Legalidade. Fase expressamente prevista no Edital e de

Acesso ao Sumário

caráter eliminatório. Ato discricionário da administração, lastreado em condutas desabonadoras que contrariam a nomeação do autor para o exercício da função policial. Ação julgada improcedente. Sentença mantida. Recurso conhecido e não provido (TJSP – 2ª C. Dir. Público – Ap 1000774-29.2015.8.26.0053 – Rel. Vera Angrisani – j. 04.09.2015).

Concurso público. Candidato ao cargo de agente de segurança penitenciária. Inaptidão na fase de investigação social. Hipóteses de desclassificação do apelante previstas no edital. Legalidade da desclassificação. Recurso desprovido (TJSP – 11ª C. Dir. Público – Ap 1007090-58.2014.8.26.0032 – Rel. Oscild de Lima Júnior – j. 28.07.2015).

Mandado de Segurança. Concurso público. Policial militar. Reprovação na fase de investigação social. Decisão devidamente fundamentada, suficiente a demonstrar a incompatibilidade com o exercício da função pretendida. Somatório de condutas incompatíveis com a função de policial militar. Precedentes. Recurso improvido. (TJSP – 2ª C. Dir. Público – Ap 0040902-84.2010.8.26.0053 – Rel. Claudio Augusto Pedrassi – j. 07.08.2012).

Concurso Público. Policial Militar. Reprovação na fase de investigação social. Sentença improcedente. Observância aos princípios constitucionais. Legalidade da eliminação. Atuação nos termos do edital. Recurso desprovido (TJSP – 2ª C. Dir. Público – Ap 0015756-41.2010.8.26.0053 – Rel. Samuel Junior – j. 31.05.2011).

Assim, não existindo qualquer vício ou ilegalidade nos critérios apontados pela Administração para fins de apuração da fase de investigação social, constante de edital para provimento de concurso público para ingresso na carreira de policial militar, e tendo o autor apresentado conduta social incompatível com o desempenho da função, de rigor a improcedência da ação.

Para fins de acesso às Instâncias Superiores, considero prequestionada toda a matéria debatida, relativa à Constituição e à Lei Federal, desnecessária a menção específica a cada um dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais invocados e pertinentes aos temas em discussão.

Ante o exposto, pelo meu voto, NEGO PROVIMENTO ao recurso, mantendo, na íntegra, a r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3006086-45.2013.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante/apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados/apelantes W2G2 S/A, REDE NACIONAL DE DROGARIAS S/A e S&C DROGARIA LTDA.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos de W2G S/A, REDE NACIONAL DE DROGARIAS S/A e S&C DROGARIA LTDA, provido o da Fazenda do Estado, v.u. Sustentou oralmente o advogado Rangel Fiorin", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.448)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), SOUZA MEIRELLES e FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA.

São Paulo, 26 de outubro de 2016.

BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Medida cautelar fiscal. Exegese da Lei Federal 8.397/92. Presença dos requisitos: não pagamento de tributos no prazo legal (aliás, excedidos à larga), débitos que ultrapassam 30% do patrimônio conhecido e circunstâncias a embaciar a satisfação do crédito. Sentença mantida. Recursos de coapelantes W2G S/A, REDE NACIONAL DE DROGARIAS S/A e S&C DROGARIA LTDA desprovidos.

Medida cautelar fiscal. Exegese da Lei Federal 8.397/92. Indisponibilidade de bens também dos corréus sócios/ diretores das coapelantes. Sentença reformada. Recurso da Fazenda do Estado provido.

Recursos de W2G S/A, REDE NACIONAL DE DROGARIAS S/A e S&C DROGARIA LTDA desprovidos, provido o da Fazenda do Estado.

VOTO

O ESTADO DE SÃO PAULO ajuizou Ação Cautelar Fiscal, com pedido liminar, contra W2G2 S/A, REDE NACIONAL DE DROGARIAS S/A, S&C DROGARIA LTDA, WALTER GERAIGIERE e WALDYR GERAIGIRE, em busca de indisponibilidade dos bens dos réus, com fulcro no art. 2º, V, 'a', VI e IX da lei federal 8.397/92[1].

Acesso ao Sumário

1 Art. 2º A medida cautelar fiscal poderá ser requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, quando o devedor:

V - notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento do crédito fiscal:

a) deixa de pagá-lo no prazo legal, salvo se suspensa sua exigibilidade;

VI - possui débitos, inscritos ou não em Dívida Ativa, que somados ultrapassem trinta por cento do seu patrimônio conhecido;

IX - pratica outros atos que dificultem ou impeçam a satisfação do crédito

Sentença de procedência em relação à W2G S/A, REDE NACIONAL DE DROGARIAS S/A e S&C DROGARIA LTDA, e de improcedência em relação a WALTER GERAIGIRE e WALDYR GERAIGIRE (fls. 3.406/3.427):

Inconformadas, recorrem as partes. A Fazenda do Estado pela total procedência dos pedidos (fls. 3.489/3.498). A W2G S/A e a REDE NACIONAL DE DROGARIAS S/A (fls. 3.533/3.568) e a S&C DROGARIA LTDA (fls. 3.694/3.703) pela inversão do resultado.

Recursos bem processados.

É o relatório.

O ESTADO DE SÃO PAULO ajuizou Ação Cautelar Fiscal, com pedido liminar, contra W2G2 S/A, REDE NACIONAL DE DROGARIAS S/A, S&C DROGARIA LTDA, WALTER GERAIGIERE e WALDYR GERAIGIRE, em busca de indisponibilidade dos bens dos réus, com fulcro no art. 2º, V, 'a', VI e IX da lei federal 8.397/92.

Liminar deferida (fls. 1.112), mantida a decisão em acórdãos proferidos em agravos de instrumento sob minha relatoria (fls. 3.428/3.434 e 3.435/3.440).

Sentença de procedência em relação à W2G S/A, REDE NACIONAL DE DROGARIAS S/A e S&C DROGARIA LTDA, e de improcedência em relação a WALTER GERAIGIRE e WALDYR GERAIGIRE (fls. 3.406/3.427):

Assim e em harmonia com o exposto, julgo:

a) Procedente o pedido cautelar em relação às sociedades empresárias de modo a ratificar a medida cautelar de indisponibilidade sobre os bens do acervo patrimonial das requeridas W2G2 S/A, REDE NACIONAL DE DROGARIAS S/A e S&C DROGARIA LTDA, a projetar-se inclusive aos créditos representados por precatório judicial de existência comprovada nos autos. O cartório encarregar-se de fazer comunicar a ordem de indisponibilidade com urgência à DEPRE e ao juízo das respectivas execuções contra a fazenda pública.

À força da sucumbência, inflijo às requeridas o custeio de três quintos (3/5) das despesas processuais, bem como o pagamento de honorária advocatícia que arbitro em R$ 5.000,00 para cada uma das litisconsortes.

b) Improcedente o pedido cautelar em relação às pessoas naturais de WALTER GERAIGIRE e WALDYR GERAIGIRE. Tão logo comunicada a indisponibilidade ao DEPRE e ao juízo das execuções, na forma da parte final da alínea anterior, expeça- se o necessário ao levantamento da medida cautelar sobre os bens particulares dos requeridos.

Pela sucumbência, inflijo à requerente o reembolso das despesas processuais e o pagamento de honorária advocatícia em favor do advogado dos requeridos arbitrada em R$ 10.000,00.

Certifique-se o desfecho da presente ação cautelar nos autos de todos os

Acesso ao Sumário

executivos fiscais em trânsito nesta 2ª Vara da Fazenda Pública, oficiando-se para ciência aos juízos que acolhem as demais execuções.

P.R.I.

Inconformadas, recorrem as partes.

Recursos de W2G S/A E REDE NACIONAL DE DROGARIAS S/A e S&C DROGARIA LTDA

A W2G S/A e a REDE NACIONAL DE DROGARIAS S/A (fls. 3.533/3.568) sustentam, por primeiro, a ocorrência de mera *reestruturação societária* delas em 2007, e não expediente para furtarem-se ao adimplemento tempestivo de obrigações tributárias, mas o contrário, assegurá-los.

Asseveram, também, estar todo o passivo tributário em liça abarcado em programa de parcelamento ao qual aderiram antes do ajuizamento da ação, pontualmente quitado, causa de suspensão de exigibilidade de crédito tributário; terem a titularidade de mais de R$22.609,733,00, representativo de créditos oriundos de precatórios vencidos e não pagos pela Fazenda do Estado de São Paulo, valor aproximado ao montante dos débitos pendentes; haver penhora de percentual de recebíveis de cartão de crédito no valor de R$3.000.000,00 mensais bloqueados, mantidos em conta judicial mais de R$2.000.000,00, convertidos em renda gradualmente, a repercutir em decréscimo de dívidas.

Fatos e circunstâncias, em suma, indicativos da inexistência de risco de insolvência das apelantes.

Além, pontuaram a necessidade de observância do Recurso Especial 1.377.507, julgado sob a sistemática de Recursos Repetitivos, a existência de patrimônio suficiente à quitação de todos os débitos, quitados paulatinamente a partir de 2007, tal qual reconhecido na r. sentença, a concordância da Fazenda, ante a regularidade dos parcelamentos, com a suspensão do andamento de todos os executivos fiscais nos quais figuram como executadas, sendo alguma delas extintas por pagamento.

Ademais, acrescentaram não serem mesmas coisas patrimônio conhecido, requisito do art. 2º, VI da lei federal 8.397/92 (*art. 2º quando o devedor... VI. possui débitos, inscritos ou não em Dívida Ativa, que somados ultrapassem trinta por cento do seu patrimônio conhecido*), e capital social, como descrito na petição inicial.

Em verdade, possuem patrimônio líquido no total de aproximados R$25.069.116,17, considerados os precatórios adquiridos, suficientes à garantia cabal do débito de R$28.684.479,39 com o Fisco paulista.

Ainda, aduziram não terem sido configurados prática de outros atos que dificultem ou impeçam a satisfação do crédito, requisito do art. 2º, IX da lei federal 8.397/92, e, sim, comprometimento das apelantes na quitação, ano após ano, dos débitos pendentes com o Fisco, com a paulatina redução global do

Acesso ao Sumário

passivo tributário, outro fator a demonstrar a inexistência de risco de insolvência e, por conseguinte, frustração de pagamentos de débitos tributários, presentes e futuros.

Renovaram ter sido a "reestruturação societária" delas benéfica, porque viabilizados os parcelamentos de todo o passivo tributário, não haver indício mínimo de fraude com fechamento, abertura de filiais e venda de pontos comerciais delas, não prejudiciais ao que interessa, a satisfação das dívidas, sem prejuízo e risco ao Fisco paulista.

Fatos e circunstâncias, em seu entender, indicativos da inexistência de comprovação de requisitos **fumus boni juris et periculum in mora** em todos os fundamentos legais invocados pela Fazenda do Estado com lastro na lei federal 8.397/92, tendente ao deferimento das medidas cautelares visadas na petição inicial.

Em arremate, subsidiariamente requereram a não extensão da ordem aos precatórios das apelantes a indisponibilidade de bens definida na r. sentença.

Já a S&C Drogaria LTDA. (fls. 3.694/3.703) defendeu não ter o Fisco se desincumbido de provar sucessão empresarial dela em relação às coapelantes, a justificar a corresponsabilidade pelos débitos tributários em liça, como descrito no art. 133 do Código Tributário Nacional.

No mais, à semelhança das coapelantes, alegou o não esgotamento de diligências para localização de bens do devedor, fator impediente à almejada indisponibilidade de bens, como definido no Recurso Especial 1.377.507, julgado sob a sistemática dos Recursos Repetitivos.

Passo à análise dos recursos de W2G S/A e REDE NACIONAL DE DROGARIAS S/A e S&C DROGARIA LTDA.

Antes do mais, arredo a aplicação da tese fixada no Recurso Especial 1.377.507, porque relativa a casos de indisponibilidade de bens e direitos de devedor tributário com base no art. 185-A do Código Tributário Nacional[2], situação diversa deste caso, que versa sobre indisponibilidade de bens com lastro em dispositivos da lei federal 8.397/92.

Isso observado, com a devida vênia, entendo não terem os réus se desincumbido de desconstituir, por meio de prova de direito admitido, os requisitos **fumus boni juris et periculum in mora**, para a providência cautelar visada, entrevistos em r. decisão concessiva de liminar (fls. 1.112), mantida no acórdão proferido no agravo de instrumento n. 2013079-61.2013.8.26.000, sob minha relatoria, cujas razões de decidir ficam adotados, aqui, para forrar este

2 Eis o trecho inicial da ementa: *TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N. 8/2008. EXECUÇÃO FISCAL. ART. 185-A DO CTN. INDISPONIBILIDADE DE BENS E DIREITOS DO DEVEDOR. ANÁLISE RAZOÁVEL DO ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS PARA LOCALIZAÇÃO DE BENS DO DEVEDOR. NECESSIDADE. (...)* Fonte: (endereço eletrônico constante do texto original)

Acesso ao Sumário

julgamento:

O Estado de São Paulo ajuizou Ação Cautelar Fiscal, com pedido de liminar de indisponibilidade de bens, contra W2G2 S/A, Rede Nacional de Drogarias S/A, Walter Geraigire e Waldyr Geraigire, ora agravantes, e S&C DROGARIA LTDA., porque *não houve recolhimento dos créditos no prazo legal, e os débitos registrados ultrapassam a margem de trinta por cento do capital social,* além de verificadas *diversas alterações contratuais, venda e aquisição de pontos comerciais transferência de ativo imobilizado e estoque, com firme propósito de impedir ou dificultar a satisfação dos créditos fazendários.*

Refere existência de *indícios convincentes de ter havido sucessão empresarial*, e de *evidente excesso de poderes e infração da lei* por parte de Walter e Waldyr, representantes das co-requeridas, W2G2 e Rede Nacional, impositiva da responsabilização pessoal deles.

Ao apreciar o pedido, o D. Juiz decidiu: *1- Em juízo de cognição sumária, a documentação acostada à inicial é demonstrativa da plausibilidade do direito invocado, tendo em vista o montante do débito fiscal das empresas requeridas frente ao valor do capital social das referidas empresas. Há prova literal da constituição do crédito fiscal e os documentos também são indicativos da transferência de ativos e sucessão empresarial, permitindo o exercício da mesma atividade comercial em nome de outras empresas sobre as quais não incide o passivo tributário. 2-Os autos fornecem indícios de que o quadro de composição societária das empresas, com a coincidência de sócios, foi montado em ordem a impedir a atuação do Fisco, porquanto a cobrança de débitos tributários se manteve voltada contra empresa que se encontra em processo de recuperação judicial em trâmite pela 1ª Vara Cível desta comarca. 3-Destarte, presentes os requisitos legais (art. 3º da Lei 8.397/92) defiro a liminar pleiteada para o fim de determinar a indisponibilidade dos bens dos requeridos até o limite da satisfação da obrigação fiscal* (fls. 1855), contra o que vem a insurgência recursal.

Respeitado o alentado esforço recursal, o certo é que os argumentos e fundamentos trazidos pelos agravantes não abalaram os termos postos pela agravada e, mais, não são suficientes para, neste passo procedimental, alterar o teor da decisão recorrida.

Assim é que, com a petição inicial da ação de que este recurso deriva veio amparada em farta e forte documentação, a autorizar, neste passo procedimental, repito, o quanto se deferiu no I. Juízo de origem.

Aliás, na interposição recursal os agravantes já referem sua precária situação financeira, que qualificam como frágil. Ao longo do

Acesso ao Sumário

alentado arrazoado, não deixaram indicativos concretos (concretos!) de haver saúde econômica para fazer frente ao enorme passivo tributário que ostentam, mesmo à vista de Recuperação Judicial por que passam e de estarem em Programa Especial de Parcelamento – PEP-.

Nem há juridicidade sobre o papel social desempenhado pelas empresas, ou mesmo por seus sócios, que não tem relevância para saldar tributos, tampouco é razoável denunciar a conhecida carga tributária a pesar em todos os brasileiros, não só nos agravantes, além de não haver indicativo sobre terem sido honrados compromissos outros, como os de cunho trabalhista, tudo em prejuízo de poderem honrar a dívida (assombrosa) com o Fisco Estadual.

Por outra, as provas já trazidas pela agravada são contundentes a revelar transferências de patrimônio comprometedoras mesmo de lastro pelos agravantes para fazer frente àquela dívida.

Ante os termos da petição inicial da ação cautelar fiscal e à vista dos incontáveis documentos que a orientam, soa como verdadeiro eufemismo terem os agravantes promovido *uma série de reestruturações societárias e administrativas com finalidade de reverter o panorama financeiro instaurado, objetivando reduzir custos e aumentar sua lucratividade*, pois, com a devida vênia, não veio indicativo algum, pela rama que fosse, sobre ocorrer *gradual regressão de seu passivo fiscal contraído no período de crise.*

Com a devida vênia, o quadro trazido na referida cautelar mostra, desde logo, o recrudescimento desse passivo fiscal, motivo de estar bem fixado o polo passivo quanto à participação dos agravantes Walter Geraigire e Waldyr Geraigire, autorizada expressamente no art. 4º, § 1º da Lei 8.397/92:

Na hipótese de pessoa jurídica, a indisponibilidade recairá somente sobre os bens do ativo permanente, podendo, ainda, ser estendida aos bens do acionista controlador e aos dos que em razão do contrato social ou estatuto tenham poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais, ao tempo:

a) do fato gerador, nos casos de lançamento de ofício;

b) do inadimplemento da obrigação fiscal, nos demais casos.

Para autorizar a ação, e concessão da medida cautelar fiscal, como está no art. 3º da referida lei, é essencial que se apresentem, desde logo, *prova literal da constituição do crédito fiscal e prova documental de algum dos casos mencionados no artigo antecedente.*

Com a devida vênia, não se pode acoimar os documentos vindos na medida cautelar como voltados apenas para formar falsa imagem dos

Acesso ao Sumário

agravantes, pois já mostram exatamente o indicativo das situações acima postas como essenciais para o ajuizamento.

Estão bem assentados os três indicativos para a referida cautelar, por indicação documental precisa acerca de não pagamento de tributos no prazo legal (aliás, excedidos à larga), com débitos que ultrapassam 30% do capital social e circunstâncias a embaciar a satisfação do crédito, como já referido acima sobre eufemismo.

Nem há indicação precisa sobre suspensão da exigibilidade dos valores por adesão a programa de parcelamento, assertiva também sem fomento ante a documentação e demonstrativos trazidos pelo Fisco.

É o quanto cabe analisar nos limites impostos para a situação processual, pois, ante o quanto se trouxe de documentos, e são milhares, ante o quanto se expendeu na petição inicial da cautelar e também ante os argumentos e fundamentos recursais, seria temeridade ir além, sob pena até de se ultrapassar o primeiro grau de jurisdição e, eventualmente, precipitar algum juízo de valor, situação aqui descabida, pois apenas é momento de se analisar sobre **fumus boni juris et periculum in mora**.

Então, não se vai além do quanto exposto, e fundamentado, pois estão presentes as situações legais para início da ação cautelar, já com o desdobramento de indisponibilidade de bens, pois sem ela o provimento judicial, por óbvio, se esvazia por completo.

Bem deferida, pois, a providência objurgada, pois mesmo à luz da Lei 8.397/92, a atividade jurisdicional cautelar presta-se a assegurar a garantia e a eficácia do desenvolvimento e do resultado das atividades de cognição e ou execução.

Periculum in mora, sabe-se, identifica-se com o fundado receio de que o provimento tardio traga dano grave, de difícil reparação, e, aqui, demora vem em desfavor da agravada, não dos agravantes, que não se habilitam em garantir, com atitudes concretas, o débito fiscal, enquanto o **fumus boni juris** identifica-se não apenas como pertinência e cabimento da ação cautelar, mas sim do que dela decorrerá, garantia para as execuções fiscais em curso, noticiadas a fls. 808/812, e para débitos já inscritos na dívida ativa (fls. 813/921), a afastar possível ação temerária da agravada ao intentar a ação para acautelamento do erário.

Ante o exposto, mantenho a r. decisão recorrida porque os argumentos dos recorrentes não me convenceram de desacerto nela.

Como se vê, verifiquei – e verifico ainda – a existência dos pressupostos da medida cautelar, descritos nos artigos 3º (prova literal da constituição do crédito fiscal e prova documental de algum dos casos mencionados no artigo antecedente) e 2º, VI (*débitos, inscritos ou não em Dívida Ativa, que somados*

Acesso ao Sumário

ultrapassem trinta por cento do seu patrimônio conhecido), e 2º, IX (*pratica outros atos que dificultem ou impeçam a satisfação do crédito*) da lei federal 8.397/92.

Mas antes de passar ao mérito, convém iniciar essa análise com a situação da S&C.

De fato, restou provado nos autos que a S&C adquiriu estabelecimento comercial e adquiriu ativo imobilizado da W2G e da REDE NACIONAL DE DROGARIAS (fls. 296/1.110), além do que permaneceu a explorar o mesmo objeto social, a autorizar a aplicação do art. 133 do Código Tributário Nacional[3], mantida no polo passivo desta ação.

Isso realçado, consoante se depreende da petição inicial, as coapelantes ostentam os seguintes passivos tributários, inscritos em dívida ativa:

a) W2G - R$29.619.799,00 (fls. 58);

b) REDE NACIONAL DE DROGARIAS- R$4.770.588,00 (fls. 59);

c) S&C DROGARIA LTDA - R$590.522,58 (fls. 60).

Um débito aproximado total de R$35.000.000,00.

Já os respectivos capitais sociais, patrimônio conhecido delas, são:

a) W2G - R$ 315.000,00 (fls. 170);

b) REDE NACIONAL DE DROGARIAS- R$100.000,00 (fls. 222);

c) S&C DROGARIA LTDA - R$10.000,00 (fls. 274).

Correspondentes, por mero cálculo aritmético, a valores sobranceiramente superiores ao requisito 30% do *patrimônio conhecido*, disposto no art. 2º, VI da lei federal 8.397/92.

No ponto, defendem as coapelantes W2G S/A e a REDE NACIONAL DE DROGARIAS S/A, terem patrimônio de R$25.069.116,17, considerados os direitos de créditos relacionados a precatórios adquiridos (fls. 1.283/1.529), suficientes à garantia cabal do débito de R$28.684.479,39 com o Fisco paulista (fls. 3.550).

Entretanto, como elas mesmas esclarecem posteriormente, tais créditos não foram aceitos como instrumento para compensação de seus passivos tributários (fls. 3.550).

Ou seja, em nada aproveitam à satisfação plena, tampouco expectativa, do passivo tributário sob análise, consoante expresso nos apelos, de aproximados R$28.684.479,39.

Aqui, vale uma observação. Com essas considerações, por evidente, não

3 Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato.

afirmo nem propendo afirmar não ser possível considerar parte do patrimônio da apelante os R$25.069.116,17, oriundos dos ditos créditos de precatórios, sujeitos a condição suspensiva- pagamento dos precatórios.

Ad argumentandum, talvez melhor seria ligá-los à concepção jurídico-tributária *disponibilidade jurídica* de renda[4], vale dizer, direitos creditícios já componentes do patrimônio, mas sem disponibilidade imediata pelas coapelantes.

Do que decorre, **ipso facto**, a inviabilidade de admiti-los como patrimônio das coapelantes com *disponibilidade econômica* imediata, tornando-se igualmente inviável arredar o propalado risco de não quitação do passivo tributário no cogitado cenário.

Nesse particular, calha realçar a juntada aos autos de informes deste E. Tribunal de Justiça sobre pagamentos esporádicos de precatórios às coapelantes. Como sói acontecer, "a conta gotas", sem discriminação pormenorizada de valores, nem expectativa de recebimentos (3.329/3.332).

Além, instadas a comprovar as respectivas habilitações nos processos que originaram os créditos em tela (fls. 1.943/1.944), as coapelantes trouxeram aos autos cópias de extratos processuais e petições de pedidos de habilitações (fls. 1.951/2.675), o que não comprova as verberadas cessões de créditos em prol delas.

Essa situação, no mais, não restou modificada pelos parcos informes do DEPRE sobre os ditos precatórios cedidos a elas (fls. 3.116/3.118; 3.121 e 3.317/3.319; 3.329/3.332), tampouco planilha produzida unilateralmente pelas coapelantes (fls. 3.127/3.128), que não certificam nem atestam as referidas cessões creditícias, tampouco os respectivos valores.

Nessa ordem de ideias, não há, nem pela rama, a menor perspectiva de liquidez desses precatórios, fator, por hipótese, indiciário de inexistência de risco de não quitação do passivo tributário das coapelantes, estimados, em setembro/2014 (cerca de ano após ajuizamento da ação e ano antes à sentença), em consideráveis R$27.122.477,20 (W2G – fls. 2.640), R$4.472.245,84 (Rede Nacional – fls. 2.787), R$526.529,27 (S&C – fls. 2.815), encerrados apenas treze executivos judiciais por pagamento (fls. 2.688), subsistentes cinquenta e dois, a maior parte deles, não garantidos (fls. 2.682/2.688).

Admitidas tais premissas, os R$25.069.116,17, representativos de precatórios adquiridos pelos coapelantes, não poderão, nem por hipótese, servir à quitação, por compensação – forma indireta de pagamento –, ou garantia de quitação dos R$28.684.479,39 (atualizados R$32.121.252,31 para setembro/2014 = R$27.122.477,20 + R$4.472.245,84 + R$526.529,27).

Por esse viés, concluo pela impossibilidade de reputá-los, teleologicamente,

Acesso ao Sumário

4 HARADA, Kiyoshi. Direito financeiro e tributário. São Paulo: Atlas, 2016, p. 441/442.

para os fins da exegese da expressão *patrimônio conhecido*, prevista no art. 2º, VI da lei federal 8.397/92.

Ainda sob vênia, vislumbro o mesmo em relação à propalada penhora de recebíveis de cartão de crédito no valor de R$3.000.000,00 mensais das coapelantes.

Deveras, se essa alegação fosse verdadeira, superados mais de trinta e seis meses desde o ajuizamento da ação, ocorrido em 02.08.13, o passivo tributário estimado das apelantes de R$28.684.479,39 já estaria quitado há muito (R$3.000.000,00 x 36= R$108.000.000,00).

E o caso seria, então, de extinção dos executivos fiscais por pagamento, e não prosseguimento desta ação cautelar tendente a garanti-lo, com dezenas de argumentos de mérito deduzidos nos apelos em busca da reforma do julgado.

No tocante à alegação das coapelantes de exigibilidade suspensa dos créditos tributários em testilha em razão de parcelamento, melhor sorte não as assistem.

De fato, a lei 8.397/92 não veda o ajuizamento de medida cautelar nos cogitados termos. Ao revés, em regra (art. 1º), preceitua tão só a necessidade de *constituição do crédito* – e não constituição e exigibilidade –, motivo por que cabível e justificável a ação cautelar, com caráter assecuratório de direito, tal qual intentada.

Nesses termos, preservado o esforço recursal, entendo caracterizada situação descrita no art. 2º, VI da lei federal 8.397/92, suficiente ao acolhimento da medida cautelar visada, demonstrando-se desnecessário alongar-se nas demais impugnações das coapelantes, que ficam prejudicadas.

Recurso da Fazenda do Estado

Finalmente, examina a busca recursal da Fazenda do Estado (fls. 3.489/3.498). Pretende a indisponibilidade de bens também dos corréus Walter Geraigire e Waldyr Geraigire.

Concessa vênia, os quadros societários atuais/diretores das empresas rés, com múltiplas alterações, convergem, em regra, para controle pelos corréus Walter Geraigire e Waldyr Geraigire:

a) W2G, em recuperação judicial (fls. 296/394), – Kactus Adm Participações LTDA, Walter Geraigire e Waldyr Geraigire. Estes são titulares únicos, também, da Kactus[5];

b) REDE NACIONAL DE DROGARIAS – Morro Agudo Administração e Participações LTDA e Comestic Administração (fls. 227 e 271/272), administrada por Walter Geraigire e Waldyr Geraigire (fls. 230), os quais também administram a Morro Agudo (fls. 285).

5 Fonte: (endereço eletrônico constante do texto original)

Acesso ao Sumário

c) S&C DROGARIA LTDA – FG Marketing Farmacêutico LTDA, Burity, Azaléia e JEF Administração e Participações LTDA, administrada por Walter Geraigire e Waldyr Geraigire (fls. 282/291).

O infográfico de fls. 13 bem demarca o quadro, esmiuçado pelos infográficos e informações anteriores (fls. 06/12). Todas as empresas ostentam o mesmo controle acionário, direta ou indiretamente, em regra, recaente em Walter Geraigire e Waldyr Geraigire.

Por outra, as informações trazidas pela Fazenda, ilustradas por organogramas (fls. 06/13) lastreados em documentos oriundos da JUCESP, não foram desconstituídos por meio de prova em direito admitido.

Daí a boa cabida para o §1º do art. 4º, "in fine", da lei federal 8.397: *na hipótese de pessoa jurídica, a indisponibilidade recairá somente sobre os bens do ativo permanente, podendo, ainda, ser estendida aos bens do acionista controlador e aos dos que em razão do contrato social ou estatuto tenham poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais, ao tempo.*

Por esse viés, pelo meu voto, dou provimento ao recurso da Fazenda do Estado, para julgar PROCEDENTE esta ação cautelar também em relação a Walter Geraigire e Waldyr Geraigire, condenados todos os réus no pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$10.000,00 cada qual (CPC, art. 85, §8º).

Nego provimento aos recursos de W2G S/A, REDE NACIONAL DE DROGARIAS S/A e S&C DROGARIA LTDA, provido o da Fazenda do Estado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000058-88.2012.8.26.0549, da Comarca de Santa Rosa de Viterbo, em que é apelante CANAMOR AGRO INDUSTRIAL E MERCANTIL S/A, é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U. Compareceu para realização de sustentação oral o Dr. Luciano Tadeu Telles.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.888)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 24 de outubro de 2016.

MARCELO BERTHE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RECURSO DE AGRAVO RETIDO EM AÇÃO ORDINÁRIA. PROCESSO CIVIL. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. Razões do convencimento do magistrado foram devidamente fundamentadas. Não há obrigatoriedade de produção de todas as provas requeridas pelas partes, sob pena de retardar o andamento processual e eternizar a demanda judicial. Decisão mantida. Recurso desprovido

RECURSO DE APELAÇÃO EM EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTÁRIO. 1. PRELIMINAR. PRESCRIÇÃO. Inocorrência. Ausente inércia da Fazenda Pública na satisfação do crédito tributário a determinar a prescrição intercorrente. Redirecionamento da execução contra empresa de mesmo grupo econômico de fato que não se confunde com redirecionamento de sócios. 2. TRIBUTÁRIO. ICMS. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO. QUESTÃO DE PROVA. SIMULAÇÃO. RESPONSABILIDADE. SUCESSÃO DE FATO. Redirecionamento da execução fiscal contra pessoa jurídica que adquiriu os ativos patrimoniais da executada. Conjunto probatório que demonstra a simulação e verdadeiro conluio para salvaguardar o patrimônio da executada. Grupo econômico de fato e sucessão dos bens materiais e imateriais da empresa caracterizado, notadamente, diante dos contratos não onerosos realizados, utilização comum dos imóveis, localização, confusão patrimonial, relação próxima de sócios com os administradores da executada, contratação de ex-empregados na administração e ausência de efetivo exercício de atividade patrimonial, origem e destinação de recursos. Responsabilidade pelo ICMS lançado e não recolhido determinada pela transferência de acervo patrimonial de empresa inativa foi transferido a terceiro. Hipótese em que a responsabilidade decorre de sucessão de fato, aplicação do art. 135, do Código Tributário Nacional. Precedentes deste E. Tribunal de Justiça e do E. Superior Tribunal de Justiça. Sentença de

Acesso ao Sumário

improcedência mantida. Recurso desprovido

VOTO

Tratam os autos de recurso de apelação extraído de Embargos à Execução Fiscal (nº 0000058-88.2012.8.26.0549), interposto contra a r. sentença de fls. 5.311/5.350, proferida pelo **MM. Juiz da Vara Única da Comarca de Santa Rosa do Viterbo**, que julgou improcedente os embargos, reconhecendo a condição de devedora solidária da embargante em relação ao crédito objeto das execuções embargadas e que tiveram como devedora originária a empresa Indústria Matarazzo de Embalagens S/A (Execução Fiscal nº 549.01.1993.000140-0 desta Comarca de Santa Rosa de Viterbo).

A particular interpôs recurso de apelação reiterando as razões do agravo retido, com fundamento no cerceamento de defesa pelo indeferimento de prova pericial e, em sede preliminar, sustenta, a prescrição intercorrente, uma vez decorrido o lapso temporal de 05 anos para o redirecionamento da execução, tendo sido o pedido formulado em 04.10.2011, após decorridos 13 (treze) anos do prazo prescricional, bem como a prescrição do reconhecimento da suposta simulação, nos termos do Código Civil de 1916, aplicável aos atos simulados de constituição da empresa realizados há mais de 20 anos, que ainda dependeriam de ação autônoma. No mérito, sustenta que a responsabilização pelas dívidas da empresa Agro Industrial Amália S/A é indevida, inexistindo qualquer relação negocial ou de fato com a família a caracterizar a simulação ou fraude com o objetivo de lesar credores, devidamente demonstrado:

a) os esclarecimentos quanto a sua regular constituição, origem dos recursos e titularidade, notadamente foram informados tendo por origem dos recursos financeiros o investimento realizado por banco suíço, sendo incabível a presunção de irregularidade em razão de sua sócia Dynor Inc. ser caracterizada como empresa "offshore", bem como demonstrado nos autos que a apelante tem vida própria, não existe somente no papel e, se encontra em pleno funcionamento;

b) que o fato da contratação de ex-empregados da empresa Amália ou do Grupo Matarazzo e, contar ainda nos quadros societários o Sr. João Abdalla Neto, que teria relações afetivas com a família Matarazzo, não constitui indício de fraude ou simulação e, que os funcionários José Renato Miqueleti e Gilda Merces Bueno ao contrário do que constou na r. sentença não possuem qualquer poder decisório, apenas atuando no dia a dia da empresa;

c) a aquisição da marca de sabonetes FRANCIS se deu em razão da falta de pagamento de locação de imóvel pela sociedade de óleos Matarazzo, inexistindo qualquer irregularidade ou simulação cessão de uso da marca, posteriormente cedida a terceiro;

d) o fato da empresa Agro Industrial Amália ter realizado o pagamento

Acesso ao Sumário

de seus credores civis e trabalhistas, não tem fundamento, na medida em que não há relevância o fato de alguns dos pagamentos se relacionarem também a processos dirigidos contra a Canamor;

e) comodato das casas realizadas principalmente para os ex-empregados da Fazenda Amália não é procedimento incomum na região para evitar esbulho dos imóveis;

f) violação dos arts. 129 a 133 do Código Tributário Nacional, uma vez que não houve aquisição de fundo de comércio da empresa Agro Industrial Amália, sequer possuindo a mesma atividade empresarial a determinar a responsabilidade tributária;

g) a impossibilidade de terminar a responsabilidade solidária no pagamento do tributo, com base no art. 124 do Código Tributário Nacional, uma vez que não houve efetivo interesse comum ou participação na relação jurídica que deu origem ao fato gerador;

h) nulidade da decisão que redirecionou a execução e os atos posteriores praticados em violação ao devido processo legal e ao exercício do contraditório e ampla defesa (fls. 5.333/5.430).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 5.554/5.555).

É o relatório.

O recurso de agravo retido não comporta provimento.

O juiz da causa está adstrito ao princípio do livre convencimento e deve determinar a produção somente das provas necessárias à formação de sua convicção.

Nota-se que já havia nos autos elementos suficientes para que o magistrado tomasse sua decisão, e, portanto, desnecessária a diligência probatória na forma requisitada pela particular.

Ademais, segundo o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, estão asseguradas às partes a duração razoável do processo e a celeridade, motivo pelo qual não se afigura razoável a produção de provas inúteis e protelatórias.

O recurso da particular também não merece acolhimento.

A questão controvertida cinge-se na legalidade do redirecionamento da execução fiscal, originariamente direcionada à Agro Industrial Amália S/A contra Canamor Agro Industrial e Mercantil S/A em razão da caracterização de transferência de praticamente todo o patrimônio da devedora criada unicamente com este propósito.

Neste passo, a responsabilização solidária deve ser analisada sob o contexto da caracterização de grupo econômico de fato, da simulação e da sucessão de empresas, notadamente quando as provas produzidas e os documentos acostados reúnem diversidade de atos praticados e indícios que determinam a intrínseca

Acesso ao Sumário

relação empresarial existente com o propósito único de preservação patrimonial da empresa Agro Industrial Amália S/A pertencente ao Grupo Matarazzo.

Registre-se, por oportuno, que a questão da imparcialidade do juiz objeto de arguição de suspeição foi devidamente enfrentada e rejeitada pela C. Câmara Especial deste E. Tribunal de Justiça nos autos da Exceção de Suspeição nº 0032769-47.2012.8.26.0000, e, portanto, preclusa a discussão acerca da imparcialidade.

Ademais, tendo o magistrado *a quo* contato direto com diversos processos executivos em que se pleiteia o redirecionamento da execução contra a particular e respectivos embargos à execução, nada há de anormal a menção ou repetição de argumentos expressos nos demais procedimentos de forma objetiva.

Neste sentido, também não se verifica hipótese de prescrição.

Primeiro, porque a hipótese de redirecionamento da execução no caso dos autos não se confunde com a hipótese de redirecionamento dos sócios, determinada no art. 135 do Código Tributário Nacional, na medida em que a satisfação do crédito tributário volta-se contra o patrimônio originário transferido por sucessão de fato, e não de terceiros. E segundo, porque ausente inércia da Fazenda Pública.

Da mesma forma, não se vislumbra hipótese de prescrição da hipótese de simulação, com base no Código Civil de 1916, a desconsiderar a própria constituição da particular, quando na hipótese o termo inicial se opera a partir do conhecimento da simulação pelo prejudicado, e, portanto, no caso em questão em 2012.

Superadas as questões preliminares, no mérito razão não assiste à particular.

Com efeito, a documentação acostada aos guarda extensa discussão acerca da natureza das relações empresarias da particular com as empresas do Grupo Matarazzo, compreendendo as relações trabalhistas, a utilização de ex-empregados na administração, relação dos sócios, origem do patrimônio de constituição e as condições e características das operações relacionadas à atividade empresarial exercida pela particular, que permitem a conclusão de que a particular pertence de fato ao mesmo Grupo Matarazzo de empresas, atuando como extensão de Agro Industrial Amália S/A, hoje inativa.

A própria constituição da particular, por meio de empresa **offshore**, analisada em conjunto com outras provas fornecidas nos autos, notadamente a informação de seu representante legal acerca da ausência de remessa de lucro ao exterior, do reiterado resultado deficitário no exercício de sua atividade empresarial, bem como o pagamento de empréstimos a terceiros, incluindo a Dynor Inc. sua acionista majoritária, sem, contudo, efetuar os respectivos pagamentos, porquanto a receita é consumida com despesas de manutenção

Acesso ao Sumário

indicam propósito diverso na sua criação e funcionamento (fls. 5177/5179).

Aliás, o fato da principal fonte de recurso da particular se constituir do arrendamento das terras da Fazenda Amália adquiridas da Agroindustrial Amália, sem o exercício de atividade empresarial própria, bem como as relações empresariais estabelecidas entre a particular e as empresas do Grupo Matarazzo, especialmente a relação à aquisição da marca de sabonetes FRANCIS, os contratos relacionados aos imóveis e a relação entre os ex-empregados e sócios da particular, demonstram ser ela empresa do Grupo Matarazzo e sucessora de seu patrimônio.

Ainda que ausente a caracterização formal de grupo econômico de fato, com a presença de sociedade controladora no quadro societário da controlada, forçoso reconhecer a presença de um dos elementos que caracterizam o grupo e, efetivamente demonstrado nos autos, a não onerosidade das relações negociais estabelecidas entre as empresas.

Este requisito está claramente presente na aquisição de marca de sabonete da Indústria Matarazzo de Óleos e Derivados S/A (IMODSA) pela particular, uma vez que o acordo judicial celebrado entre as partes compreendeu preço irrisório e condições não factíveis.

Isso porque, a fim de evitar suposto despejo por falta de pagamento de alugueres, a particular celebrou acordo com a IMODSA, empresa do grupo Matarazzo, no qual adquiriria a marca de sabonetes FRANCIS, marca de renome nacional, por apenas R$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), constando expressamente no acordo a rescisão da locação e o prazo improrrogável de 09 (nove) meses para desocupação do imóvel, o qual a IMODSA estaria isenta do pagamento de alugueres (fls. 2041/2044).

Todavia, o que se verifica é a contradição nos termos delineados no próprio acordo judicial, uma vez que, no mês seguinte, a particular licenciou a marca à IMODSA para que pudesse utilizar na produção dos sabonetes pelo preço de R$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais) por mês, justamente à empresa que deveria restituir o imóvel no prazo improrrogável de 09 meses.

A hipótese de simulação é evidente, especialmente porque o imóvel objeto do contrato de locação, a área de 6.0750,94m², corresponde à própria fábrica utilizada pela IMODSA, para produção dos sabonetes FRANCIS, e, portanto, evidente que tal manobra apenas buscou legitimar a transferência da marca à particular (fls. 2011/2022).

No mesmo sentido, a utilização das terras da particular pela IMODSA, Agroindustrial Amália e membros da família Matarazzo, sem a efetiva contraprestação, demonstra, não somente a ausência de onerosidade nos negócios celebrados, como a relação de proximidade entre a particular e o Grupo Matarazzo.

Acesso ao Sumário

A proximidade também é verificada na contratação de ex-empregados da empresa Agroindustrial Amália e ainda que se considere o vínculo histórico das Empresas Reunidas Matarazzo com a Comarca de Santa Rosa de Viterbo, a contratação de ex-empregados para assumirem a administração da particular com poderes para contratar, efetuar pagamento e administrar o dia a dia não se mostra de pouca importância, na medida em que revela a continuidade da administração do dia a dia anteriormente exercida pela Agroindustrial Amália.

Aliás, esta particularidade resultou no reconhecimento de hipótese de sucessão da particular nas ações trabalhistas movidas contra a Agroindustrial Amália S/A, que, já inativa e na condição de sucedida, celebrava os acordos trabalhistas a evitar a execução dos créditos trabalhistas contra a particular (fls. 2654/2882).

Além de todos estes fatores, impõe-se observar a relação de proximidade entre o sócio da particular, João José Abdalla com os membros da Família Matarazzo, principalmente da proximidade com Maria Pia Matarazzo responsável pela administração da Agroindustrial Amália, a demonstrar que a particular está umbilicalmente ligada ao Grupo Matarazzo.

Portanto, todas as provas e indícios reunidos nos autos determinam de forma clara a hipótese de sucessão de fato, na medida em que se operou a transferência de patrimônio da executada para a particular, que já se encontrava com passivo tributário considerável, prosseguindo na administração dos bens e atividades anteriormente exercidas, sob o comando do grupo familiar Matarazzo.

A propósito da responsabilidade tributária por sucessão, faz-se mister esclarecer que a determinação da responsabilidade da sucessora não se limita à aquisição formal de fundo de comércio e a extinção da empresa, especificamente nas hipóteses em que há dissimulação na transferência dos ativos, com o propósito de evitar sejam os bens atingidos pelos débitos tributários, nos termos do art. 133 do Código Tributário Nacional.

Neste sentido, este E. Tribunal de Justiça vem se posicionando acerca da responsabilidade por sucessão de fato nas execuções fiscais análogas:

> **EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL** – Redirecionamento da execução fiscal – Sucessão de empresas – Confusão patrimonial, com o encerramento irregular de empresa, objetivando a preservação de patrimônio que deve responder pela dívida da executada – Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça e desta E. Corte – Não demonstrada qualquer inércia da Fazenda do Estado na condução da execução fiscal – Prescrição intercorrente não evidenciada – Manutenção da embargante no polo passivo – Improcedência dos embargos mantida – Cerceamento de defesa não evidenciado – Agravo retido e apelação não providos. (Apelação nº 0001737-26.2012.8.26.0549, Santa Rosa de Viterbo, Rel. Des. Rebouças de Carvalho, 9ª Câmara de Direito Público, j. 06.07.2016).

Acesso ao Sumário

PRELIMINAR – Cerceamento de defesa – Inocorrência. **EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL** – Conluio evidenciado pela sucessão empresarial e confusão patrimonial – Formação de grupo econômico de fato – Responsabilidade solidária, nos termos do art. 124, CTN – Inexistência de prescrição – Redirecionamento requerido tão logo a exequente obteve elementos relacionados ao cenário fraudulento – Hipótese que não se confunde com situações de responsabilização dos sócios (aplicabilidade do art. 135 do CTN, com prazo prescricional quinquenal, contado da citação da executada) – Quanto à simulação, o início da contagem do prazo prescricional dá-se com o efetivo conhecimento do vício pela parte prejudicada – Sentença mantida. Recurso improvido. (Apelação nº 0001213-29.2012.8.26.0549, Santa Rosa de Viterbo, Rel. Des. Leme de Campos, 6ª Câmara de Direito Público, j. 05.09.2016).

APELAÇÃO – Embargos à execução fiscal – Sucessão empresarial – Pleito que visa o reconhecimento da ilegitimidade passiva – Sentença de improcedência – Alegação de prescrição intercorrente – Descabimento – Ausência de inércia da credora na adoção de atos para a satisfação do crédito, o que afasta a alegada consumação do prazo prescricional – Simulação de negócio jurídico realizado na vigência do Código Civil de 1916 – Prazo prescricional inicia-se no momento da ciência da apelada da simulação ocorrida entre o negócio entabulado entre a executada originária e a apelante, que só ocorreu de fato em 2012, de modo que a alegada prescrição deve ser afastada – Sucessão empresarial – Havendo clara sucessão de fato e configurada a confusão patrimonial entre a empresa devedora originária e a empresa sucessora, é certo que esta responde pelos débitos da devedora originária, não sendo necessária comprovação do encerramento irregular de suas atividades ou sua insolvência, ou mesmo que seja proposta a execução inicialmente contra aquela empresa, podendo a execução, desde o início, ser voltada a empresa sucessora – Havendo indícios e provas convincentes, como é o caso dos autos, é possível presumir se que houve a sucessão entre as empresas – Sentença mantida. Recurso improvido. (Apelação nº 0001569-24.2012.8.26.0549, Santa Rosa de Viterbo, Rel. Des. Eduardo Gouvêa, 7ª Câmara de Direito Público, j. 21.09.2015).

No mesmo sentido, tem-se a posição do E. Superior Tribunal de Justiça, quanto à responsabilidade tributária por sucessão:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. SUCESSÃO TRIBUTÁRIA. ART. 133, CTN. CONCLUSÃO DO TRIBUNAL A QUO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. CITAÇÃO. INTERRUPÇÃO 1. A sucessão de empresas para fins tributários, caracterizados por fatos inequívocos, bem como a prescrição afastada pelas datas do lançamento, do ajuizamento e da citação para a ação, encerram matérias insindicáveis pelo E. STJ. 2. É que, in casu, o Tribunal a quo assentou que: a) "(a) duas empresas com o mesmo objeto social; (b) localizadas no mesmo endereço; (c) pertencentes à mesma

Acesso ao Sumário

família; e (d) enquanto uma vai morrendo gradativamente (rectius, sendo programadamente desativada), por causa das elevadas dívidas, a outra vai nascendo e crescendo, inclusive para dentro dela migrando o quadro de funcionários e os próprios maquinários, erige-se situação de fato que afirma, estreme de dúvida, a ocorrência de sucessão tributária integral." b) " o lançamento ocorreu em 15-4-93, o ajuizamento em 16-5-94 e a citação da sucedida em 14-6-94 (fls. 2-6-v., autos da execução), sendo que o processo executório jamais ficou paralisado por mais de cinco anos, a ponto de ensejar prescrição intercorrente.". 3. Recurso especial não conhecido. (Resp. nº 200800653960 – Resp – RECURSO ESPECIAL – 1042893 Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 17.11.2009)

Desta forma, caracterizado grupo econômico de fato e a hipótese de sucessão empresarial, tem-se como regular o redirecionamento da execução à particular a determinar o regular prosseguimento da execução fiscal, nos termos do art. 133 do Código Tributário Nacional.

Por tais razões, a r. sentença não comporta reparos, devendo ser integralmente mantida, por seus jurídicos fundamentos.

Pelo exposto, **nega-se provimento** aos recursos.

Os honorários advocatícios devem ser acrescidos da quantia de R$ 5.000,00 sobre o montante fixado pelo MM. Juízo **a quo**, observado o trabalho adicional realizado no âmbito recursal, nos termos do art. 85, §11, do Novo Código de Processo Civil.

A fim de evitar a oposição de Recurso Embargos de Declaração visando apenas o prequestionamento, e para viabilizar o acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional deduzida nos autos, sendo desnecessária a citação numérica de todos os dispositivos mencionados (STJ – AgRg nos EDcl no REsp 966.229/RS, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 18.02.2013).

Na hipótese de interposição ou oposição de recurso contra esta decisão, ficam as partes intimadas, a partir da publicação, a se manifestarem expressamente, na petição de interposição ou razões recursais, se se opõem à forma de julgamento virtual, nos termos da Resolução 549/11 do C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005078-93.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante GABRIELA

CIRINO AYRES.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso da Fazenda e deram provimento ao recurso da autora. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.290)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente sem voto), AMORIM CANTUÁRIA e MARREY UINT.

São Paulo, 1º de novembro de 2016.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

Ementa: Concurso Público – Reprovação em fase de investigação social – Discricionariedade – Caso em que houve abuso de poder e os motivos determinantes não se mostraram verdadeiros – Discrepância entre o que se decidiu e a análise do prontuário funcional da autora – Testemunhas que indicam que a autora tinha comportamento muito bom no trabalho, nada havendo a desaboná-la – Idoneidade comprovada – Dano material e moral devidos – Recurso da autora provido e da ré improvido.

VOTO

Trata-se de ação ajuizada por **Gabriela Cirino Ayres** contra a **Fazenda do Estado de São Paulo**. Diz a inicial que a autora que participou de concurso público para admissão ao curso de formação de oficiais militares junto à Academia de Polícia Militar, mas que foi eliminada na fase de investigação social, por falsas e infundadas alegações. Requereu autorização judicial para continuar no certame, bem como para que possa se submeter à entrega de títulos e, sendo aprovada, ingressar no curso, sem prejuízo de salários e demais vantagens, declarando-se a nulidade do resultado final da fase de investigação social. Requereu a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos materiais e morais.

Citada, a Fazenda do Estado contestou (fls.558), alegando que a investigação social objetiva a apuração da conduta e idoneidade do candidato, sendo realizada por órgão competente, com autorização do candidato. Disse que a fase e investigação social não admite contraditório e ampla defesa. Opôs-se ao pedido de indenização, uma vez que a Administração não praticou qualquer ato ilícito a ser reprovado, havendo autorização para que se realize referida investigação, que é sigilosa.

Acesso ao Sumário

A ação foi julgada improcedente (fls.343) e contra a decisão foi apresentada apelação, provida para anular a sentença (fls. 458).

Concessão da gratuidade (fls. 506). Oitiva de testemunhas a fls. 536.

Nova decisão foi proferida, a fls. 565, pela juíza *Maria Gabriella Pavlópoulos Spaolonzi*, para declarar a nulidade do resultado final dado à investigação social em apreço e para afastar óbice para o ingresso da autora no curso de formação. Também, para condenar a ré a indenizar a autora por danos morais fixados em R$ 10.000,00. Ainda, ao pagamento das custas e despesas processuais.

Os embargos de declaração opostos pela autora foram acolhidos, sanando-se a omissão indicada, sem alterar o teor da sentença recorrida, pois se entendeu ser indevida condenação ao pagamento de danos materiais.

Insatisfeita, apela a Fazenda, repetindo os argumentos apresentados na contestação.

A autora também recorreu, pedindo a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos materiais, para reembolso de valores relativos à contratação de advogado para a propositura da ação constitucional de *habeas data* e também da presente ação.

Recursos tempestivos e contrariados a fls. 605 e 627.

É o relatório.

Insiste a Fazenda Pública, no fato de que o ato de contratação pela Administração é discricionário, devendo ser apreciada a conveniência e a oportunidade, não podendo o Judiciário alterar a decisão proferida pelo Poder Público, quando da realização da investigação social da candidata autora, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Não se nega que referido ato seja mesmo discricionário, podendo a Administração analisar a conduta da candidata, realizando a investigação social, inclusive, autorizada pela "aspirante" à vaga no curso da Polícia.

Se tudo isso é verdade, a discricionariedade da Administração não é infinita, podendo ser mitigada em casos em que se detecta desvio de poder (quando a autoridade usa seu poder discricionário para atingir a um fim diverso daquele que se fixou) e quando os motivos determinantes da prática do ato não forem verdadeiros, como bem explicou a sentença, trazendo as lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito Administrativo, 22ª edição, Ed. Atlas, p. 218).

No caso em apreço, nota-se que a vida pregressa da autora não foi apreciada de forma adequada, pois veio comprovado nos autos, através da prova documental juntada pela autora e pela requerida, assim como pelas testemunhas, que ela bem realizava seus trabalhos junto à corporação, nada havendo que pudesse impedi-la de, aprovada nas demais provas relativas ao

certame, participar do curso de formação.

Analisando o prontuário produzido pela própria Administração Pública, verifica-se que nada há que desabone a autora, que sempre agiu de forma adequada, eficiente, bem realizando suas funções, não havendo, portanto, motivos fortes e verdadeiros para impedir que ela ingressasse no curso que pleiteia.

Portanto, agiu bem a sentença ao acolher os pedidos da requerente, que foi prejudicada pela Administração Pública, que concluiu por sua inidoneidade, sem que a vida pregressa da autora isso indicasse.

A autora, com seu afastamento do concurso, sem motivos que o justificasse, sofreu dor, preocupação, dando ensejo à indenização por danos morais, que foram fixados em quantia que não gerou enriquecimento ilícito, mas apenas serviu para inibir a reiteração de atos inadequadamente motivados, como ocorreu na presente hipótese.

Assim, correta a sentença no tocante às condenações que impôs à Fazenda.

Sustenta a autora que é devida a condenação da Fazenda Pública Estadual ao pagamento de indenização de danos materiais, em razão dos gastos que teve de arcar com advogado, para fins de ingressar com *habeas data* e também com a presente demanda, em razão de sua reprovação indevida no concurso.

De fato, veio demonstrado nos autos que a autora (fls. 220), para defender-se administrativamente, para obter a documentação relativa à investigação social realizada, e para ingressar com a presente ação, contratou o advogado Lucas Giollo Rivelli, obrigando-se a pagar-lhe quantia equivalente a R$ 3.600,00.

Assim, não há dúvida de que a Fazenda deve custear as despesas realizadas pela requerente, diante do fato de ter reprovado a candidata, atendo-se a detalhes, sem observar a conduta da servidora em todos esses anos, que indica que ela tem bom comportamento e não havia motivos para a reprovação.

Condena-se, portanto, a ré ao pagamento da indenização por danos materiais requerida, com correção, desde o desembolso, e com juros legais desde a citação.

Dessarte nega-se provimento ao recurso da Fazenda e dá-se provimento ao recurso da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008184-88.2014.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em que são apelantes MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS e MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES

Acesso ao Sumário

S/A, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento aos recursos. V.U., sustentaram oralmente o Dr. Evandro Alves da Silva Grilli e o Ilmo. Procurador da Justiça Dr. José Carlos de Freitas", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.090)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCELO BERTHE (Presidente sem voto), RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO e MOREIRA VIEGAS.

São Paulo, 27 de outubro de 2016.

OSWALDO LUIZ PALU, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. 1ª CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE. Ação civil pública. Direito urbanístico e ambiental.

1. Empreendimento de grande porte denominado Parque Monte Logan, a ser implementado no Município de São Carlos. Empreendimento aprovado pelo CONSELHO MUNICIPAL DE DESENVOLVIMENTO URBANO – COMDUSC – e pelo CONSELHO MUNICIPAL DE DEFESA DO MEIO AMBIENTE – COMDEMA, com a subsequente expedição de alvará de construção e início das obras. Ação civil pública ajuizada após inquérito civil instaurado frente a representação de associações de moradores que relataram que, em especial, o Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV –, realizado previamente à aprovação do empreendimento, não ostentou a publicidade devida, tampouco contou com a efetiva participação da sociedade civil. Ação civil pública ajuizada objetivando a suspensão dos efeitos do alvará até que se realize Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV –, com observância das normas de regência. Sentença de primeiro grau que julgou procedente a ação.

2. Conjunto probatório constante dos autos que faz emergir que a aprovação do empreendimento Parque Monte Logan, da empreendedora ré MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/A, pelo corréu MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS, atendeu a contento

Acesso ao Sumário

o Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/2001), bem como a Lei Municipal nº 13.056/2002, considerando-se que fora realizado o Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV – com suficiente participação da sociedade civil interessada. Ausência de ostensiva publicidade do Relatório de Impacto de Vizinhança – RIVI –, que não desponta como entrave ao prosseguimento das obras, em especial considerando-se a aprovação pelos órgãos competentes.

3. Suspensão dos efeitos do alvará de construção do empreendimento Parque Monte Logan que não se mostra razoável, devendo as obras terem regular seguimento.

4. Ação improcedente.

5. Sentença reformada. Recursos do MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS e de MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/A providos.

VOTO

I. RELATÓRIO

Cuida-se de **recursos de apelação** interpostos em confronto à r. sentença de **fls. 897/899**, cujo relatório se adota, aclarada por meio da r. sentença de **fls. 938**, que **julgou procedente** a ação civil pública movida pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** em face do **MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS** e de **MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/A** para determinar que o Município de São Carlos suspenda o alvará de construção do empreendimento Parque Monte Logan, **realizado pela corré MRV Engenharia e Participações S/A**, cuidando para a interrupção das obras eventualmente iniciadas, até que seja cumprida a legislação no tocante à publicação de súmula sobre o Relatório de Impacto de Vizinhança – RIVI –, e realização de audiência pública e reuniões para discussão do empreendimento, às quais se dará publicidade, sob pena de multa diária de R$10.000,00 (dez mil reais) a ser recolhida ao FID, sem prejuízo das demais cominações legais. Restou condenado o **MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS**, ainda, a observar a regra de que as propostas, reivindicações, reclamações, sugestões ou outras manifestações semelhantes, colhidas junto à população, entidades, ONG's ou associações, sejam submetidas ao COMDUSC e ao CONDEMA, com incorporação de suas exigências e recomendações no termo de compromisso previsto no parágrafo único do artigo 213 do Plano Diretor do Município de São Carlos, a ser tomado pela Prefeitura de São Carlos junto ao empreendedor.

Acesso ao Sumário

Irresignados, apelam ambos os requeridos.

Apela a requerida MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/A (fls. 907/928), e alega em resumo: **i)** que houve a efetiva participação popular das comunidades vizinhas ao empreendimento durante todo o processo administrativo de licenciamento da obra; **ii)** observância de toda legislação de regência, federal e municipal, e em especial da Lei Municipal nº 13.056/02 por ocasião da aprovação do empreendimento Parque Monte Logan. Requer **MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/A**, desse modo, o provimento do recurso, de sorte seja reformada a r. sentença de primeiro grau, julgando-se improcedente a ação civil pública movida pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.**

Apela o MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS, outrossim (fls. 940/955), e argumenta, em síntese, que ao reverso do quanto sustentou o órgão ministerial na vestibular da ação civil pública em tela e, nesse trilho, a despeito do entendimento adotado pela ínclita juíza da causa, a aprovação do empreendimento **Parque Mont Logan** observou com rigor toda a legislação de regência, sendo certo que inexistiu a ventilada ausência de publicidade prévia à aprovação do empreendimento, na medida em que diversas reuniões aconteceram no **CONSELHO MUNICIPAL DE DESENVOLVIMENTO URBANO – COMDUSC – E DO CONSELHO MUNICIPAL DE DEFESA DO MEIO AMBIENTE – COMDEMA** –, com efetiva participação de moradores e representantes de entidades da sociedade civil. Destaca o **MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS**, ademais, que, de fato, o Estudo de Impacto de Vizinhança – EIA - e o Relatório de Impacto de Vizinhança – RIVI -, não foram fixados por 30 dias em local público e nem publicada a súmula no Diário Oficial do Município, haja vista a **falta de regulamentação** da Lei Municipal nº 13.056/2002. Por fim, ressalta o ente público requerido que a área na qual realizado o empreendimento Parque Monte Logan não possui natureza de Área Especial de Interesse Ambiental -, razão pela qual fora dispensada a realização de Estudo de Impacto Ambiental – EIA. Requer o **MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS**, assim, o provimento do recurso, a fim de que seja reformada a r.sentença de primeiro grau, julgando-se improcedente a ação. Caso mantido o decreto de procedência da ação, vindica o ente público apelante pela mitigação do valor da multa diária arbitrado.

Acesso ao Sumário

Recursos devidamente recebidos e processados **(fls. 938)**, com contrarrazões do órgão ministerial juntadas a **fls. 987/992**. Anote-se, mais e finalmente, que a douta Procuradoria de Justiça se manifestou por meio de parecer da lavra do ilustre Promotor de Justiça designado Fabio Luis M. Garcez, que opinou pelo não provimento dos recursos **(fls. 998/1.003). É o relatório.**

II. FUNDAMENTO E VOTO

1. Deve ser reformada a r. sentença de primeiro grau e julgada

improcedente a ação civil pública movida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO em face do MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS e de MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/A .

2. Ao que se extrai dos autos, o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** ajuizou a presente ação civil pública em face do **MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS** e de **MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/A** alegando **(fls. 01/09),** que a Associação dos Moradores do Residencial Parati, do Município de São Carlos, formulou representação junto à Promotoria de Justiça local rogando fosse verificada a regularidade do empreendimento denominado Parque Monte Logan, que já vinha sendo realizado pela corré **MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/A**, em especial a regularidade da demolição de edificações e da supressão de árvores, com seus impactos ao meio ambiente, tendo sido, assim, instaurado o inquérito civil nº 14.0714.0000249/2010. Destacou o órgão ministerial, nesse passo, que no curso do precitado inquérito civil outras **Associações do bairro – Associação Veredas, Caminho das Nascentes, Associação dos Moradores do Parque Santa Marta, Associação dos Moradores dos Jardins, Associação dos Moradores do Jardim Acapulco e Associação dos Moradores do Parque Santa Elisa –** também demonstraram preocupação com os impactos decorrentes do empreendimento, dado adensamento populacional que impactaria, conquanto prevista a construção de 240 (duzentos e quarenta) apartamentos distribuídos em diversas torres. Obtemperou o órgão ministerial que o terreno localiza-se a montante de nascentes do córrego Cambuí e, a rigor, colocaria em risco Áreas de Preservação Permanente – APP –, frente ao carreamento de sedimentos, soterramento de nascentes e assoreamentos. Nessa esteira, colocou o órgão ministerial que, solicitadas informações junto ao Município de São Carlos, fora noticiado que o empreendimento Parque Monte Logan, condomínio residencial multifamiliar, de 14 blocos e 224 unidades, fora aprovado após os pareceres do Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano – COMDUSC e do Conselho Municipal de Defesa do Meio Ambiente – CONDEMA –, que avaliaram o Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV –, apresentado pela corré **MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/A**. Ocorre que, segundo aduziu o órgão ministerial, as precitadas associações de moradores reclamaram da falta de informações acerca do processo de aprovação do empreendimento, seus impactos ambientais, e apontaram ofensa ao direito de obterem informações do Poder Público e desobediência ao princípio da publicidade, conquanto a aprovação do Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV –, e do Relatório de Impacto de Vizinhança – RIVI –, ocorreram sem que se observasse os ditames da Lei Municipal nº 13.056/2002, que dispõe sobre a necessidade de Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança – EIA –, com Relatório de Impacto de Vizinhança – RIVI, sendo que a súmula do projeto e do RIVI não teria sido afixada em

Acesso ao Sumário

local público durante 30 dias, para a consulta da população, a qual também não teve assegurada audiência pública ou qualquer outra forma de consulta popular. Asseverou o órgão ministerial que, ao ser questionado, o **MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS** respondeu expressamente que o Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV –, não fora afixado em local público por 30 (trinta) dias, sendo certo que a respectiva súmula não foi publicada, e, ademais, não fora realizada audiência pública ou reuniões para discussão do empreendimento. Assim, diante desse cenário, preconizou o órgão ministerial que restou evidenciado que a aprovação da construção do empreendimento **Parque Monte Logan** contém vícios que o nulificam, de sorte que, desse modo, justificou o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** a intervenção perante o Judiciário por meio da presente ação civil pública, pugnando pela procedência da ação a fim de que: **i)** o alvará de construção do empreendimento Parque Monte Logan seja anulado, obrigando-se o **MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS** e a corré **MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/A** a observar as normas de regência para a expedição do novo alvará, proporcionando a participação da sociedade civil por meio de audiência pública e de outras formas possíveis de consulta popular, além de afixar o projeto e o EIV/RIVI em local público, por 30 (trinta) dias, com publicação de súmula, por meio de edital, no Diário Oficial do Município de São Carlos; **ii)** o **MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS** seja condenado a observar a regra de que as propostas, reivindicações, reclamações, sugestões ou outras manifestações semelhantes, colhidas junto à população, entidades, ONG's ou associações, sejam submetidas ao COMDUSC e ao CONDEMA, com incorporação de suas exigências e recomendações no termo de compromisso previsto no parágrafo único do artigo 213 do Plano Diretor do Município de São Carlos, a ser tomado pela Prefeitura junto à empreendedora.

3. Acerca do intitulado Estudo de Impacto de Vizinhança, tenha-se presente que tal procedimento veio insculpido no Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/2001), que ao tratar da questão, assim reza:

> "Art. 36. **Lei municipal** definirá os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana que dependerão de elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV) para obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público municipal.
>
> Art. 37. O EIV será executado de forma a contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades, incluindo a análise, no mínimo, das seguintes questões:
>
> I – adensamento populacional;
>
> II – equipamentos urbanos e comunitários;

Acesso ao Sumário

III – uso e ocupação do solo;

IV – valorização imobiliária;

V – geração de tráfego e demanda por transporte público;

VI – ventilação e iluminação;

VII – paisagem urbana e patrimônio natural e cultural.

Parágrafo único. Dar-se-á publicidade aos documentos integrantes do EIV, que ficarão disponíveis para consulta, no órgão competente do Poder Público municipal, por qualquer interessado.

Art. 38. A elaboração do EIV não substitui a elaboração e a aprovação de estudo prévio de impacto ambiental (EIA), requeridas nos termos da legislação ambiental."

3.1. Possível inferir da análise dos comandos normativos acima reproduzidos que o Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV –, a ser regulamentado pela legislação de cada um dos Municípios, tem por escopo, em resumo, impor que, previamente à aprovação de empreendimentos de grande porte em área urbana, seja realizado estudo tendente a verificar os impactos desse empreendimento, tais como adensamento populacional, paisagem urbana e patrimônio natural e cultural, geração de tráfego, etc.

3.2. E de rigor ressaltar, nesse trilho, por oportuno e relevante ao deslinde do caso em tela, que o parágrafo único do artigo 37, da Lei nº 10.257/2001, acima colacionado, é expresso ao dispor que os documentos integrantes do Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV – são públicos e devem ser disponibilizados pelo órgão público competente a qualquer interessado.

3.3. Calha trazer à colação, discorrendo acerca do Estudo de Impacto de Vizinhança, as lições de Paulo de Bessa Antunes:

"O EIV, conforme se pode facilmente verificar, é uma evolução do Estudo de Impacto Ambiental – sendo ambos espécies de Avaliação de Impacto Ambiental, AIA – prevista na Constituição para todas as atividades efetiva ou potencialmente poluidoras. Infelizmente, o legislador deixou passar uma ótima oportunidade para disciplinar adequadamente a avaliação de impactos em atividades urbanas, especialmente as atividades não industriais. Todos aqueles que militam na área da proteção ao meio ambiente sabem que os estudos de impacto ambiental têm uma vocação eminentemente industrial, ou, no mínimo, de projetos que signifiquem intervenção em ambiente não urbanizado. No entanto, à míngua de outras normas, o EIA passou a ser exigido pelos órgãos ambientais para a implantação de shopping centers, condomínios e outros empreendimentos semelhantes. Tais Estudos de Impacto, de acordo com os seus termos de referência, normalmente, têm por objetivo investigar os assuntos relacionados como conteúdo mínimo do EIV. Penso que o EIV

Acesso ao Sumário

é um instrumento mais do que suficiente para que se avaliem os impactos gerados por uma nova atividade a ser implantada em área urbana – não se tratando de atividade industrial. Penso que o EIV nada mais é do que um EIA para área urbana e, data vênia, creio ser completamente destituída de lógica ou razão a obrigatoriedade de ambos os estudos." (Direito Ambiental – 17ª edição – Atlas – ps.656/657).

3.4. No caso do **Município de São Carlos**, local em que se pretende a instalação do empreendimento Parque Monte Logan, o Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV –, vêm disciplinado na Lei Municipal nº 13.056/2002 que assim dispõe, 'in totum':

"Artigo 1º - O licenciamento de projetos e licitação de obras, equipamentos e atividades promovidos por entidades públicas ou particulares, de significativa repercussão ambiental e na infra-estrutura urbana, deverão ser precedidos de Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV) e instruídos com Relatório de Impacto de Vizinhança (RIVI), conforme o disposto nesta Lei.

§ 1º - São projetos de significativa repercussão ou impacto ambiental aqueles que provocam a deterioração das condições da qualidade de vida instaladas em um agrupamento populacional ao alterar as propriedades físicas, químicas ou biológicas do meio ambiente e afetar:

a) a saúde, a segurança e o bem estar da população;

b) as atividades sociais e econômicas;

c) as condições sanitárias;

d) a qualidade dos recursos ambientais;

e) o patrimônio cultural, artístico, histórico, paisagístico e arqueológico do Município;

f) a qualidade do acesso à infra-estrutura urbana instalada;

g) as relações de convivência e de vizinhança;

§ 2º - São Projetos com significativa repercussão na infra-estrutura urbana aqueles que provocam modificações estruturais no ambiente urbano e afetam, direta ou indiretamente:

a) o sistema viário, geração de tráfego e demanda de transporte público;

b) o sistema de saneamento básico;

c) o sistema de drenagem;

d) o sistema de drenagem e telecomunicações;

e) o adensamento populacional;

f) uso e ocupação do solo;

g) equipamentos urbanos ou comunitários;

Acesso ao Sumário

h) valorização imobiliária;

i) qualquer outro elemento de infra-estrutura não relacionados nos incisos anteriores.

§ 3º - A elaboração do EIV/RIVI não substitui a elaboração e aprovação do estudo prévio de impacto ambiental e respectivo relatório (EIA/RIMA), nos termos da legislação ambiental.

Artigo 2º - Para os efeitos desta Lei é considerado como vizinhança meio humano e o meio físico onde convive o agrupamento populacional que sofrerá o impacto de um projeto, nos termos do artigo anterior.

Parágrafo único – O exame da repercussão ambiental e na infra-estrutura urbana de um projeto implica em considerar:

a) a vizinhança imediata – aquela instalada no (s) lote (s) e ou quadra (s) em que o empreendimento proposto se localiza;

b) a vizinhança mediata – aquela situada na área de influência do projeto e que pode por ele ser atingida.

Artigo 3º - O Relatório de Impacto de Vizinhança (RIVI) é um instrumento que permite que o licenciamento e a licitação de projetos ou atividades seja precedido de avaliação:

I – do grau de alteração em qualidade e quantidade que uma determinada intervenção causará na sua circunvizinhança;

II – da necessidade de possíveis medidas corretivas para garantir a qualidade de vida de um agrupamento populacional.

Artigo 4º - O Relatório de Impacto de Vizinhança (RIVI) deverá conter no mínimo:

I - a correta definição do projeto em termos de:

a) localização;

b) objetivos e justificativas do projeto;

c) descrição do projeto e de suas alternativas tecnológicas e locacionais;

d) compatibilidade com planos e programas governamentais propostos e em implantação na área de influência do projeto;

e) compatibilização com a legislação de uso e ocupação do solo.

II – caracterização da vizinhança onde o projeto terá repercussão, considerando-se:

a) a caracterização da população moradora e do padrão sócio-econômico que usufrui;

b) a caracterização sócio-econômica, histórica e cultural da região e de seu patrimônio;

c) a caracterização da qualidade de vida cotidiana da população vizinha,

Acesso ao Sumário

suas demandas e serviços instalados e suas relações de convívio;

d) descrição da qualidade ambiental futura da área em comparação com a qualidade atual, nos termos do § 1º do artigo 1º discriminando a distribuição dos ônus e benefícios sociais.

III – a avaliação da repercussão na infra-estrutura urbana nos termos do § 2º do artigo 1º da presente Lei:

a) demonstrando a compatibilização do projeto com a infra-estrutura urbana;

b) anexando declaração da disponibilidade para instalação dos serviços públicos de empreendimento tal como projetado.

IV – a definição de medidas mitigadoras dos impactos negativos e de eventuais medidas compensatórias.

V – o programa de acompanhamento e monitoramento dos impactos, indicando fatores e parâmetros a serem adotados durante a implantação do projeto.

VI – relação de todos os técnicos da equipe multidisciplinar responsável pelo relatório, com nome e formação profissional.

Artigo 5º - Caberá ao Poder Executivo, através de instrumento competente a definição de parâmetros técnicos e requisitos a serem exigidos no Relatório de Impacto de Vizinhança (RIVI) além dos relacionados no artigo 4º, de acordo com a natureza específica do projeto.

Parágrafo único – As despesas da elaboração do Relatório de Impacto de Vizinhança (RIVI) serão custeadas pelo proponente do projeto.

Artigo 6º - O projeto e o Relatório de Impacto de Vizinhança (RIVI) serão apresentados ao órgão competente e deverão por ele ser afixados em local público por 30 (trinta) dias e a respectiva súmula será publicada, através de Edital, no Diário Oficial do Município.

Parágrafo Único – Ficam excluídos do estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV) os templos religiosos, sujeitos à legislação comum em vigor que rege a abertura e funcionamento destes estabelecimentos.

Artigo 7º - O Relatório de Impacto de Vizinhança (RIVI) deve ser apresentado de forma objetiva, facilitando a compreensão do público. As informações devem ser traduzidas em linguagem acessível e ilustradas por mapas, quadros, fotos e demais recursos visuais de modo que possam entender as vantagens do projeto, bem como todas as vantagens e desvantagens do projeto, bem como todas as consequências de sua implantação.

Artigo 8º - Enquanto não for aprovado o Relatório de Impacto de Vizinhança (RIVI) pelo órgão competente, não será concedido o licenciamento da

Acesso ao Sumário

obra ou atividade e nenhuma providência de implementação, implantação e atividade executória do empreendimento, mesmo preliminar, poderá ter início.

Parágrafo Único – A sociedade civil terá sua manifestação assegurada não só pela Audiência Pública como pelas demais formas previstas em Lei, devendo o Executivo garantir em regulamentação procedimentos e atribuições dos órgãos municipais a respeito.

Artigo 9º - O Poder Executivo Municipal regulamentará a presente Lei dentro do prazo máximo de 240 (duzentos e quarenta) dias.

Artigo 10 – As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por verbas orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Artigo 11 – Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário."

3.4.1. Tal lei local não foi, alegadamente, regulamentada. Como se sabe, as fontes do direito se distribuem, hierarquicamente, em categorias sucessivas, de que também participa o Executivo e órgãos administrativos. Os atos regulamentares, por meio dos quais o Poder Executivo, no uso de atribuição própria ou delegada, edita normas jurídicas são 'leis materiais'. Lei e regulamento são momentos distintos e inconfundíveis da atividade normativa do Estado. Como diz o insuperável **CAIO TÁCITO** ('Lei e Regulamento', in 'Temas de Direito Público', 1.º vol. P. 476, Renovar): **"II regolamenti" – ensina D'Alessio – "sono legge in senso materiale: hanno cioè, soltanto il contenuto della legge in quanto creano norme giuridiche ma non hanno Ia forma della legge perchè promanano da organi amministrativi e non da organi legislativi"** (D'Allessio – Diritto Amministrativo – vol. I, p.89).

3.5. Na hipótese vertente não se discute a **efetiva realização** de Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV – previamente à aprovação pelo corréu/apelante **MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS** do projeto para instalação do empreendimento intitulado Parque Monte Logan, de titularidade da corré **MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/**A, sendo este fato incontroverso nos autos; **a celeuma, contudo, gira em torno da observância da legislação de regência acima reproduzida por ocasião da realização do Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV – e subsequente Relatório de Impacto de Vizinhança – RIVI – notada e especialmente no que atina à publicidade desse estudo e da efetiva participação da sociedade civil interessada no estudo, conforme exigem as normas de regência.**

3.6. Tenha-se em conta que a aprovação do empreendimento Parque Monte Logan, da empreendedora ré MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/A, pelo corréu MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS, atendeu a contento o Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/2001), bem como a Lei Municipal nº 13.056/2002,

Acesso ao Sumário

considerando-se que o Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV – fora realizado com suficiente participação da sociedade civil interessada, sendo certo que a ausência de ostensiva publicidade do Relatório de Impacto de Vizinhança – RIVI –, suprida por outros modos, não desponta como entrave ao prosseguimento das obras, em especial considerando-se a aprovação do empreendimento pelos órgãos competentes.

Conforme se verifica do documento juntado a **fls. 90/91**, o qual retrata manifestação externada pelo **MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS**, por meio de sua Secretaria de Habitação e Desenvolvimento Urbano, a aprovação do empreendimento **Parque Monte Logan** fora decretada sem que tenha havido Audiência Pública por ocasião, em especial, da realização do Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV. Consigne-se, houve a realização do estudo (EIV).

Por outro lado, análise dos documentos coligidos pela corré **MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/A** a **fls. 213/789** faz emergir que **houve suficiente participação de Associações de Moradores no curso do processo de aprovação do empreendimento Parque Monte Logan**. Dessume-se da detida análise desses documentos que as reuniões que culminaram com a aprovação do empreendimento de que se trata junto ao **CONSELHO MUNICIPAL DE DEFESA DO MEIO AMBIENTE – CONDEMA –, contaram com a efetiva presença da sociedade civil**, sendo certo que houve a participação de Associação de Moradores nesta reunião, consoante se dessume a **fls. 36/44**, sendo inegável, nesse sentido, que a reunião que definiu a aprovação do empreendimento junto ao **CONSELHO MUNICIPAL DE DESENVOLVIMENTO URBANO DE SÃO CARLOS – COMDUSC** –, também contou com suficiente participação da sociedade civil.

Desse modo, a ausência de audiência pública por ocasião da realização do Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV, publicidade suprida por outros modos, como se disse, não pode ser fundamento hábil à paralisação da obra regularmente aprovada, inexoravelmente, pelos órgãos competentes, em especial o **CONSELHO MUNICIPAL DE DEFESA DO MEIO AMBIENTE – CONDEMA – e o CONSELHO MUNICIPAL DE DESENVOLVIMENTO URBANO DE SÃO CARLOS – COMDUSC.**

Acesso ao Sumário

Infere-se do documento de **fls. 90** que a aprovação do empreendimento Parque Monte Logan não observou a ostensiva publicidade devida, no modo como previsto na lei mas não na realidade fática, em especial considerando-se que o Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV –, ou, mais precisamente, o Relatório de Impacto de Vizinhança – RIVI – não foi afixado em local público por 30 (trinta) dias e a respectiva súmula não fora publicada no Diário Oficial do Município, conforme exige o artigo 6º, da Lei Municipal nº 13.056/2002.

Todavia tal questão, formal a meu sentir, não deve se sobrepor ao fato

mais relevante, qual seja o acima ressaltado fato de que o empreendimento em voga fora aprovado pelos órgãos competentes, com efetiva e suficiente participação da sociedade civil.

3.7. Fica claro, desse modo, que a aprovação do empreendimento Parque Monte Logan observou a contento a legislação de regência, sendo inafastável a conclusão, diante do cenário que se verifica no caso, que as objeções ao regular prosseguimento das obras trazidas à baila pelo órgão ministerial, com todo o respeito, não ostentam relevância suficiente à paralisação do empreendimento.

Substancialmente, a democracia participativa foi atendida. Como prevê o texto da Constituição do Estado de São Paulo, em capítulo que se aplica aos municípios (artigos 144 e 180, II, da Constituição bandeirante):

> '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.
>
> Art. 180 - No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão: (...)
>
> II - a participação das respectivas entidades comunitárias no estudo, encaminhamento e solução dos problemas, planos, programas e projetos que lhes sejam concernentes (...)'

4. Destarte, diante de tudo o quanto acima exposto, **a reforma da r. sentença de primeiro grau é medida que se impõe**, ficando, assim, **julgada improcedente a ação civil pública movida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO em face do MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS e de MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/A .**

5. Ante todo o exposto, pelo meu voto, **dou provimento aos recursos de apelação interpostos pelo MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS e por MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/A.**

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1022425-89.2015.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelado RONALDO DIAS GONÇALVES, é apelante FAZENDA PUBLICA 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: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.945)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ LUIZ GERMANO (Presidente sem voto), J. M. RIBEIRO DE PAULA e EDSON FERREIRA.

São Paulo, 7 de novembro de 2016.

VENICIO SALLES, Relator

Ementa: Apelação. Policial Militar. Pedido de promoção por "ato de bravura". Preliminar de ilegitimidade passiva afastada – Policial Militar que, em serviço de patrulhamento, logrou êxito ao obstar o cometimento do abuso sexual de duas mulheres sendo, contudo, alvejado por cinco disparos de arma de fogo deflagrados pelo criminoso, causando-lhe incapacidade definitiva e, por conseguinte, a reforma por invalidez. Ato que atende aos requisitos à pretendida promoção prevista no art. 20 do Decreto-Lei nº 13.654/43 – Pedido julgado procedente no 1º grau. Decisão mantida.

Recurso fazendário improvido.

VOTO

Cuida-se de ação processada pelo rito ordinário, ajuizada por **Ronaldo Dias Gonçalves**, policial militar reformado, em face da **Fazenda do Estado de São Paulo**, na qual postula a promoção por "ato de bravura", nos termos do artigo 20, do Decreto-Lei nº 13.654/43.

A r. sentença julgou procedente o pedido para declarar o direito do autor à promoção pleiteada, nos termos da legislação adjetiva, para todos os fins, a partir de 12/07/2009, data em que o autor deveria ter sido promovido. Em face da sucumbência, condenação da requerida em custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 1.500,00, nos termos do artigo 20, §4º do CPC/73 **(fls. 142/145).**

Inconformada, apelou a Fazenda do Estado de São Paulo arguindo preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*. No mérito sustentou a impossibilidade de revisão do ato discricionário do Poder Executivo. Destarte, requereu o acolhimento da preliminar suscitada e, subsidiariamente, a improcedência da pretensão autoral, invertendo-se o ônus sucumbencial **(fls. 148/158).**

Recurso recebido em ambos os efeitos **(fls. 159)** e respondido **(fls. 161/172).**

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Inicialmente, cumpre afastar a alegação de ilegitimidade passiva da Fazenda Estadual, sob o argumento de que apenas a São Paulo Previdência – SPPREV poderia ser ré na ação.

O liame entre o Tesouro Estadual e a Autarquia Previdenciária é de sentido hierárquico, e mesmo assim não fosse, o sistema administrativo admite eventuais compensações, por simples ajuste contábil.

Superada a preliminar, passa-se à análise do mérito.

Pretende o autor obter decisão judicial que reconheça que no ato em que se feriu e determinou sua incapacidade física, seja **considerado como ato de bravura**, para a conquista da promoção que alude o art. 20, do Decreto-Lei Estadual nº 13.654/43.

Destaco que, em razão de sua intervenção, logrou impedir que duas mulheres fossem objeto de abuso sexual, ocasionando sua incapacidade em razão dos disparos de arma de fogo deflagrados pelo criminoso.

Postula, portanto, que a revisão de valor (promoção) retroaja até a data do evento (12.07.2009).

De outro lado, a Fazenda do Estado se pautou na conclusão de sindicância instaurada internamente, que concluiu pela inexistência de circunstâncias ensejadoras da pretendida promoção.

Pois bem.

Inconteste que a conduta do apelado, realizado no exato cumprimento de seu dever legal, foi capaz de preservar a integridade física das vítimas envolvidas, conforme descrito na inicial e pormenorizada na apuração administrativa.

Houve o reconhecimento de seu nobre gesto por parte da Secretaria de Segurança Pública, que lhe concedeu a honraria da "Medalha Cruz de Sangue".

O embate orbita sobre os efeitos e a extensão do benefício concebido pelo art. 9º da Lei 3.159/55, que possui a seguinte redação:

"*Artigo 9.º Por qualquer dos critérios, **ressalvado o de bravura**, a promoção somente poderá ser processada quando o candidato houver satisfeito os seguintes requisitos*: (...)" (**grifei**)

Por sua vez, o **Decreto-Lei nº 13.654/43**, dispõe em seu artigo 9º, §2º:

"*Artigo 9.º - As promoções de oficiais são feitas dentro de cada quadro, por antiguidade e merecimento **e eventualmente por bravura**:*

(...)

*§ 2.º - As promoções por bravura independem da existência de vagas e são feitas, **a juízo do Governo**, mesmo póstuma, em face da comprovada ação altamente meritória*." (**grifei**)

E ainda, o previsto no artigo 20 do mesmo diploma legal:

"***Artigo 20*** *- A comprovação de bravura, especificada em feitos praticados nas condições do §2º do art. 9º é caracterizada por ato ou atos de coragem, audácia energia, firmeza, tenacidade na ação que revelem abnegação pelo sentimento do dever militar e que constituam um exemplo vivo à tropa, sempre dentro das intenções do chefe ou por uma iniciativa louvável que reafirme o valor pessoal ante a responsabilidade.*

§ 1.º - Esse fato será relatado pelo próprio chefe, quando por ele presenciado; em caso contrário esse mesmo chefe, tomando o depoimento das testemunhas que tenham participado do feito heróico, julgará dos valores desses depoimentos, com os resultados obtidos. Decidirá, então, sobre a organização do relatório consubstanciado, e no final, fará citação especial a respeito.

§ 2.º *- O relatório a que se refere o parágrafo anterior, constituirá o fundamento da proposta de promoção a ser formulada ao Governo pelo Comando Geral da Forja.* ***Os chefes dos escalões superiores, por onde deva transitar essa proposta, procurarão, também, averiguar com segurança, sobre o valor da mesma, tendo em vista a notoriedade do sucedido e as novas informações que adquirirem****. Formada a documentação, será esta enviada ao Governo do Estado, para os fins prescritos no § 2.º - do artigo 9.º.*" (**grifei**)

A legislação transcrita revela que a promoção por ato de bravura depende de prova suficiente da positiva repercussão junto à corporação e respectivo batalhão, **predicados examinados no corpo da sindicância interna.**

No caso a instrução da sindicância transcorreu com absoluta regularidade, em respeito aos padrões constitucionais que afirmam o amplo direito de defesa e contraditório.

É de se observar que o "julgamento administrativo" que identifica "ato de bravura" não é ato discricionário por não se determinar por critérios da "conveniência e oportunidade". Configura ato específico, que depende da análise e da valoração de provas.

Como os julgamentos administrativos, o procedimento e a decisão administrativa decorre da verificação da subsunção do fato à norma, por meios objetivos e submetidos a normal processo interpretativo.

O mérito indevassável dos atos administrativos (ou julgamentos) resta praticamente afastado, posto que qualquer irregularidade ou equívoco na análise dos fatos, pode e deve ser corrigido pelo Poder Judiciário.

Afinal não há espaço ou hipóteses de vácuo jurisdicional e o ato em pauta pode e deve ser examinado por análise judicial, baseado em critérios técnicos jurídicos.

O autor foi severamente atingido por cinco tiros deflagrados por marginal

que subjugava duas mulheres visando abuso sexual.

Não há um relato mais pormenorizado do acontecido, mas mesmo assim, evidente é a ocorrência do ato típico de bravura, em situação de enfrentamento.

Este fato somente não se desenharia como de "bravura", se outros elementos viessem desvalorizar a conduta do miliciano, o que inocorreu.

A sentença deve, destarte, ser confirmada.

Pelo o exposto, **nega-se provimento** ao recurso fazendário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000368-74.2006.8.26.0268, da Comarca de Itapecerica da Serra, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado GERALDO TEOTONIO ALVES.

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 aos recursos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.532)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ LUIZ GERMANO (Presidente sem voto), VENICIO SALLES e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 7 de novembro de 2016.

OSVALDO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL.

1. Reparação de danos materiais – Demolição de construção em área de manancial – Inauguração de prévio processo administrativo para inibir a continuidade das construções – Desrespeito à ordem administrativa – Parte devidamente advertida sobre as sanções administrativas que seriam aplicadas por eventual desobediência – Ato administrativo válido – Direito de construir que não é ilimitado ou incondicional, pois deve ser exercitado dentro dos parâmetros definidos pela legislação, na esfera de competência e atuação do ente público respectivo – Ato administrativo que tem como atributos a autoexecutoriedade e a coercibilidade – Prática do

Acesso ao Sumário

crime previsto no artigo 50, inciso II, parágrafo único, inciso I, da Lei do Parcelamento do Solo Urbano (Lei nº. 6.766/79) – Pretensão reparatória descabida – Improcedência da ação – Reforma da sentença.

2. Reexame oficial e recurso voluntário providos.

VOTO

Trata-se de **apelação cível** interposta contra a sentença de fls. 568/571, cujo relatório se adota, que ***julgou parcialmente procedente a ação*** para condenar a Fazenda Estadual no pagamento de indenização de R$ 139.600,00 (12/11), com os encargos legais, fixando verba honorária de dez por cento (10%) do valor da condenação.

A Fazenda Estadual apelou (fls. 583/598), alegando, em síntese, que a sentença não apresentou a devida motivação. A sentença premia a atividade ilícita, pois o autor foi condenado criminalmente pela prática de loteamento irregular em área do Reservatório de Guarapiranga. A conduta do autor foi ilícita e dolosa, pois a obra estava embargada. Não houve apreciação da responsabilidade civil do autor pelo dano ambiental respectivo. O valor final da indenização é excessivo.

Houve resposta (fls. 601/604).

É o relatório.

O reexame necessário, que se considera interposto *ex officio* (artigo 475, inciso I, do antigo Código de Processo Civil, vigente à época do sentenciamento, ausente a hipótese excepcionada pelo § 2º do referido dispositivo legal), e o recurso merecem provimento.

Em primeiro lugar, não há que se falar em intempestividade do recurso da Fazenda Estadual. A oposição dos embargos declaratórios pela Fazenda Estadual interrompeu a contagem do prazo recursal (fls. 574/576), nos termos do artigo 538, *caput*, do antigo Código de Processo Civil, o qual se reiniciou a partir do dia 19/12/14, sexta-feira (1º dia útil após a data da publicação da decisão que rejeitou os embargos de declaração - fls. 578/579). No intervalo dos dias 20/12/14 a 06/01/15, houve suspensão do expediente forense e dos prazos processuais respectivos (Provimento CSM nº. 1948/12). No intervalo dos dias 07/01/15 a 18/01/15, também houve suspensão dos prazos processuais (Provimento CSM nº. 2.216/14). Portanto, o prazo recursal de trinta (30) dias deve ser contado do dia 19/01/15, segunda-feira, subtraindo-se um (1) dia do saldo iniciado no ano anterior, em 19/12/14. Em resumo: computando-se vinte e nove (29) dias a partir de 19/01/15, o termo *ad quem* se encerrou no dia 18/02/15, quarta-feira, uma vez que nos dias 16 e 17/02/15 não houve expediente forense (segunda e terça-feira de Carnaval), consoante o Provimento CSM nº. 2.231/14

Acesso ao Sumário

(fls. 618). O recurso de apelação da Fazenda Estadual, assim, foi protocolado no último dia do prazo legal (fls. 583/598 – data do protocolo mais antigo).

Ao tema de fundo.

Com razão a Fazenda Estadual.

A atuação administrativa decorreu do exercício do poder de polícia, que é "***a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direito individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado***".[1]

Não é preciso dizer que o direito de construir não é ilimitado ou incondicional, pois deve ser exercitado dentro dos parâmetros definidos pela legislação, na esfera de competência e atuação do ente público respectivo, o qual visa preservar primordialmente a convivência harmônica e saudável no aglomerado social.

In casu, a prova dos autos indica que o autor, ao contrário do que aduz, tinha pleno conhecimento das irregularidades da construção (***abertura de rua com desmatamento, movimento de terra, desmembramento com venda de lotes e construções sem anuência prévia***), tendo sido orientado de que deveria interromper as obras respectivas, corrigir os danos e providenciar o licenciamento do empreendimento perante a legislação de proteção aos mananciais. Para tanto, foi advertido e informado do embargo da obra, com interdição das atividades. Na advertência que lhe foi encaminhada, o autor foi admoestado de que a continuação das obras sem a anuência da Secretaria de Estado do Meio Ambiente implicaria na ***aplicação das demais sanções de caráter administrativo***. Instaurou-se, no âmbito da Coordenadoria de Licenciamento Ambiental e de Proteção de Recursos Naturais da Secretaria de Estado do Meio Ambiente, o ***processo administrativo SMA nº. 100697/00***. Nessa mesma oportunidade, o autor também foi cientificado do prazo recursal respectivo (fls. 107). O autor, contudo, desrespeitou a ordem administrativa, dando continuidade às ocupações irregulares. Nesse sentido, são os documentos de fls. 95/99, 100, 109/111, 113, 143/144, 159 e 178/179.

Apesar de devidamente notificado para regularizar a situação do imóvel e ao arrepio da legislação vigente, o autor deu continuidade às construções. Houve, inclusive, em sede de ação penal, não obstante a prescrição da pretensão punitiva, o reconhecimento da prática do crime de loteamento irregular da área objeto da ação (fls. 125, 132, 162/164, 165, 169/172, 173/176, 271, 286/291, 292/293, 294/297, 298/299 e 300/303). Ainda nesse sentido, é a fotografia de fls. 119.

Não obstante as conclusões da perícia técnica (fls. 503/515), que estimou um dano ambiental na ordem de R$ 432.000,00 (fls. 536/545), e respeitado

1 *Direito Municipal Brasileiro – 10ª edição – São Paulo: Malheiros Editores, 1998, página 351.*

Acesso ao Sumário

o convencimento da MM. Juíza de Direito *a quo* (fls. 568/571), não se pode afirmar que o autor desconhecia o processo administrativo inaugurado pela Coordenadoria de Licenciamento Ambiental e de Proteção de Recursos Naturais da Secretaria de Estado do Meio Ambiente, com repercussões em seu aventado direito, uma vez que foi informado de que deveria suspender a continuação das obras para a regularização do imóvel. Apesar de advertido das consequências de eventual desobediência, o autor não somente deu continuidade às construções, como também se encarregou de vendê-las a terceiros de boa-fé, o que redundou na denúncia perpetrada pelo Ministério Público e no reconhecimento da prática do crime previsto no artigo 50, inciso II, parágrafo único, inciso I, da Lei do Parcelamento do Solo Urbano (Lei nº. 6.766/79), *verbis*:

Artigo 50. Constitui crime contra a Administração Pública.

(...)

II - dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos sem observância das determinações constantes do ato administrativo de licença;

(...)

Parágrafo único - O crime definido neste artigo é qualificado, se cometido.

I - por meio de venda, promessa de venda, reserva de lote ou quaisquer outros instrumentos que manifestem a intenção de vender lote em loteamento ou desmembramento não registrado no Registro de Imóveis competente.

(...)

Anote-se que o alvará apresentado aos autos, emitido em 10/07 (fls. 215), não dá sustentação à pretensão material do autor, uma vez que a prova dos autos denota que, em face do que constatou a Policia Ambiental, houve frontal desrespeito à ordem emanada da Coordenadoria de Licenciamento Ambiental e de Proteção de Recursos Naturais da Secretaria de Estado do Meio Ambiente, inclusive com denúncia de venda irregular de lotes na área objeto da ação.

Acesso ao Sumário

Além disso, impende consignar que as penas aplicáveis em razão do poder de polícia podem ser aplicadas diretamente pela administração pública, independentemente de provocação do Poder Judiciário, por força da autoexecutoriedade das sanções administrativas relativas às atividades sujeitas ao seu controle respectivo.

Ilustrativamente: **(1) AC 0010295-31.2008.8.26.0127 – Carapicuíba – 3ª Câmara de Direito Público – Relator: Camargo Pereira – j. 02.09.2014; (2) AC 0010289-24.2008.8.26.0127 – Carapicuíba – 1ª Câmara de Direito Público – Relator: Danilo Panizza – j. 25.03.2014; (3) AC 0378932-17.2009.8.26.0000 – Carapicuíba – 5ª Câmara de Direito Público – Relator: Francisco Bianco –**

j. 24.03.2014; (4) AC 0000958-81.2009.8.26.0127 – Carapicuíba – 8ª Câmara de Direito Público – Relator: João Carlos Garcia – j. 06.03.2013.

Esta ***C. Câmara*** (caso deste relator), igualmente, com a participação dos ***eminentes Desembargadores Luiz Burza Neto (revisor)*** e ***Venício Salles (terceiro juiz)***, também julgou nesse sentido: **AC 0017099-73.2012.8.26.0127 – julgado em 10/12/14 – v.u.**

Enfim, respeitado o convencimento da MM. Juíza *a quo*, reforma-se a sentença (fls. 568/571) para ***julgar totalmente improcedente o pedido inicial*** e condenar o autor nos encargos da sucumbência, incluindo verba honorária advocatícia de R$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais), com fundamento no disposto no artigo 20, §§ 3º e 4º, do antigo Código de Processo Civil, vigente à época do sentenciamento.

Por oportuno, vale lembrar que somente nos recursos interpostos contra decisões publicadas a partir de 18/03/16 é que será viável o arbitramento de honorários sucumbenciais de acordo com os critérios do artigo 85, § 11º, do novo Código de Processo Civil, conforme o ***Enunciado administrativo nº. 07/STJ****, verbis*: "**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 artigo 85, § 11º, do novo CPC**". Como a sentença foi publicada em 10/14 (vide fls. 573), aplicável, na espécie dos autos, o Código de Processo Civil de 1973.

É o que se decide.

Posto isso, **dá-se provimento ao reexame oficial e ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0015931-64.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, AÇÃO EDUCATIVA ASSESSORIA PESQUISA E INFORMAÇÃO, CONECTAS DIREITOS HUMANOS, INSTITUTO PRÁXIS DE DIREITOS HUMANOS, INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA - ITTC e PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL E DE SÃO PAULO - ASSOCIAÇÃO DE APOIO E ACOMPANHAMENTO - ASAAC, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. (Sustentou oralmente o defensor público Dr. Carlos Isa, OAB/SP 153773)", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.179)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO

GALIZIA (Presidente), ANTONIO CARLOS VILLEN e ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 7 de novembro de 2016.

PAULO GALIZIA, Relator

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO À EDUCAÇÃO. Oferta de ensino fundamental e médio e na modalidade Educação de Jovens e Adultos (EJA) no período noturno às mulheres que cumprem pena privativa de liberdade na Penitenciária Feminina de Sant´Ana. Possibilidade. Omissão inconstitucional configurada. Política pública insuficientemente concretizada. Direito social fundamental componente do 'mínimo existencial' (arts. 6º, 205 e 206, I e 208, I e VI da CF). Violação ao princípio da separação dos poderes. Inocorrência. Controle de constitucionalidade. Exercício pelo Judiciário de função típica. Teoria da reserva do possível. Inoponibilidade. Vinculação da política pública a normas constitucionais e legais. Discricionariedade administrativa mitigada, que não comporta o não fazer. Garantia às apenadas do direito à remição penal por estudo. Art. 126, § 3º da LEP. Sentença de improcedência reformada.

Recurso provido.

VOTO

Trata-se ação civil pública ajuizada pela ***Defensoria Pública do Estado de São Paulo*** em conjunto com ***Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação; Conectas Direitos Humanos; Instituto Práxis de Direitos Humanos; Instituto Terra, Trabalho e Cidadania – ITCC*** e ***Pastoral Carcerária Nacional e de São Paulo (Associação de Apoio e Acompanhamento – ASAAC)*** contra o ***Estado de São Paulo***, a qual visa à condenação do réu a ofertar ensino fundamental e médio no período noturno e na modalidade Educação de Jovens e Adultos (EJA) às mulheres que cumprem pena privativa de liberdade na Penitenciária Feminina de Sant'Ana (PFS). Pleiteiam, ainda, que o réu seja obrigado a realizar, ao menos no início de cada semestre letivo, ampla divulgação da oferta de vagas no ensino noturno e chamamento da população carcerária à matrícula. Por fim, pedem que, no caso de descumprimento das determinações judiciais, seja cominada multa não inferior a R$ 20.000,00 por dia de atraso.

Acesso ao Sumário

A sentença de fls. 707/711 julgou a demanda improcedente por entender que não há omissão ilícita por parte da Administração Pública a justificar intervenção judicial no caso.

As autoras apelam (fls. 721/781). Relatam que na PFS somente 12% das 2.333 presas estudam e que a unidade oferece cursos regulares apenas nos períodos matutino e vespertino, os quais também se destinam às atividades laborais. Afirmam que pesquisa amostral realizada no bojo da presente ação, em março de 2014, revela que uma das principais razões para a baixa quantidade de estudantes é a concomitância entre os horários de trabalho e de estudo. Das 68,4% das mulheres ali presas que trabalham, 94,5% gostariam de estudar no período noturno. Para 84,10%, o conflito de horários é o que as impede de estudar. Afirmam que tal pesquisa corrobora a que foi realizada em 2011 pela Ação Educativa e que instruiu a inicial. Entendem que há violação ao art. 208, I e VI da Constituição Federal e que está caracterizada a omissão do Estado por não cumprir a contento seu dever de prestar assistência à pessoa presa, privando-a de seu direito fundamental à educação. Também evocam o art. 11, IV da LEP e asseveram que tal omissão impede o cumprimento das penas com pessoalidade e o acesso à remição por estudo (Lei 12.433/2011). Ressaltam que a educação é capaz de promover o desenvolvimento humano e que há carência de informações sobre a demanda efetivamente existente na unidade prisional e sobre a disponibilidade de vagas, bem como não há estímulo à matrícula. Alegam que em outros estabelecimentos penais da Capital que abrigam mulheres (Penitenciárias Femininas da Capital e do Butantã) o ensino noturno é garantido às presas. Ressaltam que já há estrutura para implementação dos cursos e lembram que a última rebelião no local se deu em 2006 justamente por conta das precárias condições de educação e trabalho. Por fim, entendem que não há discricionariedade administrativa no presente caso, mas, sim, omissão dos administradores em dar cumprimento a políticas públicas já definidas nas instâncias e poderes legítimos, sendo também legítima a atuação do Judiciário. Evocam uma série de normas nacionais e internacionais a lastrear o pedido.

Recurso tempestivo.

A Fazenda do Estado de São Paulo apresentou contrarrazões (fls. 785/803).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento da apelação (fls. 809/816).

É O RELATÓRIO.

Em suas contrarrazões, a Fazenda arguiu, preliminarmente, que as providências pleiteadas na exordial expressam invasão na esfera de competências da Administração, denotando ou a ausência de interesse de agir das autoras ou a impossibilidade jurídica do pedido.

Todavia, a matéria levantada sob o título de preliminar não diz respeito a

Acesso ao Sumário

nenhuma das chamadas condições da ação. Na verdade, a questão é de mérito e como tal será examinada.

Trata-se de ação civil pública ajuizada pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em conjunto com cinco entidades da sociedade civil para o fim de condenar o Estado de São Paulo à obrigação de oferecer às mulheres que cumprem pena privativa de liberdade na Penitenciária Feminina de Sant´Ana, no período noturno, ensino fundamental e médio e na modalidade Educação de Jovens e Adultos (EJA) e também à obrigação de realizar ampla divulgação da oferta do ensino noturno, bem como o chamamento da população carcerária à matrícula.

Alegam as demandantes que um número substancial de mulheres custodiadas pela instituição não cursam o ensino fundamental e médio porque são oferecidos apenas nos períodos matutino e vespertino. A maioria trabalha durante esses períodos e escolhem privilegiar seu direito ao trabalho – que lhes gera remuneração – em detrimento do direito ao estudo. Isso ocorre porque, nas condições ofertadas na unidade prisional, a fruição de um é excludente da fruição do outro.

O juízo de origem considerou não haver omissão estatal porque constatou que o direito à educação não deixa de ser garantido na Penitenciária, uma vez que os mencionados cursos são oferecidos nos períodos diurno e vespertino (fls. 707/711).

Em que pese tal entendimento, a omissão é evidente.

A inicial foi instruída com uma pesquisa realizada em março de 2011, pela ONG *Ação Educativa* (fls. 141/175), que contou com a participação de cerca de 5% das 2.564 mulheres presas na ocasião. Concluiu-se que, das entrevistadas, apenas 14% haviam concluído os ensinos fundamental e médio e outros 14% concluíram somente o fundamental. Apenas 11% estavam estudando no momento (o que engloba os cursos ora pleiteados e outros cursos oferecidos denominados na praxe local de 'cursos técnicos'). Das 89% que não estavam estudando, 23% alegaram que pararam os estudos porque começaram a trabalhar e, destas, 79% gostariam de estudar. Dentre as que nunca haviam estudado na prisão (62%), 37% afirmaram que não estudavam devido à coincidência do horário dos cursos com o das oficinas de trabalho. Dentre as mulheres que estudavam à época e as que já tinham estudado em algum momento na prisão (38%), 63% souberam da disponibilidade de vagas por meio de colegas, 25% por meio de funcionários e somente 10% por meio por cartazes. Do total das entrevistadas, 59% trabalhavam na prisão, sendo que 94% destas ocupavam os períodos da manhã e da tarde com a atividade laboral (fls. 156, 160, 166, 167, 168 e 169).

Documento expedido pela Coordenadoria de Unidades Prisionais da Região Metropolitana de São Paulo atestou que, à época, das 2.618 mulheres

Acesso ao Sumário

presas, apenas 238 estudavam (fls. 254).

Em março de 2014, por solicitação do juízo monocrático, pesquisa similar foi realizada (fls. 496/674vº). A Diretoria do Centro de Segurança e Disciplina da Penitenciária participou de reunião para aprovar a metodologia a ser empregada (fls. 492). O resultado foi bastante similar. Apenas 12% das entrevistadas estavam estudando, enquanto 68,4% trabalhavam na unidade. Das que não estudavam, 81,1% não o faziam porque o horário das aulas coincidia com o do trabalho. 96,6% tinham interessem em estudar e 87,2% tinham interesse em estudar no período noturno. Das que trabalhavam, 94,5% interessavam-se pelo curso noturno. A pesquisa apontou, ainda, que 57,2% das entrevistadas não concluíram o ensino fundamental obrigatório e que 91,8% não cursaram o ensino médio (fls. 498, 499 e 500).

Com efeito, a educação básica é o primeiro dos direitos sociais elencados no art. 6º da Constituição Federal. O art. 205 da CF dispõe que, além de ser dever da família, a educação é dever do Estado e deve ser promovida com vistas ao pleno desenvolvimento da pessoa, preparando-a para o exercício da cidadania e qualificando-a para o trabalho. O art. 206 (*caput* e I), por seu turno, prevê que o ensino será ministrado tendo por base o princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.

Fundamental para o deslinde da causa, o art. 208 da CF dispõe que:

*"**O dever do Estado** com a educação será efetivado mediante a garantia de:*

*I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, **assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria**; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) (Vide Emenda Constitucional nº 59, de 2009)*

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996) (...)

***VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando**; (...)*

***§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo**.*

*§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, **ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.** (...)"* (grifos e destaques meus).

Por fim, o § 3º do art. 211 determina que os Estados da Federação atuem prioritariamente no ensino fundamental e médio.

Como se vê, o direito pleiteado é garantido pela Constituição Federal.

Ressalte-se que os direitos sociais são elencados no capítulo II do título II da Constituição Federal, que dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais e que o § 1º do art. 5º dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.

Acesso ao Sumário

Acrescente-se que referido direito foi regulamentado pela Lei Federal 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Base da Educação – LDB), em seu art. 4º, IV, VI e VII:

"Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

IV - acesso público e gratuito aos ensinos fundamental e médio ***para todos os que não os concluíram na idade própria;*** *(Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013) (...)*

VI - ***oferta de ensino noturno regular****, adequado às condições do educando;*

VII - ***oferta de educação escolar regular para jovens e adultos****, com características e modalidades adequadas às suas necessidades e disponibilidades,* ***garantindo-se aos que forem trabalhadores as condições de acesso e permanência na escola****; (...)"*

A Secretaria de Administração Penitenciária afirma ser impossível a implantação dos cursos porque isso implicaria na diminuição do nível de segurança da Penitenciária, porquanto faltariam servidores (agentes penitenciários e agentes de escolta e vigilância) para atuar na logística que envolve a ida das presidiárias ao curso e sua volta às celas. Alega, ainda, que o prédio é antigo e que a estrutura física do local é imprópria para garantir que não haja indisciplina, desordens, fugas, motins e rebeliões por ocasião da frequência aos cursos (fls. 176, 178, 183, 184, 444/448 e 456/457).

Por outro lado, há nos autos documentos que indicam não haver óbice intransponível à implantação dos cursos.

O documento de fls. 181, elaborado pela Coordenadoria de Estudos e Normas Pedagógicas da Secretaria de Estado da Educação, informa que, para o ano letivo de 2012, estava sendo realizado levantamento da demanda de alunos e classes nas unidades prisionais do Estado, com o acompanhamento das diretorias regionais de ensino e que o período noturno seria atendido progressivamente, de acordo com a necessidade e possibilidade de cada unidade prisional.

A fls. 261/262, servidora que integra a Assistência Técnica da Chefia de Gabinete da Secretaria de Administração Penitenciária aponta a necessidade de atender aos termos da Resolução 2/2010 da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação do Ministério da Educação – que dispõe sobre as diretrizes nacionais para a oferta de educação para jovens e adultos em situação de privação de liberdade nos estabelecimentos penais –, razão pela qual fora criada, por meio da Resolução SAP 74/2012, o Grupo de Articulações nas Prisões, o qual realizaria diagnósticos de necessidades nas unidades prisionais, "objetivando encontrar alternativas para superação de diversas dificuldades existentes nos estabelecimentos penais, no que tange às atividades escolares, bem como a eficácia de seu funcionamento (...)". A Resolução, inclusive, prevê a oferta de curso noturno nas unidades prisionais destinadas ao cumprimento de

Acesso ao Sumário

pena em regime semiaberto e nos centros de ressocialização (art. 5º, § 2º).

A fls. 251/255, o diretor técnico da PFS, ao 'elencar subsídios' para instruir a defesa do Estado na presente ação civil pública, sustenta que "o mérito da matéria (estudo noturno) [não se trata] de simples discricionariedade dos dirigentes das unidades prisionais, mas sim de um assunto que, antes de ser implantado em sua iminência, é carecedor de grupos de estudos conjunto formado pela: Vara das Execuções Criminais, Secretaria da Administração Penitenciária, Secretaria da Educação, Secretaria da Segurança Pública, Funap, Defensoria e entidades civis, tudo visando garantir contingente de funcionários e até outras alternativas (...)". Conclui o diretor que, perante o embate que se dá entre os direitos básicos à educação e à segurança, os quais devem ser cumpridos em conjunto, "a solução está em desenvolver planos específicos no intuito de ver cumpridos tais direitos" (fls. 254/255).

Todavia, a demanda foi proposta em abril de 2012 e até o momento, outubro de 2016, a realidade fática não se alterou, não havendo notícia de que qualquer grupo de estudos tenha sido implementado.

Sob a custódia do Estado, as pessoas que cumprem pena privativa de liberdade em regime fechado não têm como ter acesso a seu direito fundamental à educação fora do estabelecimento prisional. É dever do Estado garantir aos condenados "*todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei*" (art. 3º da Lei de Execução Penal - LEP, grifo meu), sendo assegurado aos presos "*o respeito à integridade física e moral*" (art. 5º, XLIX da CF e art. 40 da LEP, grifos meus).

Assim, é clara a violação ao direito das apenadas.

Há evidente omissão do Estado na implementação da política pública educacional de modo a contemplar integralmente os ditames da Carta Magna, da LDB e da LEP.

Trata-se de política pública que se vincula a normas constitucionais e legais, cabendo ao administrador cumpri-las. A discricionariedade administrativa, no caso, é mitigada e não comporta o não realizar.

Dessa forma, o Poder Judiciário, atuando em sua função típica de controlar a constitucionalidade de atos administrativos vinculados, tem o dever de imputar ao Estado a obrigação de adequar-se aos termos da Constituição.

Ao Judiciário cabe, tanto quanto aos demais poderes, o dever de garantir a máxima efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os sociais.

Ada Pelegrini Grinover, citando pensamento de Tércio Sampaio Ferraz Junior, afirma que "no Estado democrático de direito, o Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar numa neutralização de sua atividade. Ao contrário, o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à

Acesso ao Sumário

política estatal"[1].

Em vista do exposto, notório o interesse de agir das autoras e a possibilidade jurídica do pleito: garantir acesso a direito social fundamental a um grupo de pessoas, por meio da otimização da política pública já implementada.

Consigne-se que o direito à educação compõe o núcleo de direitos que se convencionou chamar de 'mínimo existencial'[2]. Neste campo, a teoria da reserva do possível não se presta a justificar a omissão, salvo se cabalmente demonstrada a exaustão orçamentária.

Kazuo Watanabe diferencia três espécies de direitos fundamentais sociais sob a perspectiva da possibilidade de tutela jurisdicional: "I) os que correspondem ao núcleo básico do princípio da dignidade da pessoa humana e configuram o chamado 'mínimo existencial'; II) os que, embora não estejam referidos ao 'mínimo existencial, estão previstos em normas constitucionais de 'densidade suficiente' e por isto não são dependentes, para a judicialização, de prévia ponderação do Legislativo ou do Executivo por meio de política pública específica; III) os demais direitos fundamentais sociais, previstos em normas constitucionais de cunho programático"[3].

Afirma que somente os direitos fundamentais sociais pertencentes às duas primeiras categorias são imediatamente judicializáveis. É o que ocorre no presente caso, pois a demanda se insere na primeira classificação do autor.

Recente julgado desta 10ª Câmara de Direito Público corrobora o entendimento acima exposto. Trata-se da Apelação nº 3031082-93.2013.8.26.0405 (Rel. Des. Marcelo Semer, j. 19/09/2016), cujo resultado foi a condenação do Estado de São Paulo a manter um número limitado de encarcerados em duas de suas unidades prisionais (obrigação de não fazer). Confira-se:

> "(...) No caso, **em vez de invasão da seara administrativa e, por consequência, da separação de poderes, o que existe é o cumprimento do princípio da inafastabilidade da jurisdição** (art. 5º, inciso XXXV, CF). Ainda que concorra ao Poder Executivo a administração penitenciária, **a garantia do cumprimento das disposições legais não pode ser afastada do controle judiciário**. Assim, não basta

Acesso ao Sumário

1 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 164, out./2008, p.12.

2 "Consiste o mínimo existencial de um complexo de interesses ligados à preservação da vida, à fruição concreta da liberdade e à dignidade da pessoa humana. Tais direitos assumem, intuitivamente, um status axiológico superior, e isto por serem essenciais à fruição dos direitos de liberdade. Sem direitos sociais mínimos, os direitos de liberdade permanecem um mero esquema formal." (GOUVÊA, Marcos Maselli. *Controle das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.257).

3 WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas, 'mínimo existencial' e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis*, 2.ed, Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.224.

que o Executivo seja o responsável por custodiar os presos – faz-se imprescindível que sua custódia se faça de acordo com os princípios constitucionais, as regras de tratados internacionais que o país ratifica e segundo suas próprias normas legais.

A custódia de presos que não corresponde a tais ditames, que ofenda tão frontalmente a direitos fundamentais, resulta ser, na verdade, descumprimento da obrigação assumida pelo próprio Estado. **E não há descumprimento de lei, tanto mais de direitos constitucionais** (como a já mencionada proibição de penas cruéis e degradantes) **que não possa ser apreciada pelo Estado-Juiz**.

E a reserva do possível, no caso, nada mais é do que a reserva do negligenciado, a reserva da omissão. O que se busca, em suma, é o direito do Estado-administração a descumprir suas próprias normas justamente na aplicação de sanções a quem descumpriu normas por ele fixadas (...)" (destaques meus).

Assim, o orçamento estatal deve adaptar-se para que seja melhorada a política pública já em curso.

Lembre-se, ainda, que há tempos o conceito de orçamento público ganhou contornos que se alinham ao modelo social de Estado, que é o adotado pela República brasileira. Trata-se do orçamento-programa, voltado para a realização dos fins estatais[4].

No mais, o pedido não se mostra irrazoável, uma vez que a instituição já conta com instalações adequadas para oferta dos cursos noturnos, pois já oferece os cursos diurnos (salas de aula adaptadas nas oficinas de trabalho – fls. 252).

Conquanto a Secretaria de Administração Penitenciária tenha, ao longo do processo, fornecido dados diversos a respeito da quantidade de salas disponibilizadas para o ensino formal na Penitenciária e também sobre a quantidade de vagas, é certo que na instituição já existem ao menos 90 carteiras distribuídas em três salas de aula[5].

Também não são claras as informações relativas à quantidade necessária de servidores para atuar na fiscalização das mulheres no momento em que se dirigem para o curso e que se encaminham para as celas após o seu término, bem como no monitoramento dos locais de aula.

Acesso ao Sumário

4 "(...) A ausência de recursos atuais para a consecução dos fins do Estado – e por decorrência para a satisfação espontânea dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais – deverá pautar a conduta dos poderes Executivo e Legislativo para atuação responsável nas finanças públicas, a fim de que seja programado o custeio dos gastos a serem gerados no tempo (...)" (CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a 'reserva do possível': dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. *Revista judiciária do Paraná*, Curitiba, n.5, mai.2013, p.127).

5 Informação de fls. 124: dez salas de aula com capacidade para 25 reeducandas cada; informação de fls. 442: quatro salas de aula e cem vagas para cada período (cem carteiras); informação de fls. 483: três salas de aula, com 90 vagas em cada período; informação de fls. 691: cem vagas; informação de fls. 792: dez salas de aulas com capacidade para 25 reeducandas.

Durante a audiência de conciliação, foi informado ao juízo (fls. 464/465) que, nos períodos da manhã e da tarde, trabalham cerca de dez a 12 servidores por pavilhão (são três pavilhões na unidade), sendo que à noite o número é reduzido para cerca de quatro ou cinco servidores. Quando há prestação de ensino, há mais cerca de quatro servidores voltados à tarefa (dois agentes penitenciários e dois oficiais administrativos vinculados à SAP).

No entanto, a fls. 690/692, o secretário da Administração Penitenciária informou que a unidade prisional conta, no plantão noturno II, com 27 agentes de segurança penitenciária e 15 agentes de escolta e vigilância penitenciária e, no plantão noturno IV, com 26 agentes de segurança e 15 agentes de escolta.

Assinala que para implementação do curso são necessários mais 18 agentes de segurança e dez agentes de escolta e vigilância no plantão noturno II e 19 agentes de segurança e dez agentes de escolta no plantão noturno IV.

Todavia, o Grupo Regional de Ações do Trabalho e Educação da Coordenadoria de Unidades Prisionais da Região Metropolitana de São Paulo informa que apenas um agente de segurança penitenciária realiza o controle do ambiente educacional na PFS nos períodos matutino e vespertino (fls. 480/481).

Por outro lado, admite-se que na Penitenciária Feminina da Capital (PFC) – que também é abrigo de mulheres que cumprem pena privativa de liberdade em regime fechado, situa-se em avenida paralela à em que está localizada a PFS (fls. 439) e conta com os cursos noturnos (fls. 484/485) –, dois servidores realizam esse controle (fls. 484).

Cabível, portanto, a seguinte indagação: se nos cursos diurnos quatro servidores são empregados na logística da educação, é preciso acrescer 29 servidores para a realização do mesmo serviço no período noturno?

A incongruência da resposta enviada ao juízo indica que o número de servidores não é óbice para o cumprimento da obrigação.

Ora, se é fato incontroverso que na PFC há cursos noturnos, é necessário acrescentar que, sob o postulado da isonomia, não há porque excluir um grupo de pessoas submetidas a condições similares de usufruir do mesmo direito primordial[6].

Afirmou-se, para justificar a ausência de implantação dos cursos noturnos na PFS, que já houve uma fuga, em 2006 e cinco tentativas de fuga, enquanto na PFC não constam ocorrências graves de disciplina. Contudo, é fato notório,

Acesso ao Sumário

6 "Obrigação de fazer - Menor - Disponibilização gratuita de transporte escolar - Direito à educação - Dever do Estado - Incidência do artigo 208, inciso VII, da CF, e do artigo 54, inciso VII, do ECA - Previsão expressa de atendimento ao educando com transporte - Inexistência de ofensa ao princípio da impessoalidade - Disponibilização a qualquer aluno que necessitar do transporte vespertino - **Ofensa ao princípio da isonomia caracterizado, face à disponibilização de transporte somente aos alunos do período matutino** - Ação procedente - Recurso não provido" (Apelação nº 0001712-56.2009.8.26.0698, Rel. Henrique Nelson Calandra, 2ª Câmara de Direito Público, j. 13/12/2010, destaque meu).

amplamente divulgado pela imprensa, que na PFC já houve, sim, rebeliões, como, por exemplo, a que ocorreu em 24/08/2004[7].

Cumpre observar que o curso noturno na PFC existe há 20 anos (fls. 485), sendo ministrado entre 17h15 e 21h30 (fls. 434/438).

É de se lembrar aqui a lição dada pelo Min. Celso de Mello, em decisão monocrática que negou trânsito à Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 (j. 29/04/2004), pois aborda diversos aspectos que envolvem o presente caso:

> "ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).
>
> (...) Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional:
>
> '(...) - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. (...) - **Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total,**

7 (endereço eletrônico constante do texto original)

quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (...)

- A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.' (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário e nas desta Suprema Corte, em especial a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. (...)

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à 'reserva do possível' (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, 'The Cost of Rights', 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo,

Acesso ao Sumário

que **a cláusula da 'reserva do possível' – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.**

Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ('A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais', p. 245-246, 2002, Renovar): '(...) A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. **Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos**. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. (...)' (...)

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, **se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais**, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, **justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário**, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado (...)" (destaques meus).

Importa dizer também que, no recente julgamento de outra Medida Cautelar

em ADPF (nº 347), o STF constatou haver "estado de coisas inconstitucional" a imperar no sistema penitenciário brasileiro:

> "CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – **ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais**, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caraterizado como 'estado de coisas inconstitucional'. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão" (Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 09/09/2015, grifos e destaque meus).

Convém trazer à baila, ainda, notória decisão proferida, em 2013, pela Câmara Especial deste Tribunal de Justiça, que determinou que o Município de São Paulo criasse 150 mil novas vagas em creches e pré-escolas, a fim de atender à demanda cadastrada:

> "Apelação de sentença que julgou improcedente ação civil pública proposta com o objetivo de obrigar a Municipalidade de São Paulo a propiciar educação infantil a 736 crianças, bem como ampliar a oferta de educação infantil, mediante construção de unidades escolares suficientes para atender toda a demanda oficialmente cadastrada, e ainda a indenizar aquelas não atendidas por danos morais e materiais difusos, como forma de reparação dos prejuízos sociais e econômicos causados pela omissão estatal Inexistência de perda superveniente do objeto da ação - **Direito das crianças à educação infantil consagrado na Constituição da República** e no Estatuto da Criança e Adolescente, correspondendo a obrigação prioritariamente do Município - **Dever do Poder Judiciário, no intuito inarredável de fazer cumprir a Constituição, de exigir do Poder Executivo tornar efetivo o direito praticando atos concretos tendentes a sua materialização, não sendo a incumbência inibida**

Acesso ao Sumário

pela alegação de que assim agindo estaria se imiscuindo na esfera específica de atuação do último Poder, pois a questão diz respeito ao controle de constitucionalidade, isto é, se o Poder Executivo deixa, porventura, de efetivar um direito garantido na Lei Básica, a interveniência do Poder Judiciário se faz legítima e incontrastável - Jurisprudência - Omissão do Município de São Paulo reconhecida - Apelo julgado parcialmente procedente para obrigar o Município de São Paulo a criar novas vagas em creches e em pré-escolas, no prazo fixado e em número suficiente para atender toda a demanda cadastrada, propiciando ensino dentro de padrões de qualidade; obrigar o Município de São Paulo a incluir na proposta orçamentária a ampliação da rede de ensino atinente à educação infantil de acordo com a ampliação determinada; obrigar o Município de São Paulo a apresentar, no prazo estipulado, plano da ampliação de vagas e de construção de unidades de educação infantil, bem como apresentar, semestralmente, relatórios completos sobre as medidas tomadas para efeito do cumprimento da obrigação fixada" (Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002, Rel. Des. Walter de Almeida Guilherme, j. 16/12/2013, destaques meus).

No mesmo sentido:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Educação é direito de todos e dever do Estado e da família - **Cidade onde o Estado não oferece Programa de Educação para Jovens e Adultos (EJA), burlando exigência constitucional** - Se não houver possibilidade de oferecer classes, por insuficiência de candidatos, deverá matricular os interessados em escolas próximas, arcando com o ônus da locomoção - Cumprimento da decisão no início do período normal de matrículas da rede de ensino - Reexame necessário e recurso parcialmente providos" (Apelação nº 0001795-12.2010.8.26.0060, Rel. Des. Francisco Vicente Rossi, 11ª Câmara de Direito Público, j. 14/05/2012, destaque meu).

No mais, ainda que existam divergências acerca das finalidades da pena adotadas pelo Direito Penal brasileiro, a Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal (213/83), traz o seguinte conteúdo:

"13. Contém o artigo 1º duas ordens de finalidades: a correta efetivação dos mandamentos existentes nas sentenças ou outras decisões, destinados a reprimir e a prevenir os delitos, e a oferta de meios pelos quais ***os apenados*** *e os submetidos às medidas de* ***segurança venham a ter participação construtiva na comunhão social.***

14. Sem questionar profundamente a grande temática das finalidades da pena, curva-se o Projeto, na esteira das concepções menos sujeitas à polêmica doutrinária, ao princípio de que ***as penas*** *e medidas de segurança* ***devem realizar*** *a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade"* (grifos originais, destaques meus).

Lembre-se também que o País é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que preconiza,

Acesso ao Sumário

no item 6 de seu art. 5º, que "*as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados*" (grifo meu). Ressalto que as normas contidas na Convenção têm status de normas constitucionais[8].

Por fim, afigura-se imprescindível garantir às mulheres que cumprem pena privativa de liberdade na Penitenciária Feminina de Sant'Ana a possibilidade de gozarem do benefício da remição por estudo, nos termos da Lei 12.433/2011, que alterou o art. 126 da LEP[9].

Diante de todo o exposto, de rigor o provimento do recurso para julgar a ação procedente.

Fica o Estado de São Paulo condenado na obrigação de ofertar ensino fundamental e médio e na modalidade Educação de Jovens e Adultos (EJA) no período noturno às mulheres que cumprem pena privativa de liberdade na Penitenciária Feminina de Sant'Ana e na obrigação de realizar ampla divulgação da oferta de ensino e chamamento da população carcerária à matrícula.

Determino que providências sejam tomadas para que, no início do primeiro semestre de 2018, sejam implementados os cursos. Observo que a fls. 482 consta informação de que o ensino formal está a cargo da Secretaria da Educação e que é disposto em ciclos compostos por 200 horas/aula desenvolvidos em seis meses, com aulas de segunda a sexta-feira, com quatro horas de duração.

Faculto às partes à formação de grupo de estudos conjunto, nos moldes do que foi sugerido pela Diretoria Geral da PFS, a fls. 254/255[10].

Para o caso de descumprimento da decisão, fixo multa diária no importe de R$ 500,00 por dia até o limite de R$ 500.000,00 (art. 645 do CPC/73), a contar do dia 02/01/2018, quando deve ter início a divulgação da oferta de vagas e o chamamento à matrícula.

8 Art. 5º, §§ 1º e 2º da Constituição Federal.

9 *"Art. 1º Os arts. 126, 127, 128 e 129 da Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), passam a vigorar com a seguinte redação:*

'Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

§ 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de:

I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias;

II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho. (...)

§ 3º Para fins de cumulação dos casos de remição, as horas diárias de trabalho e de estudo serão definidas de forma a se compatibilizarem. (...)

§ 5º O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação .(...)(NR)."

10 Composto pela Vara das Execuções Criminais, Secretaria da Administração Penitenciária, Secretaria da Educação, Secretaria da Segurança Pública, Funap, Defensoria Pública e entidades civis.

Não há condenação em custas, despesas processuais e honorários.

Pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1019063-53.2015.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante RENATO PEREIRA, é apelada FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO (PGE REG SJRP).

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 23.483)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CRISTINA COTROFE (Presidente), BANDEIRA LINS e ANTONIO CELSO FARIA.

São Paulo, 9 de novembro de 2016.

CRISTINA COTROFE, Relatora

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – Prisão pela ausência de pagamento de pensão alimentícia – Indenização por danos morais – Erro judiciário – Inocorrência – Cárcere por tempo superior ao fixado não verificado – Prisão derivada de ordem judicial escrita e devidamente fundamentada – Inteligência do artigo 5º, incisos LXI e LXVII, da Constituição Federal. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por ***Renato Pereira*** contra a respeitável sentença de fls. 120/122, que, nos autos da ação ordinária proposta em face da ***Fazenda do Estado de São Paulo***, julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais e condenou o vencido ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da causa, observado, no entanto, os benefícios da justiça gratuita que lhe foram concedidos.

O apelante sustenta, em síntese, que sua prisão ocorreu sem o respectivo mandado judicial. Afirma, que a decisão a qual determinou o seu encarceramento pela falta de pagamento de pensão alimentícia foi publicada em 19/09/2015,

Acesso ao Sumário

mesmo dia em que a Polícia Civil compareceu a sua residência para efetuar a sua prisão.

Regularmente processado o recurso, foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXXV, estabelece que "*o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença*".

Extrai-se dos autos que em 18 de setembro de 2015 foi determinada a prisão do apelante pelo prazo de 30 dias em decorrência da falta de pagamento de pensão alimentícia, sendo que em 21 de setembro de 2015 foi determinado a sua soltura tendo em vista que a referida obrigação já havia sido cumprida.

Desta forma, não há que se falar em prisão além do tempo fixado na sentença.

Anote-se, que tampouco se verifica a ocorrência de qualquer erro judiciário.

Conforme ensina Rui Stoco, o chamado erro judiciário, para que acarrete ao Estado o dever de indenizar, deve ser substancial e inescusável, presentes o dolo ou a culpa do juiz, nos termos do artigo 133 do Código de Processo Civil[1], vigente à época. Nesse sentido, bem elucida o doutrinador:

> *"Como observamos abaixo, permitir que sem a existência de dolo ou fraude tal como dispõe o art. 133 do CPC seja responsabilizado o Estado pelos atos dos juízes, seria contrariar a sua qualidade de Poder que permeia os órgãos judiciários, pois o Poder Judiciário, ao exercer função que dimana da própria soberania, qual seja, decidir em última instância sobre a aplicabilidade e efetividade das normas, não iguala o seu agente ou órgão de poder (o julgador) ao administrador, que, ao revés, pratica atos de execução regrados e informados pelo princípio da legalidade, permitindo o amplo controle judicial da atividade administrativa e a direta responsabilização do Estado pelo funcionamento deletério do serviço público.*
>
> *(...)*
>
> *Pode-se então afirmar que o Estado não é civilmente responsável pelos atos de seus juízes, exceto nos casos expressamente declarados em lei, posto que o ato jurisdicional caracteriza-se como emanado da própria*

Acesso ao Sumário

1 "Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte. Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no nº II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias" (g.n.).

soberania estatal.

Mais ainda, em razão de atos dos juízes que possam eventualmente causar danos, não responde objetivamente o Estado, salvo nos casos expressamente declarados em lei, impondo-se a apuração de comportamento doloso ou fraudulento desses agentes.

Essa a orientação que predomina na Suprema Corte. Isto porque não se pode exacerbar a ponto de negar valor ao instituto da coisa julgada, que é um fator de segurança jurídica e certeza da necessária imutabilidade das decisões, ou de olvidar as garantias mínimas que devem ser asseguradas ao julgador para que, livre de pressões e injunções, possa efetivamente dar a cada um o que é seu, distribuindo efetiva justiça"[2].

E, na hipótese em comento, não se verifica qualquer erro judiciário ou ilegalidade na prisão posto que, ainda que não juntado o mandado de prisão nos presentes autos, o encarceramento do recorrente decorreu de decisão judicial escrita e devidamente fundamentada na ausência de pensão alimentícia, conforme determina expressamente o artigo 5º, incisos LXI e LXVII, da Constituição Federal:

"LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei"

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

Ademais, cumpre ressaltar que os agentes policiais agiram de boa-fé, dentro dos limites de suas funções, sem expor o apelante a constrangimento intencional.

Nas lições de Sérgio Cavalieri Filho, *"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. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos"*[3].

Assim, sem a configuração de qualquer ato ilícito, dolo ou culpa, não há

Acesso ao Sumário

2 Tratado de Responsabilidade Civil, 7ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.1058/1059.

3 *Programa de Responsabilidade Civil*, Malheiros, 2ª edição, 3ª tiragem, p. 78.

nexo causal que justifique qualquer indenização pleiteada.

Em casos análogos, inclusive, os julgados desta E. Corte:

RECURSO DE APELAÇÃO. ERRO JUDICIÁRIO. ALEGAÇÃO DE PRISÃO INDEVIDA. REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS MORAIS. DESCABIMENTO. O erro judiciário indenizável é aquele em que o Estado-juiz lesiona a parte por agir com dolo à parte por agir com dolo, fraude ou culpa grave. Situação não contemplada na hipótese dos autos. Desclassificação da conduta praticada pelo agente e extinção da punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva. Ausência de ilegalidade ou abuso de poder por parte do Estado capaz de ensejar o dever de indenizar. Sentença mantida. Recurso desprovido. (Apelação nº 0031816-21.2012.8.26.0053, Rel. Nogueira Diefenthaler, j. 18/04/2016).

APELAÇÃO – Ação Ordinária – Danos morais – Autor que foi mantido em cárcere após a prescrição da pretensão executória – Inadmissibilidade – Autor estava cumprindo pena imposta por sentença condenatória transitada em julgado, quando se evadiu do presídio – Ausência de erro judiciário – Indenizar o autor, nessa hipótese, configuraria verdadeira inversão de valores – Sentença mantida – Recurso desprovido. (Apelação nº 0034875-42.2012.8.26.0562, Rel. Ana Liarte, j. 27/04/2015).

Ante o exposto, pelo meu voto, ***nega-se provimento*** ao recurso. Nos termos do disposto no artigo 85, §§ 11 e 8º, do Código de Processo Civil, considerando o trabalho adicional nessa fase recursal e atendendo-se aos critérios legais e trabalhos desenvolvidos, majoro os honorários, antes fixados em 10% sobre o valor da causa, para 15% sobre o valor da causa, observado, no entanto, os benefícios da assistência judiciária gratuita.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002297-53.2016.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante ISAAC MANOEL DA CRUZ, é apelado PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE OSASCO.

ACORDAM, em 1ª 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 13.601)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DANILO PANIZZA (Presidente) e LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 8 de novembro de 2016.

VICENTE DE ABREU AMADEI, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Ação anulatória de ato administrativo c.c indenização por danos materiais e morais – Município de Osasco – Alegação do autor (GCM) de que suportou danos materiais e morais, em decorrência de punição que reputa ilegal e desproporcional por ter compartilhado vídeo em sua página pessoal na rede social *Facebook*, considerado de conteúdo aviltante e depreciador à Instituição Guarda Civil Municipal – Procedimento administrativo instaurado para a apuração dos fatos, que culminou com a aplicação de punição ao servidor, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa – Ausência de ilegalidade na conduta da Administração, e de falta de proporcionalidade e razoabilidade na punição aplicada – Ônus probatório do autor – Indenização indevida – Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 106/115) interposta por **Isaac Manoel da Cruz**, em ação anulatória de ato administrativo c.c indenização por danos materiais e morais movida em face da **Prefeitura do Município de Osasco**, contra a r. sentença (fls. 103/104), que julgou improcedente a demanda, condenando o autor ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 3º, I, do NCPC.

O autor pretende o provimento de seu recurso para a reforma da r. sentença, arguindo, em síntese: **a)** agiu de boa-fé ao compartilhar um vídeo que o seu superior hierárquico havia publicado; **b)** não fez comentários sobre o vídeo e, ademais, não houve qualquer ofensa ao Comandado nem tampouco qualquer prejuízo à municipalidade; **c)** de rigor a anulação do ato administrativo, porquanto afrontou os princípios da legalidade, eficiência, razoabilidade e proporcionalidade. Subsidiariamente, requer a redução da verba honorária fixada.

Recebido o recurso, foi contrariado (fls. 121/123), e os autos subiram a este E. Tribunal de Justiça.

É o relatório, em acréscimo ao da r. decisão recorrida.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade do recurso.

Trata-se de discussão sobre a legalidade, ou não, de punição administrativa

imposta ao autor, por transgressão ao art. 19, XV, da Lei Complementar Municipal nº 129/2005, em decorrência de compartilhar vídeo institucional adulterado em sua página pessoal na rede social *Facebook*, considerado com conteúdo aviltante que denigre e deprecia a Instituição Guarda Civil Municipal de Osasco.

Discorre o demandante que recebeu um vídeo pelo *WhatsApp*, de conteúdo informativo sobre a Guarda Civil Municipal, cujo assunto era a entrega de novas viaturas ao Comando, bem como que no mesmo dia um colega da Corporação publicou esse mesmo vídeo no *Facebook.*

Narra que assistiu apenas o início do vídeo e compartilhou-o em sua página na rede social, acreditando que seu conteúdo traria prestígio à Guarda Civil Municipal de Osasco, todavia, não observou que o vídeo compartilhado havia sofrido alteração.

Informa que foi punido com sete dias de suspensão, publicada a sanção aplicada na imprensa oficial do município e anotada em seu prontuário, mesmo após relatar ao Comando que não tinha conhecimento da adulteração do vídeo, ao compartilhá-lo de boa-fé, para além de não ter conteúdo pejorativo.

Sustenta que a punição que lhe foi aplicada é ilegal e desproporcional, uma vez que não fez comentário sobre o vídeo, bem como não houve qualquer ofensa à Instituição Guarda Civil Municipal de Osasco nem tampouco o fato ocasionou prejuízo à municipalidade e, portanto, o ato administrativo deve ser anulado com as consequentes indenizações a título de danos materiais, decorrente do prejuízo (dias parados) e danos morais, uma vez que se sentiu constrangido e emocionalmente desgastado.

Respeitado entendimento diverso, a r. sentença atacada está correta e não comporta reparo algum.

De fato, para além de incontroverso que o vídeo em pauta, considerado de conteúdo depreciativo pelo Comando da Guarda Civil Municipal de Osasco, foi compartilhado pelo autor em sua página pessoal na rede social *Facebook*, certo é que também não há no ato administrativo punitivo ilegalidade ou arbitrariedade.

De outro turno, a apelada trouxe aos autos informações e documentos que esclarecem e justificam sua conduta, sem mácula ao princípio da legalidade (fls. 76/86).

Não se deve olvidar que o autor foi punido, por compartilhar vídeo, considerado pelo Comando com teor depreciativo à Instituição Guarda Civil Municipal de Osasco, como se verifica do conteúdo do vídeo que veio aos autos, gravado em mídia digital, e não por ter adulterado o vídeo, razão pela qual é desnecessária a realização de perícia e a oitiva de testemunhas.

E, em que pese a irresignação do apelante contra o ato administrativo, não se vislumbra ilegalidade na conduta da Administração. Ele apenas narrou que

assistiu ao início do vídeo antes de compartilhá-lo e limitou-se a afirmar que não adulterou seu conteúdo e, ainda, não trouxe aos autos elementos suficientes para reconhecimento de ilegalidade ou abuso de poder na configuração da infração funcional ou na aplicação da pena, em devido processo administrativo de fim censório.

E, neste passo, pois, prevalece a presunção de legalidade e de veracidade do ato administrativo, não elidida pelo autor.

Lembre-se, com **Hely Lopes Meirelles**, que, em sede de ato administrativo, há presunção de legitimidade e de veracidade, e uma das consequências dessa presunção "*é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca. Cuide-se de arguição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico ou de motivo, a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até sua anulação o ato terá plena eficácia*" (*Direito Administrativo Brasileiro,* 37ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 163).

Aliás, como bem salientou o MM. Juiz sentenciante:

> *"Como diz também o autor a fls. 06 'o vídeo só mostra uma pessoa sentada no chão rindo'. Não, não é bem assim. Ao longo de uma matéria mostrando a recepção de equipamento pela Guarda Municipal, por duas vezes aparece uma imagem de uma pessoa obesa rindo com gosto. Impossível, vendo aquelas imagens, não sorrir ou rir. A intenção é essa. A inserção desses trechos no meio da matéria teve inegável propósito satírico, jocoso. A administração pode interpretar isso como uma crítica indevida? Sem a menor dúvida.*
>
> *No caso, considerou como violado o artigo 19, inciso XV do Regulamento Disciplina da Guarda, que fala em 'ofender, provocar ou desafiar autoridade ou servidores da Guarda Civil Municipal de Osasco que exerça função superior, igual ou subordinada, com palavras, gestos ou ações...' (fls. 69). Em seguida, enumera quais punições seriam possíveis" (fls. 103).*

Assim, não há ilegalidade nem falta razoabilidade e proporcionalidade na punição administrativa aplicada ao autor, ante o vídeo por ele compartilhado em rede social, considerado, pela Corporação, com conteúdo de objetivo aviltante e depreciativo à Instituição, anotando-se que, ao se permitir descer à revisão judicial do ato administrativo punitivo, para além da teratologia ou da ofensa a direito fundamental ou à dignidade da pessoa humana (que não há), forçosa a conclusão de que estaria permitido ao Poder Judiciário ingressar na esfera discricionária da Administração, o que, a rigor, não é correto.

Ademais, não se deve olvidar que no procedimento administrativo instaurado para apurar os fatos, e que culminou na aplicação da punição em desfavor do apelante, foram rigorosamente observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Acesso ao Sumário

Em relação aos honorários advocatícios, diante do proveito econômico pleiteado e negado, não havendo proveito irrisório ou muito baixo, aplica-se a regra geral do art. 85, § 3º, I, do NCPC. Logo, a fixação dos honorários em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa é remuneração adequada, razoável e proporcional, atendidos os critérios do art. 85, § 2º.

Logo, de qualquer ângulo que se analise a demanda, de rigor a improcedência da ação.

Outrossim, 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 do direito de recorrer, dou por prequestionados todos os dispositivos legais referidos na fase recursal.

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9181998-30.2009.8.26.0000, da Comarca de Catanduva, em que é apelante EDVIL CASSONI, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE CATANDUVA.

ACORDAM, em 2ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Mantiveram o decidido, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.902)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente) e VICENTE DE ABREU AMADEI.

São Paulo, 8 de novembro de 2016.

MARREY UINT, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação Cível – Contribuição – Iluminação pública – Município de Catanduva – Inconstitucionalidade reconhecida pelo Órgão Especial desta Corte – Hipótese que se afasta da autorização legal de servir ao custeio do valor gasto com o serviço – Devolução dos autos em cumprimento do artigo 543-B, § 3º, do CPC e em atenção ao decidido no Resp. nº 573.675-0/SC.

Decisão mantida.

VOTO

Em ação declaratória de inexigibilidade de tributo a r. sentença de fls. 146/147, prolatada pela mma. Juíza Lígia Donati Cajon, julgou o pedido improcedente, condenando o Autor a arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa.

O Autor apresentou recurso de apelação buscando a reforma da sentença. Defendeu o reconhecimento da inexigibilidade da contribuição de iluminação pública, e a inversão do ônus da sucumbência.

Este Relator deu provimento ao recurso, por entender inconstitucional a legislação municipal que instituiu a contribuição, pois ultrapassou os limites da própria Emenda Constitucional n° 39, pretendendo o custeio da expansão do serviço de iluminação pública, reformando, portanto, a sentença de improcedência.

A Municipalidade interpôs recurso extraordinário alegando que a matéria já foi decidida pelo STF na Repercussão Geral em Recurso Extraordinário n° 573.675-0, que entendeu pela constitucionalidade da COSIP (fls. 189/198).

Sem apresentação de resposta (fls. 200).

Para cumprimento do artigo 543-B, § 3º, do CPC, os autos foram devolvidos à Turma julgadora em razão do julgamento do mérito do Resp. 573.675-0/SC de 22/05/2009, que concluiu pela constitucionalidade da Contribuição para Custeio dos Serviços de Iluminação Pública – COSIP que adota base de cálculo correspondente ao rateio do custo de iluminação pública municipal entre os consumidores residenciais e não residenciais, de energia elétrica, situados na área urbana e rural (fls. 208).

É o relatório.

Pleno do Egrégio Supremo Tribunal Federal, com efeito, em precedente que gerou Repercussão Geral (RE 573675/SC, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, m.v., DJ de 22/5/2009), assentou não ofender princípios constitucionais tributários a instituição da contribuição em questão, valendo transcrever-se a ementa respectiva:

> "CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. R.E. INTERPOSTO CONTRA DECISÃO PROFERIDA EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - COSIP. ART. 149-A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI COMPLEMENTAR 7/2002, DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ, SANTA CATARINA. COBRANÇA REALIZADA NA FATURA DE ENERGIA ELÉTRICA. UNIVERSO DE CONTRIBUINTES QUE NÃO COINCIDE COM O DE

Acesso ao Sumário

BENEFICIÁRIOS DO SERVIÇO. BASE DE CÁLCULO QUE LEVA EM CONSIDERAÇÃO O CUSTO DA ILUMINAÇÃO PÚBLICA E O CONSUMO DE ENERGIA. PROGRESSIVIDADE DA ALÍQUOTA QUE EXPRESSA O RATEIO DAS DESPESAS INCORRIDAS PELO MUNICÍPIO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. INOCORRÊNCIA. EXAÇÃO QUE RESPEITA OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO. I - Lei que restringe os contribuintes da COSIP aos consumidores de energia elétrica do município não ofende o princípio da isonomia, ante a impossibilidade de se identificar e tributar todos os beneficiários do serviço de iluminação pública. II - A progressividade da alíquota, que resulta do rateio do custo da iluminação pública entre os consumidores de energia elétrica, não afronta o princípio da capacidade contributiva. III - Tributo de caráter sui generis, que não se confunde com um imposto, porque sua receita se destina a finalidade específica, nem com uma taxa, por não exigir a contraprestação individualizada de um serviço ao contribuinte. IV - Exação que, ademais, se amolda aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. V - Recurso extraordinário conhecido e improvido".

Não obstante, isso não significa que a aludida contribuição possa ser exigida sob qualquer critério do legislador local, que deve exercer sua competência dentro dos limites impostos não só pelo próprio art. 149-A, da CF, mas também pelos princípios constitucionais que envolvem o exercício do poder de tributar.

Enfocando a legislação do Município de Catanduva, o Colendo Órgão Especial deste Tribunal teve oportunidade de confirmar a inconstitucionalidade da referida tributação, ao julgar o Incidente de Inconstitucionalidade nº 177.333-0/7-00 (Relator Desembargador Paulo Travain, v.u., em 03.6.2009).

Na ocasião, o ilustre Relator, Des. Paulo Travain, decidiu pela constitucionalidade do art. 149-A e pela inconstitucionalidade da lei municipal de Catanduva, por estabelecer finalidade distinta da constitucionalmente prevista, seguido pela unanimidade dos integrantes do E. Órgão Especial.

Acesso ao Sumário

Desta forma, tendo sido julgada inconstitucional a Lei n° 3.836, de 30.12.2002, já à luz da repercussão geral do Recurso Extraordinário n° 573.675-SC, não há como este órgão fracionário entender de forma diversa.

Por tais motivos entende-se não haver necessidade de ser alterado o julgamento.

Diante do exposto, mantém-se a decisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1062284-96.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MIRAELSON REIS PAIXAO, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª 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 27.960)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO DELBIANCO (Presidente) e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 3 de novembro de 2016.

VERA ANGRISANI, Relatora

Ementa: INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. Pretensão à indenização por danos materiais e morais. Pessoa que foi denunciada e processada devido à utilização de sua cédula de identidade por seu irmão, que se fez passar pelo autor da indenizatória (artigo 307 "caput" do CP). Extinção da punibilidade com espeque nos artigos 107, IV e 109, V, ambos do CP. Inocorrência de erro judiciário. Dever de indenizar não configurado. O Estado não responde por qualquer dano derivado de seus juízos absolutórios na esfera criminal fundados em ausência de prova do fato, de autoria, de ilicitude do comportamento ou de reconhecimento da culpa. Pretensão indenizatória decorrente de processo judicial somente é devida quando comprovado o erro judiciário. Responsabilidade objetiva do Estado não caracterizada. Precedentes. Sentença mantida. Recurso conhecido e não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por **MIRAELSON REIS PAIXÃO** em face da **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO** visando à condenação do ente público na reparação de supostos danos materiais e morais.

A r. sentença de fls. 97/98 julgou improcedente a presente ação, extinguindo o feito, com resolução do mérito, nos termos do artigo 98, §3º, do NCPC/2015. Condenado arcará o autor com o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor corrigido da causa.

O inconformado recorre. Alega erro do poder público que o indiciou e o denunciou pelo delito do artigo 307 "caput" do CP. Diz ser pessoa trabalhadora, não existindo nada que desabone sua conduta. Fala que seu irmão Mirailton, em 2002, cometeu o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e, no momento da prisão, estava com o RG dele, ora autor. Assevera que, em 2005 foi, o ora apelante, indiciado e denunciado por uso de documento falso. Sobreveio a r. sentença que não foi absolutória, mas apenas julgou extinta a prescrição da pretensão punitiva, com espeque no artigo 107, IV e artigo 109, V, ambos do CP, ao argumento de que entre a data do fato e a data da denúncia transcorreram mais de 04 anos. Aduz que o referido processo criminal maculou seu nome e violou sua dignidade, causando-lhe dano moral irreversível, passível de indenização e que seu nome está inscrito no IIRGD. Acrescenta que o dano material ocorreu porque por diversas vezes teve que comparecer à delegacia, afastando-se, por um mês, de suas atividades laborais. Pede reforma do julgado e manutenção da gratuidade judiciária concedida em primeira instância (fls. 102/118).

Recurso respondido (fls. 122/127). Não há oposição ao julgamento virtual (fl. 132).

É o relatório.

O recurso deve ser conhecido e desprovido.

Cuida-se de ação de indenização julgada improcedente pela r. sentença, objetivando o autor a condenação da ré ao pagamento de verba indenizatória, porque, segundo relato da inicial, em 2005, foi indiciado e denunciado pelo delito do artigo 307 "caput" do CP.

E isso aconteceu porque, em 2002, o irmão dele, Mirailton Reis Paixão, foi preso e denunciado pela prática de tráfico ilícito de entorpecente praticado na companhia de Luiz Antonio Brito e do adolescente F.A.I. (fl. 16). Na ocasião, Mirailton estava com o RG de Miraelson, ora autor da indenizatória, e se passou pelo irmão. De ressaltar que Mirailton foi absolvido do delito de tráfico (fl. 20).

Ocorre que, em 2005, o ora apelante (Miraelson) foi indiciado e denunciado pelo delito do artigo 307 "caput" do CP, porque, quando preso pelo delito de tráfico de entorpecente em 2002 passou-se por Mirailton. Defendeu-se da acusação, esclarecendo que na verdade seu irmão Mirailton foi quem usou o RG dele (Miraelson), pediu, ao final, sua absolvição sumária (fls. 25/28). Na ação criminal, sobreveio a r. sentença que não absolveu o denunciado, mas decretou prescrita a pretensão punitiva, porque entre a data do fato e da denúncia transcorreu mais de 04 anos (fl. 35).

Acesso ao Sumário

Pois bem.

De fato, pela análise dos autos, não há nada a alterar na r. sentença ora hostilizada, porquanto os danos sofridos pelo autor não foram produzidos por qualquer ato ilícito, doloso ou culposo, praticado pela ré.

Com efeito, a fase inquisitorial justificou a instauração de procedimento crime como a instrução probatória sob o crivo do contraditório. E embora plausível que em situações como tais causem constrangimentos, o fato de a r. sentença ter julgada extinta a punibilidade pela prescrição e não ter absolvido o autor, não é motivo capaz de gerar o referido dano, já que o apelante poderia ter apelado em momento oportuno, ou ainda, entrar com uma revisão criminal para a reparação.

No respeitante:

"CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO PENAL. AUTOR PROCESSADO EM LUGAR DE HOMÔNIMO. PRETENSÃO À INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INADMISSIBILIDADE. FALHA DO ESTADO OU DE SEUS AGENTES NÃO VERIFICADA.

1. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (art. 37, § 6º, CF e art. 43 CC). 2. Da análise das cópias do inquérito policial e da ação penal acostadas à petição inicial, extrai-se que não houve erro do Ministério Público, cujo representante agiu dentro de suas funções e de maneira razoável, não se vislumbrando qualquer abuso e/ou ilegalidade em sua conduta. Pedido improcedente. Sentença mantida. Recurso desprovido." (Apelação nº 0016848-11.2012.8.26.0077, Rel. Des. Décio Notarangelli, 9ª C. Direito Público, j. 08.04.2015);

"Ação de Indenização por danos morais. Pessoa que foi presa devido à utilização de sua cédula de identidade por terceiro seu irmão - que se fez passar pelo autor. Alegação de estar configurada a responsabilidade do Estado, devido a falhas na apuração da real identidade do criminoso. Hipótese de ausência de responsabilidade do Poder Público, vez que inexistia princípio de prova de irregularidade na identificação e qualificação da pessoa foragida da Penitenciária de Franco da Rocha. Inviável estabelecer que eventual prejuízo sofrido pelo requerente esteja em linha de causalidade com fato atribuível à atividade estatal. Recursos oficial, tido por interposto, e voluntário providos para julgar a ação improcedente. (...) Ao que se colhe dos autos, o autor, em 30.11.2004, foi preso e recolhido à Cadeia Pública de Presidente Epitácio, lá permanecendo até 9.12.2014, sob a acusação de ser foragido da Penitenciária I de Franco da Rocha, onde supostamente cumpria pena por infração ao artigo 157, § 2º, inciso I, II e V, do Código Penal. Tais fatos

Acesso ao Sumário

aconteceram porque terceira pessoa seu irmão, Márcio Aparecido da Silva -, fazendo-se passar pelo autor, apresentou documentação com o nome e dados pessoais deste ao ser processado. O requerente só foi posto em liberdade lê-se da inicial após o envio da ficha cadastral e foto da pessoa foragida, onde foi constado não se tratar da mesma pessoa. Assevera que, na época em que foi preso, estava empregado, exercendo a função de motorista e, em razão dos fatos narrados, acabou sendo dispensado de seu emprego. Muito embora plausível que, em situações da espécie, advenham constrangimentos e prejuízos ao inocente que se vê sujeito a essa indigitação, a configuração da responsabilidade civil do Estado não decorre de mera aferição do nexo causal entre o dano e o evento. É preciso, por evidente, que a ação ou omissão seja tisnada por mau funcionamento do aparelho estatal, por falta do serviço. Em casos como o dos autos, o eventual prejuízo do autor não está em linha de causalidade com fato atribuível à atividade estatal, mas com ação imputável a terceiro seu irmão." (Apelação nº 0011220-66.2007.8.26.0481, Rel. Des. Aroldo Viotti, 11ª C. Direito Público, j. 05.08.2014);

Outrossim, é forçoso consignar que o Estado só é responsável por indenização de eventuais danos à pessoa denunciada por processo crime nas hipóteses em que há provas da prática de ação ou omissão causadora de alguma espécie de dano por parte de seus agentes.

Aliás, como asseverado pelo douto magistrado: "Na hipótese dos autos, o ato ilícito perpetrado pelo irmão do autor (furto de documentos) foi determinante para os danos alegados. Quando da prisão em flagrante delito, o traficante teria exibido o documento de identidade do autor, o qual só veio a se manifestar acerca do furto por ele sofrido quando já processado criminalmente, pelo menos do que é possível inferir da petição reproduzida a fls. 25/28, em 23 de outubro de 2013. Cabe acrescentar, ainda, que o autor não produziu prova apta a infirmar a diligência realizada perante o IIRGD de que as planilhas dactiloscópicas pertencem de fato a ele e, como constou no inquérito policial, que 'Mirailton na verdade é Miraelson' (fls. 29)." (fls. 98/99).

Na lição de Hely Lopes Meirelles, a sentença, como ato judicial típico, não enseja a responsabilidade civil da Fazenda Pública; a única exceção é a decorrente da revisão criminal, desde que haja requerimento expresso (art. 630 do Código de Processo Penal): "Nos demais casos, as decisões judiciais, como atos de soberania interna do Estado, não propiciam qualquer ressarcimento por eventuais danos que acarretem às partes ou a terceiros".

Ainda com apoio em Hely Lopes Meirelles, a doutrina é tradicional e está consolidada na jurisprudência dos Tribunais, em atenção à coisa julgada e à liberdade decisória dos Magistrados, que não poderiam ficar à mercê de responsabilizações patrimoniais pela falibilidade humana de seus julgamentos ("Direito Administrativo Brasileiro", 11ª ed., pág. 610).

Acesso ao Sumário

Yussef Said Cahali admite que "realmente a jurisprudência de nossos Tribunais, nas situações mais diversas submetidas a julgamento, timbra em reconhecer a responsabilidade civil do Estado pelas falhas do aparelhamento do Judiciário." ("Responsabilidade Civil do Estado", 1982, pág. 210).

Para Castro Nunes a "responsabilidade da Fazenda Pública por atos específicos da função judicial só existe em nosso Direito no caso de provimento de revisão criminal, com as limitações que a lei estabelece." ("Da Fazenda Pública em Juízo", 1950, pág. 421).

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que "O Estado só responde pelos erros dos órgãos do Poder Judiciário, na hipótese prevista no art. 630 do Código de Processo Penal. Fora dela domina o princípio da irresponsabilidade, não só em atenção à autoridade da coisa julgada, como também à liberdade e independência dos Magistrados." (Revista do STF, vol. 51/63).

Neste sentido, também se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. DEVER DE INDENIZAR. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 283/STF. FUNDAMENTOS INATACADOS. (...) 3. "O exercício regular da atividade estatal não pode ser capaz de gerar indenização. Afinal, é preciso que tenha o agente margem de segurança e largueza para fazer o seu trabalho repressivo" (REsp. 337.225/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/03/2003, DJ 14/04/2003). 4. O Tribunal de origem assentou que: não se consubstanciou "erro judiciário", na medida em que não houve condenação, não estando o processo criminal contaminado por qualquer ato "contra legem". O apelante foi absolvido pelo E. Tribunal do Júri, em processo criminal regular, sendo expedido Alvará de Soltura, incontinenti (fls. 10). A prisão do apelante se deu em regular processo, e fundamentada de forma suficiente (fls. 28) (e-STJ fl. 119). (...) 6. Agravo regimental não provido." (AgRg no Ag 1307948 / SP, Ministro CASTRO MEIRA, DJe 08/09/2010).

Em síntese, as situações desagradáveis enfrentadas pelo autor, em decorrência do processo a que respondeu, não configuram dano moral indenizável, porquanto decorrentes de um exercício regular de direito do Estado e não de ato ilícito.

Como é cediço, a pretensão indenizatória decorrente de processo judicial somente é devida quando comprovado o erro judiciário ou quando o condenado ficar preso além do tempo fixado na sentença. Nesse sentido são as expressas disposições do artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal.

E, por erro judiciário, entenda-se aquele decorrente de desvio, de excesso de poder, de abuso de direito; enfim, de ilegalidade. O processo crime, pautado dentro da legalidade, não pode comportar uma indenização por danos morais.

Acesso ao Sumário

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 (EDROMS 18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

Isto posto, **conhece-se e nega-se provimento** ao recurso. Arcará o autor com a verba honorária que ora fixa-se em 15% sobre o valor da causa, com base no artigo 85, §§ 1º e 11, do NPCP/2015 (válido para as duas instâncias), com observância à gratuidade judiciária concedida à fl. 42.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1020400-45.2015.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são apelantes CÁSSIA JACKLINE SANTEIO AFONSO (JUSTIÇA GRATUITA), LUCIA COUTO LUSTOSA CORDEIRO (JUSTIÇA GRATUITA), MARISTELA MORESCHI RIBEIRO NADER (JUSTIÇA GRATUITA) e OSVALDO DIEZ JUNIOR (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO (PGE REG SJRP).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª 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 22.346)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ LUIZ GERMANO (Presidente) e EDSON FERREIRA.

São Paulo, 7 de novembro de 2016.

J. M. RIBEIRO DE PAULA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS – Delegados de Polícia – Não pretendem os autores que a sexta-parte integre o adicional por direção de atividade de polícia judiciária – ADPJ; pretendem calcular a sexta-parte sobre o ADPJ – Interesse processual presente – No mérito, no entanto, pretensão é improcedente – ADPJ já é calculado sobre a sexta-parte – Calcular a sexta-parte também sobre o ADPJ configuraria *bis in idem*, vedado pelo art. 37, XIV,

da CF – Sentença de improcedência confirmada, por outro fundamento – Recurso de apelação desprovido.

VOTO

Relatório

Ação ajuizada por delegados de polícia, objetivando o recálculo da *sexta-parte*, para que incida sobre todas as parcelas remuneratórias habituais, inclusive sobre o adicional por direção da atividade de polícia judiciária – ADPJ.

A sentença, de relatório adotado, extinguiu o processo sem julgamento de mérito, por falta de interesse processual.[1]

Recorrem os autores, pela reforma da sentença; recurso recebido e contra-arrazoado.[2]

Fundamentação

A r. sentença julgou extinto o processo, sem julgamento de mérito, porque o adicional por direção da atividade de polícia judiciária – ADPJ já integra a base de cálculo da sexta parte dos autores, por isso os autores não têm interesse processual em requerer o que já possuem.

Sustentam os autores, em seu apelo, que a FESP não calculou o ADPJ na forma prevista na LC 1.222/13, pretendem a inclusão do ADPJ pago em código distinto (04.237) na base da sexta-parte, não pretendem discutir o valor do ADPJ.

De fato, não era caso de extinção sem julgamento de mérito, não pretendem os autores que a sexta-parte seja incluída no cálculo do ADPJ, o que já ocorre, mas que no cálculo da sexta-parte também incida o ADPJ. Evidencia-se, pois, o interesse processual dos autores.

Superada a prejudicial, passa-se a examinar o mérito, nos termos do art. 1.013, § 3º, I, do CPC de 2015.

Dispõe o art. 2º, da LC 1.222/13:

> "O ADPJ será calculado mediante a aplicação de coeficientes sobre o valor do respectivo padrão de vencimento do Delegado de Polícia, acrescido do Regime Especial de Trabalho Policial - RETP e do adicional por tempo de serviço e da sexta-parte dos vencimentos, quando for o caso, na seguinte conformidade (...)."

O ADPJ trata-se mesmo de indisfarçado aumento de vencimentos, procedimento ilegal utilizado com o objetivo de não estendê-lo aos servidores inativos.

No entanto, no cálculo do ADPJ já contém a sexta-parte, por isso o

1 Sentença, fl. 59.

2 Recurso de apelação, fls. 61/73; recebimento, fl. 87; contrarrazões, fls. 89/95.

Acesso ao Sumário

ADPJ não pode também integrar a base de cálculo da sexta-parte, do contrário ocorreria "bis in idem", incidência recíproca, cálculo que encontra impedimento no artigo 37, inc. XIV, da Constituição Federal.

É o mesmo que ocorre com a gratificação por atividade de magistério – GAM, embora se trate de benefício instituído de forma genérica, o que caracteriza aumento de vencimentos sob a denominação de gratificação, não integra a base de cálculo da sexta-parte porque já é calculada sobre a sexta-parte. Nesse sentido, julgados desta Câmara:

"APELAÇÃO – SERVIDORAS PÚBLICAS ESTADUAIS – QUINQUÊNIO – GRATIFICAÇÕES ESPECÍFICAS – MAGISTÉRIO. Recálculo e pagamento de adicional por tempo de serviço (quinquênio) 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. Gratificação por Trabalho Educacional (GTE) e Gratificação Geral. Possibilidade. Descabimento das demais vantagens. Pedido genérico. **Gratificação por Atividade do Magistério (GAM) não integra a base de cálculo, sob pena de afronta ao art. 37, XIV da Constituição Federal**. Prescrição quinquenal. Juros e correção monetária devem seguir orientação firmada pelo C. STJ (REsp nº 1.270.439/PR). Sentença parcialmente reformada. Sucumbência recíproca. Recurso parcialmente provido." **(Ap. 0001447-20.2014.8.26.0588; Relator(a): José Luiz Germano; Comarca: São José do Rio Pardo; Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 19/04/2016; Data de registro: 19/04/2016, grifei)**

"SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS. Quinquênios. Incidência sobre todas as vantagens que compõem a remuneração regular, salvo as eventuais. Cabimento. Verbas que devem compor a base de cálculo: Gratificação Especial de Atividade (GEA), Gratificação Executiva, diferença de vencimentos decorrente do artigo 133 da Constituição do Estado, Piso Salarial – Reajuste Complementar, Adicional de insalubridade. Verbas que devem compor à medida que vão se incorporando aos vencimentos: Gratificação Especial por Atividade Hospitalar em Condições Especiais de Trabalho (GEAH), Gratificação Especial por Atividade Prioritária e Estratégica (GEAPE), Gratificação de Apoio Incorporada e Gratificação pelo Desempenho de Atividades no POUPATEMPO (GDAP), Prêmio de Desempenho Individual (PDI) e Gratificação pelo Desempenho e Apoio às Atividades Periciais e de Assistência à Saúde (GDAPAS). **Verbas que não devem compor a base de cálculo dos adicionais: Gratificação por Atividade de Magistério (GAM), Prêmio de Produtividade Médica (PPM), Prêmio de Incentivo à Qualidade (PIQ) e Gratificação de Preceptoria (GP).** Correção

Acesso ao Sumário

monetária pelos índices da tabela de atualização editada por esta Corte até a vigência da Lei 11960/2009 e, a partir daí, pelo IPCA e na forma da Lei 11960/2009 apenas para o período que for estabelecido, pelo Supremo Tribunal Federal, em modulação dos efeitos do quanto decidido nas ADI 4357 e 4425. Porque os autores decaíram de parte mínima do pedido, ônus da sucumbência a cargo da ré. Honorários advocatícios alterados para dez por cento sobre o valor da condenação. Recursos e reexame necessário parcialmente providos." **(Ap. 1037604-28.2014.8.26.0053; Relator(a): Edson Ferreira; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 08/09/2015; Data de registro: 08/09/2015, grifei)**

Ante o exposto, reforma a sentença, afasto a restrição processual e mantenho a improcedência da ação, por outro fundamento; respondem os autores pelos ônus sucumbenciais, conforme estabelecido na sentença. É como voto.

Dispositivo

RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005179-47.2008.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, Interessados CARLA MARIA MARINI MACHADO e ESCOLA ESTADUAL PROFESSORA RAQUEL DE CASTRO FERREIRA, são apelados E.O.N. e E.D.T.L.

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 voluntário da Fazenda do Estado, com observação, v.u., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.611)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REBOUÇAS DE CARVALHO (Presidente), DÉCIO NOTARANGELI e OSWALDO LUIZ PALU.

São Paulo, 17 de novembro de 2016.

REBOUÇAS DE CARVALHO, Relator

Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – Responsabilidade civil objetiva – Ofensas advindas de professora de escola pública em sala de aula de

cunho preconceituoso à alunos, em razão da condição de afrodescendentes – Alegado abalo psicológico nos autores – Nexo de causalidade reconhecido – Responsabilidade objetiva do Estado e da também da servidora pública – Dano moral configurado – Arbitramento razoável – No arbitramento do dano moral deve o juiz proceder com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso – CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS – Sobre as verbas indenizatórias correspondentes aos danos morais, a correção monetária correrá do arbitramento (Súmula 362 STJ) e os juros moratórios da data do evento danoso (Súmula 54 STJ) – Percentual dos juros moratórios que deverá observar a regra do art. 406, do Código Civil, e não o art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09 – Sentença de procedência mantida , com a fixação, de oficio, em relação aos consectários incidentes sobre os danos morais, a fim de se adequar à posição do STJ e para a correta execução do julgado – Improcedência do apelo – Honorários na ação de indenização fixados, bem como recursais aqui fixados, nos termos do Novo CPC/15 – Recurso voluntário da requerida Fazenda do Estado não provido.

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos morais movida por E.O.N. e E.D.T.L., menor representado por sua genitora, contra a Fazenda do Estado de São Paulo e Carla Maria Marini Machado, alegando que a segunda requerida, professora de escola da rede estadual, em sala de aula teria perpetrado ofensa verbal de cunho racial, objetivando o recebimento de verba indenizatória por dano moral no importe de 100 salários mínimos para cada autor, com correção monetária e juros de mora de 1% ao mês a partir do evento danoso, além dos honorários advocatícios fixados em 20% do valor da condenação.

A r. sentença de fls. 274/279, cujo relatório se adota, julgou procedente o pedido para condenar solidariamente Carla Maria Marini Machado e a Fazenda Pública de São Paulo, a pagarem aos autores, a quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada um, a titulo de indenização por danos morais. Sucumbentes arcarão as rés com o pagamento das custas, das despesas processuais e honorários

Acesso ao Sumário

advocatícios fixados em 15% do valor total da condenação.

Inconformada, apela a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, a fls. 282/288, alegando que os fatos narrados são meros aborrecimentos. Por fim, insurge-se quanto ao valor arbitrado. Postula a reforma do julgado.

Recurso recebido, processado e contrariado (fls. 293/300).

Acerca do despacho de fl. 306/307, as partes não se manifestaram (fl. 309).

É o relatório.

Da narrativa dos fatos, depreende-se que os autores da ação, alunos da escola estadual, sofreram ofensas de cunho preconceituoso acerca do Dia da Consciência Negra, advindas da professora e co-requerida Carla Maria Marini Machado, em sala de aula. E em razão desses fatos, os autores afirmaram que foram ofendidos em sua honra subjetiva, pois possuem descendência africana.

Essa narrativa é absolutamente confirmada pela prova oral colhida durante a instrução processual, bem como do laudo pericial produzido nos autos acerca da gravação contida no aparelho de telefonia móvel, demonstraram que a co-ré se referiu às pessoas de pele negra como sendo pessoas "burras", e que não conseguem aprender.

Induvidosamente, portanto, os fatos que motivaram a lesão moral aos Autores decorreram de ações de agente do Estado e em estabelecimento de ensino público, a cuja guarda estavam confiados e que lhe cumpria garantir-lhe a integridade física e psíquica.

Dessa ação decorreu o dano, com o que fica, desde logo, evidenciado o nexo de causalidade e, portanto, os pressupostos caracterizadores de responsabilidade civil do Estado.

Ora, os fatos ocorreram no interior de uma escola pública e motivado por comentário infeliz e improprio, ainda que episódico, e vindo de uma professora ganha ainda contornos mais graves, isso porque a escola é o local da convivência, do incentivo à liberdade da tolerância e do respeito e, ainda, da promoção da dignidade humana. Referido tipo de comportamento de quem tem o dever de ensinar não pode ser admitido, devendo ser coibido.

Não se deve ignorar de que a responsabilidade civil da Fazenda Pública ré, pelos contratempos criados aos autores, com consequências relevantes do ponto de vista dos danos morais produzidos, é **objetiva**, independe de comprovação de dolo ou culpa do agente, demonstrando-se o dano e o consequente nexo de causalidade com o evento danoso.

Inegável, também, a responsabilidade civil da professora Carla Maria, diante de sua conduta que ocasionou o dano e lançou ofensas graves aos autores.

Já julgou esta Col. Câmara em caso análogo, em que figuram como

Acesso ao Sumário

requeridos a Fazenda Pública e a mesma professora Carla Maria Marini Machado, na Apelação Cível nº 0005127-51.2008.8.26.0223, Rel. Des. Carlos Eduardo Pachi, j. 30.04.2014, cuja ementa ora transcrevo:

> "RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Ação de indenização por danos morais – Aluno da Escola "Estadual Professora Raquel de Castro – Ofensas advindas de professora e relacionadas à sua condição de afrodescendente – Não caracterização de ato ofensivo quanto ao primeiro evento – Configurado o caráter humilhante do segundo evento – Dano moral caracterizado in re ipsa – Responsabilidade civil objetiva do Estado, com base no art. 37, § 6º, da Constituição Federal – Responsabilidade civil também da servidora, diante de sua conduta no mínimo culposa. R. sentença reformada. DANO MORAL – Configurado – Fixação do quantum indenizatório, em caráter solidário, no valor de R$ 5.000,00, que repara o abalo experimentado pelo Autor, sem o risco de propiciar o seu enriquecimento sem causa. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA – Declaração de inconstitucionalidade por arrastamento do art. 5º da Lei nº 11.960/09 exarada pelo STF – Efeitos vinculantes – Aplicabilidade do art. 406 do Código Civil, para os juros de mora, com incidência a partir do evento danoso (Súmula nº 54/STJ) – A correção monetária, na forma da Tabela Prática do TJSP, incide a partir da decisão deste Colegiado (Súmula nº 362/STJ).
>
> HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Observância à Súmula nº 326, do STJ – Reformada a decisão de 1º Grau, por força do princípio da causalidade, reconhece-se a sucumbência da Rés Fixação em 10% da condenação – Quantia que se mostra adequada frente às peculiaridades da demanda. Recurso parcialmente provido".

Destarte, estando bem comprovado o nexo de causalidade entre o ato comissivo do ente público e os danos evidentes experimentados pelos autores, resta imprescindível a fixação de verba indenizatórias em relação aos danos morais, os transtornos causados aos autores vão além do mero aborrecimento do cotidiano, ao contrário, gerou ofensas razoáveis a ponto de exigir neste momento a manutenção do arbitramento de verba reparatória o montante de R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada autor, valor bem adequado ao caso concreto, mormente em confrontação com a extensão do dano produzido (art. 944, do Código Civil), uma vez que o juiz deve proceder "com razoabilidade, valendo-se *de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso*" ***(RSTJ 97/281),*** redundando daí a devida manutenção desta verba.

Assevera AGUIAR DIAS que o dano moral "consiste na penosa sensação da ofensa, na humilhação perante terceiros, na dor sofrida, enfim, nos efeitos puramente psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima do dano, em consequência deste, seja provocada pela recordação do defeito ou da

Acesso ao Sumário

lesão, quando não tenha deixado resíduo mais concreto, seja pela atitude de repugnância ou de reação do ridículo tomada pelas pessoas que o defrontam" (Da Responsabilidade Civil, Forense, 4ª. ed., n. 228, pág. 783).

Quanto aos consectários incidentes sobre o valor desta verba indenizatória cumpre fixá-los, de ofício, para que não ocorra problemas na execução do presente julgado.

Assim, em relação aos danos morais, deve-se atentar para a recente decisão do STJ, exarada na Súmula 362[1], segundo a qual a correção monetária nesta indenização corre desde a data do arbitramento, ou seja, desde a prolação da r. sentença. E, quanto aos juros moratórios, ainda que exista posição no sentido de que também deve correr da data do arbitramento (REsp nº 903.258/RS, Relatora Ministra Isabel Gallotti, julgado em 21/06/11)[2], a posição vencedora até o momento, mesmo em julgado em que relatora a Ministra Maria Isabel Gallotti, é a de que, nos juros moratórios, o termo inicial é a data do evento danoso, com base na Súmula 54, do STJ.

Vejam-se os julgados do STJ:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. DATA DO ARBITRAMENTO. REVISÃO DO VALOR. 1. Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado. Hipótese, todavia, em que o valor foi estabelecido na instância ordinária, atendendo às circunstâncias de fato da causa, de forma condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 2. Segundo o entendimento majoritário da Segunda Seção, sufragado no REsp 1.132.866/SP (julgado em 23.11.2011), no caso de indenização por dano moral puro decorrente de ato ilícito os juros moratórios legais fluem a partir do evento danoso (Súmula 54 do STJ). Ressalva do ponto de vista pessoal da Relatora. 3. Agravo regimental a que se dá provimento." (AgRg no REsp nº 1.106.994-SC, Ministra Maria Isabel Gallotti, j. 02/02/2012).

"TERMO INICIAL. JUROS. MORA. DANO MORAL. A Seção, por maioria de votos, ratificou o entendimento de que o início do prazo para a fluência dos juros de mora, nos casos de condenação à indenização por dano moral decorrente de responsabilidade extracontratual, ocorre na

1 Súmula 362 STJ - A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.

2 Os juros moratórios devem fluir, no caso de indenização por dano moral, a partir da data do julgamento em que foi arbitrada a indenização (REsp nº 903.258/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Isabel Gallotti, julgado em 21.06.2011). (REsp nº 494.183-SP, Ministra Maria Isabel Gallotti, j. 09/09/11)

Acesso ao Sumário

data do evento danoso, de acordo com a Súm. n. 54-STJ. Ficou vencida a tese da Min. Relatora de que incidem os juros de mora a partir da data do ato judicial que fixou a indenização por dano moral. REsp. 1.132.866-SP, Rel. originária Min. Maria Isabel Gallotti, Rel. para acórdão Min. Sidnei Beneti, julgado em 23/11/2011." (Informativo nº 0488 do STJ de 21 de novembro a 2 de dezembro de 2011).

Enfim, apenas para deixar bem detalhado, o termo inicial da correção monetária corre do arbitramento e os juros moratórios do evento danoso, tal como acima definido pela Corte Superior.

Aqui, no entanto, mormente em relação às ações indenizatórias movidas contra os entes públicos, bem como aquelas ações que não digam respeito a pagamento de verbas remuneratórias de servidores, não há como incidir o texto originário do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, uma vez que a previsão legal é expressa quanto a sua aplicação apenas "**nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos**"[3].

Nestas circunstâncias, dever-se-á observar os juros legais, mais especificamente em relação ao art. 1.062, do Código Civil de 1916, e, após a vigência do Código Civil de 2002, a regra do art. 406.

Convém considerar para tanto o que decidido pelo E. Superior Tribunal de Justiça:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO CARACTERIZADA. INDENIZAÇÃO. JUROS MORATÓRIOS. APLICAÇÃO IMEDIATA DO ART. 406 DO NOVO CÓDIGO CIVIL – TAXA SELIC – APLICABILIDADE A PARTIR DO NOVO CÓDIGO CIVIL. 1. A indenização por danos morais não se submete à regra do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, de modo que o regime de juros moratórios aplicável é aquele previsto no art. 406 do Código Civil, de seguinte teor: "Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional." 2. **Esta Corte sedimentou o entendimento de que, à luz do princípio do *tempus regit actum*, os juros devem ser fixados à taxa de 0,5% ao mês (art. 1.062 do CC/1916) no período anterior à data de vigência do novo Código Civil (10.1.2003); e, em relação ao período posterior, nos termos do disposto no art. 406 do Código Civil de 2002, o qual corresponde à Taxa Selic, de acordo com o julgamento dos EREsp nº 727.842/SP, pela Corte Especial**. 3.

3 Art. 1º-F. Os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano. (**Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001**)

Acesso ao Sumário

Embargos de declaração acolhidos com efeitos modificativos, para dar provimento, em parte, ao recurso especial." (EDcl no REsp 1142070/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/05/2010, DJe 02/06/2010).

"ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL – JUROS DE MORA – ART. 1º-F DA LEI N. 9.494/97 – INAPLICABILIDADE – APLICAÇÃO IMEDIATA DO ART. 406 DO NOVO CÓDIGO CIVIL – TAXA SELIC – APLICABILIDADE A PARTIR DO NOVO CÓDIGO CIVIL. 1. A questão discutida nos autos, qual seja, a indenização por danos morais, não se sujeita à regra do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, de modo que o regime de juros moratórios aplicável é aquele previsto no art. 406 do Código Civil, verbis: "Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional." **2. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que, à luz do princípio do tempus regit actum, devem os juros moratórios ser fixados à taxa de 0,5% ao mês (art. 1.062 do CC/1916) no período anterior à data de vigência do novo Código Civil (10.1.2003); e, em relação ao período posterior, aplica-se o disposto no art. 406 do Código Civil de 2002. 3. Todavia, cumpre ressaltar que a Corte Especial do STJ, por ocasião do julgamento dos embargos de divergência 727.842/SP, firmou posicionamento de que o art. 406 do CC/2002 trata, atualmente, da incidência da SELIC como índice de juros de mora quando não estiver estipulado outro valor.** 4. Ressalte-se que "a contar da entrada em vigor do novo Código Civil, momento a partir do qual é aplicável a taxa Selic, não poderá ser computado qualquer outro índice a título de correção monetária." (EDcl no REsp 694.116/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17.3.2009, DJe 16.4.2009). Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 970.452/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 14/10/2009).

Portanto, perfeitamente razoável observar o percentual dos juros moratórios com base na regra prevista no art. 406, do Código Civil de 2002.

Por fim, quanto à verba honorária, notadamente com a procedência da ação, arcará a Fazenda do Estado e a co-ré Carla Maria, também solidariamente, com as custas e despesas processuais, bem como a verba honorária na ação no importe de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, eis que não houve insurgência quanto ao valor arbitrado, nos termos do art. 85, par. 3º, I, do CPC/15, pois a sentença foi publicada observando- se as regras do Novo CPC.

Outrossim, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais

recursais, na forma do art. 85, par. 11, do Novo CPC, no importe de 5% sobre o valor da condenação.

Enfim, cabível então julgar improcedente o recurso da Fazenda, condenando-a a ré solidariamente com a outra requerida no pagamento dos danos morais arbitrados no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), para cada autor, cabendo a incidência de juros moratórios do percentual do art. 406, do Código Civil, a correr do evento danoso, e a correção monetária com a utilização dos índices da Tabela Prática do Tribunal de Justiça, a correr do arbitramento (prolação da r. sentença), devendo arcar a Fazenda do Estado e a co-ré Carla Maria com as custas e despesas processuais, bem como a verba honorária na ação de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, par. 3º, I, do CPC/15, bem como honorários recursais no importe de 5% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, §11º do CPC/15.

Por essas razões, nega-se provimento ao recurso voluntário da Fazenda do Estado, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007358-03.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado ELIEGE DE SOUZA SANTOS LIMA.

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. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.862)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REBOUÇAS DE CARVALHO (Presidente sem voto), OSWALDO LUIZ PALU e MOREIRA DE CARVALHO.

São Paulo, 17 de novembro de 2016.

DÉCIO NOTARANGELI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – CONCURSO PÚBLICO – PROFESSOR – EXAME MÉDICO – DISFONIA FUNCIONAL – CANDIDATO CONSIDERADO INAPTO – EXERCÍCIO DAS MESMAS FUNÇÕES COMO CONTRATADO HÁ MAIS DE UMA DÉCADA – ILEGALIDADE.

Candidata aprovada em concurso público para o cargo de Professor de Educação Básica II considerada inapta por disfonia funcional, mal contornável com tratamento fonoaudiólogo, que não afeta sua capacidade. Professora contratada da rede estadual de ensino há mais de dez anos. Ofensa à cidadania, à dignidade da pessoa humana e ao valor social do trabalho como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, II, III e IV, CF). Pedido procedente. Sentença mantida. Reexame necessário, considerado interposto, e recurso desprovidos.

VOTO

A r. sentença de fls. 152/156, declarada a fls. 169, cujo relatório se adota, julgou procedente o pedido inicial determinando a posse da autora no cargo de Professor de Educação Básica II, para o qual aprovada em concurso público, condenando a ré no pagamento de honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00.

Inconformada apela a Fazenda Estadual objetivando a reforma do julgado. Para tanto, sustenta, em síntese, que o prognóstico da autora, no momento do exame médico, não era de melhora de sua condição médica e que a posse em cargo público pressupõe parecer favorável do DPME, órgão responsável pela avaliação da capacidade laborativa do candidato.

Recurso recebido e processado, ausente contrarrazões e oposição das partes ao julgamento virtual.

É o relatório.

A sentença atacada foi proferida sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 e será revista em grau de recurso à luz da lei revogada dada a irretroatividade da lei revogadora (art. 14 CPC).

Inicialmente considera-se interposto o reexame necessário por se tratar de sentença ilíquida (art. 475, I, CPC e Súmula 490 STJ).

Cuida-se de ação ajuizada por candidata aprovada em concurso público e considerada inapta ao cargo de Professor de Educação Básica II em razão de disfonia funcional causada por "lesão de pregas vocais" (fls. 42). Pretende-se a declaração de nulidade do ato administrativo e a condenação no pagamento de indenização por danos materiais.

A sentença apelada apreciou apenas o pedido de declaração de nulidade do ato administrativo, mas a parte interessada não recorreu e se conformou com o decisório. Assim, cabe apreciar apenas a matéria impugnada no recurso da Fazenda.

Acesso ao Sumário

Não se ignora que é atribuição do Departamento de Perícias Médicas do Estado "realizar perícias médicas de avaliação da sanidade e da capacidade física nos candidatos a cargos ou funções públicas do serviço civil estadual, emitir os certificados, atestados, laudos e pareceres delas decorrentes" (art. 5º, I, Decreto Estadual nº 29.180/88). Também não se desconhece que o controle judicial sobre os atos da Administração se restringe à legalidade e legitimidade dos atos administrativos.

Sucede, porém, que a discriminação profissional do portador de doença apenas potencialmente capaz de afetar a prestação de serviço não encontra ressonância no estágio atual de desenvolvimento social e na Constituição Federal, que consagra como princípios fundamentais da República Federativa do Brasil a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (art. 1º, II, III e IV, CF). E se é fundamento a garantia não pode ser transformada numa promessa vã ou ilusória ao cidadão.

Sobretudo quando se sabe que a disfonia é facilmente contornada com tratamento fonoaudiólogo, ao qual já se submete a candidata. Ademais, os exames realizados mostram que sua laringe estaria em perfeitas condições não fosse um espessamento mucoso nas pregas vocais, o que não impede nenhuma atividade produtiva, tanto que jamais seria aceito como motivo de aposentadoria por invalidez.

Acrescente-se, ainda, que a autora é contratada há mais de dez anos da rede de ensino do Estado de São Paulo – que agora lhe nega aptidão para o desempenho das funções docentes – e não há notícia nos autos de afastamento para tratamento da saúde vocal. A manutenção do parecer de inaptidão, que nega, por um dos órgãos do Estado a mesma capacidade atestada por outro órgão institucional, contraria a lógica, o bom-senso e a razoabilidade. Portanto, agiu com acerto a digna juíza ao acolher o pedido. Aliás, nesse sentido há precedentes na jurisprudência desta E. Corte:

> "CONCURSO PÚBLICO. PROFESSOR. INAPTIDÃO EM VIRTUDE DE DISFONIA FUNCIONAL. NEGATIVA DE POSSE E EXERCÍCIO. A disfonia funcional – conjunto de alterações das características acústicas da voz (timbre, intensidade e altura tonal) – é mero transtorno não-orgânico que não implica inaptidão ao exercício docente. Ao revés, até mesmo se considera o mal dos docentes", tamanha sua freqüência nos que militam em funções de magistério. Provimento da apelação" (Apelação nº 456.394-5/6-00, 11ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Ricardo Dip, j. 03/03/08).
>
> "CONCURSO PÚBLICO. Professora considerada inapta em avaliação médica em virtude de alteração orgânica e funcional da faringe. Desnecessidade de perícia, em face dos elementos de convicção existentes nos autos. Impetrante que ministra aulas na rede estadual há mais de uma década. Anomalia congênita que não a impede de

Acesso ao Sumário

desempenhar suas funções no Estado, não se afigurando razoável impedi-la de assumir igual cargo perante o Município. Ordem concedida. Recurso não provido" (Apelação nº 0247186-26.2009.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 14/12/09).

Nestas circunstâncias, de rigor a manutenção da sentença com a determinação de nomeação e posse da autora no cargo público.

Por essas razões, nega-se provimento ao reexame necessário, considerado interposto, e ao recurso, confirmando-se a r. sentença apelada por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011542-27.2013.8.26.0659, da Comarca de Vinhedo, em que é apelante P. M. DE L., são apelados M. P. DO E. DE S. P., M. DE L. DE O. e T. M. DE J.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso e ao reexame necessário, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7.908)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 30 de novembro de 2016.

SOUZA MEIRELLES, Relator

Ementa: Obrigação de fazer – acolhimento de idosas em abrigo – procedência – inconformismo – solidariedade passiva ínsita ao Sistema Único de Saúde. Direito potestativo do credor na eleição do sujeito passivo – súmula 37 deste Egrégio Tribunal de Justiça – preliminar de ilegitimidade *ad causam* repelida.

Obrigação estatal de assegurar moradia digna – Inteligência do artigo 37 do Estatuto do Idoso – garantia constitucional do pleno acesso à saúde – direito de todos e dever do Estado, semântica que se exaure na própria literalidade do enunciado – inteligência do artigo 196 da Constituição Federal –

Acesso ao Sumário

Reserva do Possível – impossibilidade de premissas dissonantes conduzirem à conclusão convergente e juridicamente válida – atividade jurisdicional qualificada e legitimidade pela omissão do Estado – sentença mantida – recurso de apelação e reexame necessários desprovidos.

VOTO

Apelação cível manejada pelo **Município de Louveira** em face do **Ministério Público do Estado de São Paulo** nos autos da ação ordinária de obrigação de fazer em curso na 1ª Vara da Comarca de Vinhedo, cujo pedido foi julgado procedente para obrigar a personalidade de direito público a acolher as idosas M.L.O. e T.M.J. em abrigo, vez que seus familiares não têm condições de por elas se responsabilizarem.

Vindica a apelante a desconstituição da r. sentença, sob as teses de ilegitimidade passiva *ad causam*; eficácia limitada do art. 196 da Constituição Federal, devendo ele ser visto como norma meramente programática; ruptura à teoria da reserva do possível e ingerência do Poder Judiciário na política nacional de saúde, violando a harmônica divisão entre os poderes.

Considera-se interposto o reexame necessário diante da iliquidez da condenação, nos termos do enunciado da **Súmula nº 490**[1] do **A. STJ.**

A Egrégia **Procuradoria-Geral de Justiça** manifestou-se pelo desprovimento, com observação (fls.141/146).

Tal, em abreviado, o relatório.

De proêmio, a alegação de ilegitimidade *ad causam* não encontra respaldo, tendo em vista que o **Sistema Único de Saúde**, ainda que por razões óbvias tenha adotado a ***municipalização*** *dos serviços e procedimentos*, concebeu um autêntico mecanismo de **solidariedade passiva**, podendo o ‘’credor’’, tal qual ocorre no orbe privatístico, exigir a ***obligatio*** ‘’como’’ e de ‘’quem’’ lhe aprouver.

A título de ilustração: *in litteris*

***‘’Assim, na solidariedade passiva, tem o credor direito a exigir e receber judicial ou extrajudicialmente a dívida comum, no todo ou em parte, de um, de alguns, ou de todos os devedores conjuntamente”. O codevedor, posto demandado individualmente, não pode invocar com êxito feliz o beneficium divisionis”*[2].**

Esse instituto clássico, tem-no copiosa doutrina por direito potestativo, que o proponente da ação não opera senão por trazê-lo ao plano da concretude.

Acesso ao Sumário

1 “A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a 60 salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.”

2 **OROSIMBO NONATO**, *Curso de Obrigações*, vol. II, Forense, p. 184.

No âmbito deste Eg. Tribunal de Justiça, a Súmula 37 pacificou: ***''a ação para o fornecimento de medicamento e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público''.***

Passo, agora, ao exame do mérito.

O **Estatuto do Idoso**, em seu **art. 37**, impõe a obrigação ao Estado de assegurar abrigamento em instituição de longa permanência às beneficiárias da injuntiva judicial, na hipótese de desacompanhamento, abandono ou impossibilidade financeira dos familiares. *In litteris*

> ***Art. 37. O idoso tem direito a moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou desacompanhado de seus familiares, quando assim o desejar, ou, ainda, em instituição pública ou privada.***
>
> ***§ 1º A assistência integral na modalidade de entidade de longa permanência será prestada quando verificada inexistência de grupo familiar, casa-lar, abandono ou carência de recursos financeiros próprios ou da família.***

Leiamos, a propósito, um texto luminar de **PATRÍCIA ALBINO GALVÃO PONTES**:

> ***''É necessário ressaltar que a moradia digna resta configurada não apenas como 'um teto para viver', mas sim com as condições efetivas de habitabilidade, com uma infraestrutura básica para a garantia da saúde, segurança, conforto e nutrição para os titulares do direito, como o acesso a uma água potável, energia, iluminação, saneamento básico, entre outros. Não se terá moradia digna com a entrega de uma casa em um local que não possibilite uma vida saudável, fazendo-se necessária a existência de condições de qualidade mínimas, pois estamos tratando da pessoa humana''.***[3]

Oportuno frisar, aliás, que o direito à dignidade do idoso, o que por certo inclui o direito de moradia apta a assegurar a saúde e segurança do concidadão provecto, encontra-se lapidado pela **Carta Magna** em seu artigo 230:

> **Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.** (grifo nosso)

Complementarmente, a decisão que assegura acesso igualitário e universal para tratamento da saúde, **ainda que individualmente**, é ressabido, não se inocula de inconstitucionalidade ante o disposto no **artigo 196**, da **CRFB.**

Se se trata de "*direito de todos*", a semântica se exaure na própria literalidade do enunciado, prescindindo-se de mais alongadas digressões.

Por este caminho, dentro da integralidade do direito à saúde, constitucionalmente assegurado, não há como excluir de sua abrangência o

Acesso ao Sumário

3 **NAIDE MARIA PINHEIRO**, *Estatuto do idoso comentado*. Campinas, SP: Servanda Editora, 2008, p. 267.

acolhimento em abrigos. Por óbvio, a garantia constitucional compreende todos os meios adequados à manutenção do equilíbrio da saúde e a mantença da vida, e não somente a assistência médica. A corroborar tal análise a **Lei nº 8.080/90** em seu **art. 6º, I, "d",** inclui no campo de atuação do SUS a "***assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica***".

No tocante à alienígena **teoria da reserva do possível**, não prestigiou a apelante as melhores instâncias reflexivas ao esposá-la, isso porque, ao fazê-lo, finda por naturalmente impelir esta Relatoria a traçar alguns desconfortáveis paralelos que em circunstâncias outras seria de bom recato evitar, posto desnudam eles o vácuo de individualidade jurídica matizado pela reprodução acrítica de modelos e enunciados teóricos e, em última análise, o processo de estagnação político-social com que segmentos de nossos gestores públicos e constitucionalistas de menor estatura epistemológica renitem em operar.

É quase supérfluo dizer que a *doutrina da reserva do possível* surgiu na Corte Constitucional alemã por meio de uma veridicção paradigmática que versou sobre o **direito de acesso ao ensino superior**, face à então reinante escassez de vagas, tendo se solvido naquela oportunidade que os direitos sociais de natureza prestacional devem tomar por parâmetro a **razoabilidade** acerca do que é licitamente exigível ou não da sociedade por seus concidadãos.

A inaugural comparação analítica a se tecer é de que sobredita doutrina, nada de inovador ou revolucionário abarcando, foi concebida **sob medida** para legisladores e administradores **germânicos**, em relação a cuja transcendência política, gerencial e de moralidade pública, os nossos executivos, com raríssimas e encomiáveis exceções, apresentam-se ainda sobremaneira distanciados e assim parece tenderem a permanecer até que a sociedade assertivamente decida por uma radical metamorfose na prática política.

Em segundo plano, enquanto em sua formulação originária referida proposição teórica fora instrumentalizada para toldar de justificabilidade a denegação de gratuidade no ensino universitário, portanto, **direito de teto existencial**, entre nós, a *reserva do possível* vem de experimentar oportunística deturpação no propósito de se esquivar de assegurar efetividade a direitos de natureza diametralmente oposta, *id est*, os **direitos de piso vital**, notadamente nas áreas de ***saúde, educação, trabalho, moradia, assistência e previdência sociais,*** tanto que, mui ao reverso do espectro em que gravita a cultura jurídica alemã, melancolicamente ainda temos tido de estalar o látego da coerção para se lograr matrícula de crianças em **creches e escolas primárias**, no mais apurado acinte às conquistas do fenômeno civilizacional.

Em real contraposição, pois, ao avançado sistema germânico, timbrado de padrões ótimos de politização e bem-estar social, a nossa condição atual, a despeito de alguma boa vontade isolada e dos passos lentos com que temos

Acesso ao Sumário

caminhado rumo à cidadania, delineia-se ainda periférica no trato das questões respeitantes ao desenvolvimento das inatas potencialidades humanas.

No silogismo do Direito, quanto no da Lógica Formal, não se pode jamais extrair conclusões idênticas e com pretensão de validade a partir de premissas inteiramente dissonantes e, se o gestor público propenso estiver a mobilizar algum senso de autocrítica, senão porque escassez de recursos arremete por automatismo à verificação minudente e seletiva das contas públicas, decerto captará que, ao reproduzir heteropicamente a teoria da *reserva do possível* para se subtrair à colmatação de necessidades humanas as mais ingentes delas, está, ao cabo de contas, por desferir verdadeiro *''tiro no próprio pé*''.

Por sua vez, no que tange à ingerência do Judiciário na gestão da política nacional da saúde, o **princípio republicano** requer que o senso deliberado da comunidade governe a conduta, não só pela judicialização, mas também por meio dela, daqueles a quem confia a administração de seus assuntos[4], daí que **determinar o cumprimento da lei não materializa qualquer forma de ingerência em outro Poder de Estado**, *verbis:*

> ***''Note-se bem: se o Judiciário tem legitimidade para invalidar normas produzidas pelo Poder Legislativo, mais facilmente pode se afirmar que é igualmente legítimo para agir diante da inércia dos demais poderes, quando essa inércia implicar um óbice ao funcionamento regular da vida democrática. Vale dizer: a concretização judicial de direitos sociais fundamentais, independentemente de mediação legislativa, é um minus em relação ao controle de constitucionalidade''.***[5]

Postas tais premissas, por meu voto, **nego provimento** ao recurso e ao reexame necessário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003833-81.2011.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante COCA-COLA INDÚSTRIAS LTDA., é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Joao Marcos Paes Leme Gebara.", de conformidade

4 **ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON & JOHN JAY**, *The Federalist*, Nova York: New American Library, 1961, p. 432.

5 **CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO**, *Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático* in A Nova Interpretação Constitucional, Luis Roberto Barroso, org., 3ª. Edição, Renovar, 2008, p. 324.

Acesso ao Sumário

com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.148)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores REBOUÇAS DE CARVALHO (Presidente) e DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 9 de novembro de 2016.

CARLOS EDUARDO PACHI, Relator

Ementa: AGRAVO RETIDO – Depósito do valor integral da multa visando suspender a exigibilidade do credito – Valor que inclui os juros de mora – Decisão de Primeiro Grau que não se mostrou abusiva – Recurso improvido.

AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO – PROCON – Lavratura de AIIM em decorrência e veiculação de propaganda enganosa – Art. 37, § 1º CDC – Termo de ajustamento de conduta firmado no inquérito civil que não elide a infração praticada nem impede a Administração de exercer o poder de polícia e impor sanções administrativas Art. 56 e 57 do CDC – Valor da multa que levou em consideração a quantia fixada no TAD e os critérios estabelecidos pela Portaria Normativa nº 26/2006 e alterações posteriores – R. sentença de improcedência mantida.

Agravo retido e recurso de apelação improvidos.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação tempestivamente deduzida pela Autora contra a r. sentença de fls. 1.784/1.788 que julgou improcedente a ação, extinguindo feito com base no art. 269, inciso I do CPC/1973, cassando a antecipação de tutela previamente concedida. A Autora foi condenada ainda ao pagamento de custas e despesas processuais além de verba honorária fixada em R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Sustenta, em apertada síntese, que foi autuada em 10.10.2007 pela suposta prática de propaganda enganosa na oferta da linha de bebidas "Aquarius". Alega que em 14.11.2008 celebrou Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta nº 51.161.975/08-7 com o Ministério Público Estadual no qual se comprometeu a destinar a quantia de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) a entidade beneficente a titulo de indenização por danos à coletividade, sendo inadmissível a dupla penalidade levada a efeito pelo AIIM lavrado pelo Réu.

Acesso ao Sumário

Aduz erro no cálculo da multa e reitera a interposição de agravo retido de fls. 1.644/1646. (fls. 1.817/1.840).

Contrarrazões a fls. 1.852/1.876.

Processado o recurso, subiram os autos.

É o Relatório.

Conheço do agravo retido de fls. 1.644/1.646 para negar-lhe provimento.

O deposito dos juros apontados no AIIM compõe o valor da multa atualizado com os acréscimos legais, não se mostrando abusiva a determinação de fls. 1.631.

Não prospera o recurso da Autora.

Embora conste dos autos que o compromisso de ajustamento de conduta nº 51.161.975/08-7, firmado entre a Autora e o Ministério Público (fls. 1.034/1.039), decorra dos mesmos fatos apurados pelo procedimento administrativo instaurado pelo PROCON e que culminou com a lavratura do AIIM nº 02154D6 (fls. 69 e ss.), a infração cometida pela Autora não deixou de existir pela realização do compromisso, sendo certo que nada impedia a Administração Pública de autuar e impor multa pela pratica de propaganda enganosa (art. 37, § 1º do CDC).

Com efeito, a autora foi autuada por comercializar bebidas "Aquarius" como se fossem água, confundindo o consumidor final, já que tais bebidas se tratavam de refrigerantes e isotônicos.

Assim, respeitando-se o entendimento contrário, não é o caso de reconhecimento do *'bis in idem'* na aplicação da penalidade, sendo perfeitamente possível a exigência administrativa da multa na hipótese dos autos.

Isso porque o compromisso de ajustamento tem por objetivo fazer cessar a conduta lesiva ao interesse difuso dos consumidores, objeto da tutela pelo Ministério Público. A sanção ali prevista tem caráter indenizatório.

Já a multa administrativa exigida pelo PROCON é fruto do poder de polícia da Administração que age visando tutelar os direitos dos consumidores. Assim, a quantia exigida por meio do AIIM tem caráter sancionatório e não indenizatório.

Some-se a isso o fato de que o valor inicial exigido pelo AIIM foi recalculado pela Administração Pública que cuidou de abater do montante inicialmente exigido aquele que será direcionado para o Instituto Ayrton Sena, conforme consta da clausula 6 do compromisso copiado a fls. 1.037.

O AIIM, portanto, teve o seu valor inicial de mais de três milhões de reais adequados para R$ 2.128.000,00 (dois milhões, cento e vinte e oito mil reais) conforme constatado pela r. sentença a fls. 1.785.

Nesse sentido é o melhor entendimento adotado pelo C. STJ:

"a multa prevista no art. 56 do CDC não visa à reparação do dano

Acesso ao Sumário

sofrido pelo consumidor, mas sim à punição pela infração às normas que tutelam as relações de consumo" (RMS 21.520/RN, Primeira Turma, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, j. 08/08/2006).

"1. A composição civil entre o consumidor e o fornecedor e/ou prestador de serviços, ainda que realizada em juízo, não tem o condão de afastar a imposição de penalidade de multa, aplicada por órgão de proteção e defesa do consumidor, no exercício do poder sancionatório do Estado. 2. É que 'a multa prevista no art. 56 do CDC não visa à reparação do dano sofrido pelo consumidor, mas sim à punição pela infração às normas que tutelam as relações de consumo'. (RMS 21.520/RN, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 08/08/2006, DJ 17/08/2006 p. 313)" (Resp. 1.164.146-SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 02.03.2010, DJe 16.03.2010).

E desta C. Corte de Justiça são os precedentes a seguir ementados:

"AÇÃO DECLARATÓRIA. Auto de infração. PROCON. Compromisso de ajustamento de conduta firmado no inquérito civil que não elide a infração praticada nem impede a Administração de exercer o poder de polícia e impor sanções administrativas. Imposição de sanção administrativa, independentemente das sanções civis e penais. Art. 56, caput, do CDC. Propaganda enganosa. Art. 37, § 1º, do CDC. Utilização nas fachadas dos estabelecimentos e em material publicitário de logomarca semelhante à do programa "Farmácia Popular". Propaganda hábil a induzir o consumidor a equívoco quanto ao credenciamento dos estabelecimentos no referido programa. Infração configurada. Sentença que julgou improcedente a ação. Recurso não provido." (AC nº 0001982-41.2010.8.26.0053, rel. Des. Antonio Carlos Villen, j. em 24.06.2013).

"Apelação Cível - Anulatória - Multa aplicada pelo PROCON/SP - Propaganda e rótulo capazes de induzir o consumidor a erro - Celebração de Termo de Ajustamento de Conduta junto ao Ministério Público que não é capaz de afastar a multa - Independência entre as instâncias civil, criminal e administrativa nas relações de consumo - Artigo 56 do CDC - Inexistência do alegado 'bis in idem' - Embora versem sobre o mesmo fato, são diversos os objetivos e as consequências do processo administrativo sancionatório/multa imposta pelo PROCON e do inquérito civil/termo de ajustamento de conduta Infração ao CDC configurada - Aplicação de penalidade na forma dos artigos 56, inciso I, e 57, da Lei nº 8.078/1990 e artigo 19 da Portaria Normativa nº 26/06 do PROCON - Legalidade dos critérios objetivos fixados pela Portaria Normativa nº 26/06 - Sentença reformada - Recurso da ré provido para julgar improcedente o pedido inicial, invertidos os ônus sucumbenciais." (AC nº 0005813- 97.2010.8.26.0053, rel. Des. Maria Laura Tavares, j. em

Acesso ao Sumário

13.05.2013).

"DEFESA DO CONSUMIDOR - Celebração de termo de ajuste de conduta não obsta imposição de sanção administrativa por órgão colegitimado. Não há falar em bis in idem (art. 56, caput, do CDC). AIIM por inserção automática de tarifa de serviço de 'assistência viagem' na aquisição de passagens aéreas pelo site da empresa. Caracterizada violação ao art. 39, III da Lei nº 8.078/90. Multa fixada com base em critérios estabelecidos pela Portaria Procon nº 26/06, atendidas proporcionalidade e razoabilidade. Recurso provido." (AC n° 0010778-21.2010.8.26.0053, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 13.08.2012).

"DECLARATÓRIA - Inexigibilidade de débito - Multa aplicada pelo PROCON - Publicidade enganosa - Compromisso de Ajustamento de Conduta firmado anteriormente com o Ministério Público - Dupla penalidade - Não configuração - Sanção administrativa prevista na Lei nº 8.078/90 - Manutenção - Sentença modificada - Recurso provido." (AC nº n°0006401-07.2010.8.26.0053, Rel. Des. Peiretti de Godoy, j. 14.03.2012).

De resto, a apelante não nega tenha cometido a infração prevista no art. 37, § 1º do CDC, e a vasta prova documental acostada aos autos fundamenta a conduta da administração pública.

Entretanto, pretende que o enquadramento da infração seja revisto a fim de atribuí-lo à categoria de infrações de menor gravidade, aplicando-se o fator de multiplicação 1 ao invés de 3.

Tal argumento, todavia, não merece prosperar vez que as autoridades administrativas apuraram com objetividade e clareza a conduta perpetrada pela empresa, inexistindo nos autos elementos aptos a desconstituir o enquadramento levado a efeito pelo procedimento fiscalizatório.

O valor, de seu turno, como já dito, foi recalculado não merecendo qualquer reparo, já estabelecido dentro dos parâmetros determinados pelo art. 57, § 1º do CDC.

Com efeito, foram observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação da multa, sopesados os critérios de gravidade da infração, vantagem auferida e condição econômica do fornecedor, devendo ser mantida a r. decisão de Primeiro Grau nesta parte.

A esse respeito, alias, vale a pena transcrever as razões de decidir que opinaram pela subsistência do AIIM copiado a fls. 1.202/1.226:

"A condição econômica do autuado é verificada no ato de autuação pelo agente fiscal que a determina por intermédio da estimativa de sua receita, conforme autorizado pela aludida portaria. Tal previsão poderá ser alterada nos termos do art. 17, § 1º da Portaria Normativa PROCON nº 26/06 que

Acesso ao Sumário

determina quais os documentos hábeis para tal revisão, entretanto nenhum dos documentos acostados pela autuada atende tal dispositivo, em razão da autuada insistir em subverter o disposto no Código de Defesa do Consumidor e na própria Portaria do PROCON que diz claramente que um dos elementos que compõe o calculo é a media da receita mensal bruta, vale dizer, a capacidade econômica da autuada.

Frise-se que no Demonstrativo de Cálculo, às fls. 572, há disposição clara de que a vantagem, no caso em tela, não teria sido apurado: "vantagem auferida não apurada". Logo, o calculo elaborado beneficia a autuada.

Além dos elementos acima, a multa leva em conta também a gravidade da infração, esta, vem claramente elencada no Demonstrativo de Cálculo às fls. 284, no qual se descreveu que as condutas enquadram-se na gravidade de grupo III (art. 37, § 1º e art. 39, caput), determinada no anexo I da referida portaria que assim determina: (...).

Frise-se que no caso em tela, a autuada é a faceta nacional da maior empresa multinacional do ramo, logo sua condição econômica, um dos fatores que influenciaram no valor da multa é privilegiada, o que, logicamente, acarreta a maior multa.

Vale ressaltar, ainda, que o documento juntado aos autos pela autuada a fls. 571 (que demonstra os valores auferidos mundialmente pela matriz da autuada), bem como a fls. 748 (que demonstra apenas as receitas do Parque Industrial de Manaus com vendas para outros pontos do território nacional que não a Zona Franca e Amazônia Ocidental já superior ao valor arbitrado) escancarando a insignificância do valor da multa em relação ao pujança da autuada."

E conforme estabelece o artigo 32, § 1º da Portaria Normativa nº 26/2006 (alterada pela Portaria nº 45/2015), a apelante teve até o trânsito em jugado da decisão administrativa para impugnar a média da receita mensal bruta estimada pelo PROCON-SP, afastando a estimativa realizada pelos agentes da apelante, não logrando êxito em fazê-lo, descabendo agora impugnar a base de cálculo da penalidade na esfera judicial.

Acesso ao Sumário

Aliás, embora robusta a prova documental, não há nos autos demonstração indubitável de que deveria ser utilizado como base valor distinto daquele estimado pelos agentes administrativos.

A imposição da multa tem previsão legal, e a Portaria 26/2006 (alterada pelas Portarias 33/2009, 36/2010 e 45/2015) limitou-se a estabelecer os critérios para a aplicação da penalidade, sendo que o Administrador Público recebeu atribuição e competência para fixar a pena de multa de modo concreto.

Nesse sentido:

"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ANULATÓRIA - MULTA APLICADA

PELO PROCON -ADMISSIBILIDADE - ILEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO - INOCORRÊNCIA - A MULTA FOI APLICADA CONFORME OS CRITÉRIOS DEFINIDOS EM LEI E APLICÁVEIS AO CASO EM QUESTÃO, NÃO SENDO O CASO DE ANULAR OU REDUZIR - RECURSO IMPROVIDO." (AC nº 994.06.087473-6, Rel. Des. Franco Cocuzza, j. 24.05.2010).

E da lavra do eminente Desembargador JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR são as conclusões advindas do julgamento da Apelação Cível nº 4003302-19.2013.8.26.0032, em 02.09.2016, a saber:

"A administração pautou-se pelo princípio da legalidade, detalhando as infrações (preceito primário) e as consequentes sanções (preceito secundário). Na verdade, as impugnações da autora, ora apelante, são genéricas e não elidem a presunção de veracidade dos atos administrativos. Nesse cenário, a autora pretende inverter os papéis e subverter a ordem, pretendendo desprestigiar a atuação administrativa e atribuir a ela o dever de demonstrar a legalidade do ato administrativo praticado.

De outra banda, a multa é juridicamente hígida, nada desabonando ou elidindo a presunção de veracidade própria dos atos administrativos. Ao contrário, a infração milita contra a autora em razão do descumprimento das normas de proteção ao consumidor. (...)

Observo que a Lei Estadual n. 9.192/95 outorga à Fundação PROCON o poder de polícia necessário para a fiscalização do estrito cumprimento das normas de proteção ao consumidor. Nessa quadra, importa deixar assentado que a infração encontra respaldo nos artigos 56 e 57 do CDC (que estabelecem as sanções aplicáveis e os limites e critérios para a dosimetria da mesma, estabelecendo o patamar mínimo de 200 e máximo de 3.000.000 de UFIR´s) e na Portaria Normativa PROCON n. 26/06, que torna concreto os critérios de definição e quantificação da sanção, especificando o que vem a ser infração grave, vantagem auferida e poderio econômico do infrator."

Registre-se, ainda, que o calculo da pena levado a efeito pela autoridade administrativa foi detalhadamente demonstrado pela manifestação técnica a fls. 1.236/1.237.

De rigor, portanto, a manutenção da improcedência da demanda.

Frise-se, por fim, que por força das regras do artigo 14 do NCPC, a questão dos honorários foi decidida de acordo com as regras vigentes na prolação da sentença.

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo retido e ao recurso da Autora, mantida a improcedência da ação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000062-89.2012.8.26.0076, da Comarca de Birigüi, em que é apelante/apelado VALDIR OLIANI (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelado/apelante INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO MUNICÍPIO DE BIRIGUI – BIRIGUIPREV.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Recurso da Autarquia Municipal provido, prejudicado o exame do recurso do autor. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12413)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente) e MOACIR PERES.

São Paulo, 28 de novembro de 2016.

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA, Relator

Ementa: AÇÃO ORDINÁRIA – Servidor público municipal – Pedido de concessão de aposentadoria por invalidez, por padecer o autor de Esquizofrenia Paranóide (fls. 20) – Julgamento extra petita configurado, uma vez que o magistrado reconheceu o direito à concessão do benefício de Auxílio-Doença, em desconformidade com o pedido deduzido pelo autor – O rol do artigo 186, I, §1º, da Lei Federal nº 8.112/90, que se repete na norma do artigo 16, §2º, e incisos, regulando a norma do art. 40, § 1º, I, segunda parte, da Constituição Federal, é taxativo, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal – Não se encontrando a esquizofrenia inserida na referida lista, impossível a aplicação da regra excepcional contida na Constituição – Recurso da Autarquia Municipal provido, prejudicado o exame do recurso do autor.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos, etc.

Cuida-se de ação ordinária movida por Valdir Oliani em face do Instituto de Previdência do Município de Birigui – BIRIGUIPREV, na qual sustenta o autor que se encontra incapacitado para o trabalho porque sofre das faculdades mentais, pugnando, neste contexto, pela concessão de aposentadoria por invalidez.

A ação foi julgada parcialmente procedente, oportunidade na qual o Instituto-réu viu-se condenado ao pagamento do benefício de Auxílio-Doença, em favor do autor, a partir da citação, corrigidos os respectivos valores monetariamente, com incidência de juros de mora de 1% ao mês, até que o requerente se revele em condições para a prática de atividade profissional, em que não interfira sua incapacidade. Na ocasião, o réu foi condenado ao pagamento das despesas processuais e ao pagamento de honorários advocatícios, estes fixados em R$ 1.000,00, nos termos do artigo 20, §4º, do Código de Processo Civil.

Apela o autor, pugnando pela reforma da r. sentença, a fim de que lhe seja concedido o benefício da aposentadoria a partir do indeferimento do pedido na via administrativa (30/04/2011).

Por sua vez, apela o Instituto-réu, argumentando com o julgamento *extra petita*, uma vez que o pedido do autor é de aposentadoria por invalidez. Afirma ainda que não é possível a concessão da aposentadoria para servidor que tenha deixado de contribuir para os cofres públicos por dois meses consecutivos ou 4 meses interpolados e que, ademais, não ficou comprovada a incapacidade total e permanente do autor.

É o relatório.

O recurso do Instituto de Previdência merece prosperar, dando-se por prejudicado o recurso do autor.

Inicialmente, é de se ver que o pedido do autor diz respeito à aposentadoria por invalidez, muito embora a apelação seja um tanto quanto confusa, à medida que nela formula a concessão da aposentadoria com pagamento retroativo à data em que a concessão do benefício foi indeferida administrativamente, ao passo que, na inicial, o autor postula a concessão da aposentadoria desde a data em que cessou o venefício do Auxílio-Doença (fls. 03 e 07).

A despeito disto, veja-se que em nenhum momento o autor deduziu pedido relativo à concessão do benefício de Auxílio-Doença, deixando claro, a fls. 04, nas duas primeiras linhas do primeiro parágrafo, "que o benefício ora pleiteado judicialmente é a Aposentadoria por Invalidez". Ainda que a situação em que se encontra o autor inspire preocupação, é de se ver que o julgamento extrapolou os limites da lide, uma vez que, diferentemente do que afirmou o MM Juízo *a quo*, o auxílio-doença não "*representa um minus* em relação ao pedido mais amplo de aposentadoria" (fls. 266), tratando-se de benefícios diversos.

E o pedido não pode ser interpretado de maneira ampliativa, ressalvada específica hipótese legal (art. 293 do *CPC de 73*, vigente à época da prolação da sentença).

E assim se dá porque é o autor quem delimita a lide, ao deduzir o pedido na inicial. Há alguns pedidos implícitos, a exemplo da pretensão aos juros,

Acesso ao Sumário

correção monetária, condenação nas verbas de sucumbência, porque decorrem necessariamente do requerimento formulado, o que não é o caso dos autos.

Dito isto, passa-se a análise do mérito, na forma do artigo 515, §3º, do *CPC de 73*, vigente ao tempo da r. sentença, não sem antes lembrar que, em caso de sentença nula, o STJ já admitiu possibilidade de o tribunal, após reconhecer a nulidade, passar ao julgamento do feito, por aplicação analógica da regra do § 3º do art. 515, do CPC – STJ, 1ª Turma, REsp 761.379, Min. José Delgado, J. 17/08/05, DJU 12/09/05; STJ 3ª Turma, REsp 337.094, Min. Gomes de Barros, J. 29/11/05, DJU 19/12/05; STJ 1ª Turma, REsp 796.296, Min. José Delgado, J. 04/05/06, DJU 29/05/06.

O laudo pericial de fls. 251 a 253 é categórico ao afirmar que a incapacidade do autor é total, porém, temporária, quadro que não comporta readaptação. Sugeriu o *expert* que o periciando fosse reavaliado em doze meses, uma vez que padece de Esquizofrenia Paranóide (F.20).

De qualquer sorte, como lembrou a autarquia, a doença de que sofre o autor não está relacionada no rol do artigo 16 da Lei Municipal nº 4.804/06, que repete os termos da norma do artigo 186, I, §1º, da Lei Federal nº 8.112/90. E aquela relação, decerto, não é simplesmente exemplificativa.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento proferido no AgRg no REsp nº 1353152/AM, havia entendido que o rol da Lei Federal seria exemplificativo. Entretanto, alterou sua posição como se retira de recente julgado:

> "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. REAPRECIAÇÃO DO RECURSO ESPECIAL NOS TERMOS DO ART. 543-B, § 3º, DO CPC. ACÓRDÃO DA SEGUNDA TURMA QUE DIVERGE DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STF FIRMADA EM REPERCUSSÃO GERAL. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PERMANENTE. SERVIDOR QUE PADECE DE DOENÇA INCURÁVEL, NÃO MENCIONADA NO § 1º DO ART. 186 DA LEI Nº 8.112/1990. ARTRITE REUMATÓIDE. DIREITO A PROVENTOS INTEGRAIS. IMPOSSIBILIDADE, ROL TAXATIVO. RE 656.860/MT. 1. O presente recurso retornou a esta relatoria para ser reapreciado nos termos do § 3º do art. 543-B do Código de Processo Civil, em decorrência do reconhecimento da repercussão geral da matéria relativa à existência, ou não, da possibilidade de o servidor portador de doença grave incurável, não especificada em lei, receber proventos de aposentadoria de forma integral (Tema 524/STF), no Recurso Extraordinário n. 656.860/MT, e posterior provimento do recurso, em 21.8.2014, cujo acórdão transitou em julgado. 2. Enquanto a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o rol de doenças constantes do § 1º do art. 186 da Lei n. 8.112/90, para fins de

Acesso ao Sumário

aposentadoria integral, não é taxativo, mas exemplificativo, tendo em vista a impossibilidade de a norma prever todas as doenças consideradas pela medicina como graves, contagiosas e incuráveis, como no caso da artrite reumatóide, a Suprema Corte entendeu que "pertence, portanto, ao domínio normativo ordinário a definição das doenças e moléstias que ensejam aposentadoria por invalidez com proventos integrais, cujo rol, segundo a jurisprudência assentada pelo STF, tem natureza taxativa". 3. A servidora pública, no presente caso, foi diagnosticada com artrite reumatóide, doença considerada grave, incurável e incapacitante, que justificou a sua aposentadoria por invalidez permanente. Todavia, cuida-se de moléstia não mencionada no § 1º do art. 186 da Lei n. 8.112/1990, de modo que a aposentadoria não pode se dar com o pagamento de proventos integrais, mas sim proporcionais. 4. Quanto às alegações da recorrente alusivas à suposta violação do art. 475, § 2º, do Código de Processo Civil, mantém-se o pronunciamento da impossibilidade de conhecimento do recurso especial. O cabimento do reexame necessário, no caso vertente, foi fixado com base em suportes fáticos extraídos dos autos; destarte, para infirmar as conclusões a que chegou o Tribunal de origem, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ. Recurso especial conhecido em parte e improvido." (REsp 1.324.671/SP – Rel. Min. Humberto Martins – SEGUNDA TURMA – J. 03/03/2015 – DJe 09/03/2015)

E o entendimento é consentâneo às normas de Hermenêutica Jurídica, porquanto, como a aposentadoria por invalidez, com proventos integrais, constitui exceção expressa, segundo a regra do artigo 40, § 1º, I, segunda parte, da Constituição Federal, não se poderia mesmo admitir interpretação ampliativa, que não cabe no caso de norma excepcional.

Assim, como não se está tratando de invalidez decorrente de moléstia grave, contagiosa ou incurável "na forma da lei", bem se vê que o problema de saúde de que padece o autor não se inscreve entre as doenças de que trata a norma do artigo 186, I, § 1º, da Lei Federal nº 8.112/90.

Trata-se de inverter os ônus da sucumbência. Como se atribuiu à causa valor ínfimo (R$ 6.120,00), cuida-se de aplicar a norma do artigo 85, §8º, do Código de Processo Civil que assim diz:

§ 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.

Assim, nos termos da regra do artigo 85, §§2º e 8º, do Código de Processo Civil, considerando tratar-se de causa de pequena complexidade, e levando em conta, de outra parte, o empenho do advogado da requerida, fixo os honorários

Acesso ao Sumário

advocatícios no valor de R$ 1.500,00, carreando ao autor o respectivo pagamento, mas observada a regra do artigo 12 da Lei Federal nº 1.060/50.

Nestes termos, dou provimento ao recurso da autarquia previdenciária, prejudicada a apreciação do recurso do autor.

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 nº 0000678-32.2014.8.26.0549, da Comarca de Santa Rosa de Viterbo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados NILTON CARLOS VIEIRA, FERNANDO HENRIQUE VIEIRA GARCIA, CLAUDIO MORETTI JUNIOR, JOSE TADEU CHIAPERINI, CASSIO DE ASSIS CUNHA NETO e PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTA ROSA DE VITERBO.

ACORDAM, em 8ª 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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 6597)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ (Presidente sem voto), VICENTE DE ABREU AMADEI e CLÁUDIO MARQUES.

São Paulo, 22 de novembro de 2016.

MÔNICA SERRANO, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – NECESSÁRIA COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO (má-fé/dolo) DO TIPO – NÃO COMPROVAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE ATO ÍMPROBO – ESTRUTURA JURÍDICA DO MUNICÍPIO QUE DISPENSA A NECESSIDADE DE CONCURSO PARA CARGO EFETIVO – CUMULAÇÃO DA DIRETORIA DO JURÍDICO E DEFESA JUDICIAL DO MUNICÍPIO – CARGO EM COMISSÃO – SITUAÇÃO FÁTICA

MAIS ECONÔMICA AO MUNICÍPIO – FALTA DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL EM RELAÇÃO A ESTRUTURA JURÍDICA MUNICIPAL – INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS – NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a sentença de fls. 927/934, que rejeitou liminarmente a ação e julgou improcedente a ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Fundamentou que: (a) O Município de Santa Rosa do Viterbo não possui cargo (de provimento efetivo) de advogado do município ou de procurador jurídico municipal em sua legislação; (b) Em municípios menores (como é o caso de Santa Rosa do Viterbo) não há como existirem, ao mesmo tempo, procuradores jurídicos contratados por concurso (para provimento de cargos efetivos), e advogados ocupantes de cargos em comissão (para ocupação de cargos de confiança para assessoramento jurídico-político do prefeito municipal); (c) seria mais custoso aos cofres públicos forçar a criação de cargo ou emprego público de procurador jurídico municipal e manter a indispensável coexistência do cargo, em comissão do Diretor Jurídico (para assessoramento ao Sr. Prefeito e exercício da chefia e direção do Setor Jurídico Municipal); (d) Os artigos 131 e 132 da CF, que versam sobre a estrutura da advocacia pública, silenciaram-se acerca da advocacia pública municipal; (e) é inviável a criação de cargos de provimento efetivo para Procurador Jurídico Municipal em municípios menores; (f) a função desempenhada pelos advogados possuem natureza singular e intelectual específica; (g) consolidou-se o entendimento jurisprudencial de que a improbidade administrativa pressupõe imoralidade, má-fé e dolo na conduta do agente público, sendo que no caso em pauta ausentes o dolo e a má-fé por parte do administrador; (h) não houve alegações relacionadas a abuso de poder ou desvio de finalidade nas contratações dos advogados.

Inconformado, apelou a Ministério Público do Estado de São Paulo (fls. 935/940). Alegou em síntese que é necessário se determinar o recebimento e processamento da presente ação civil publica, pois: (a) a contratação dos advogados violou a regra do concurso público para acesso aos cargos da Administração, além de violar os princípios da impessoalidade de da moralidade; (b) apesar da denominação dos cargos, os assessores jurídicos desempenham típicos atos de execução, próprios dos cargos de provimento efetivo; (c) não se tem noticia da existência de algum concurso público na cidade para provimento do cargo de Procurador do município.

Acesso ao Sumário

Apresentadas Contrarrazões – fls. 943/951, 952/966, 967/1008 e 1009/1034.

Houve parecer do I. Representante do Ministério Público às fls.1039/1672, pelo provimento do recurso.

É o Relatório.

Cuida-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, na qual alega, em suma, que Nilton Carlos Vieira e Fernando Henrique Vieira Garcia foram nomeados pelo ex-prefeito de Santa Rosa de Viterbo, Jose Tadeu Chiaperini para ocuparem o cargo de comissão de Procurador Jurídico Municipal. Terminado o mandato do ex-prefeito, o atual prefeito Cassio de Assis Cunha, nomeou Fernando Henrique Vieira Garcia e Claudio Moretti Júnior para tal cargo. Ocorre que na visão do Ministério Público, tais nomeações seriam ilícitas, e violariam os princípios da impessoalidade, da publicidade, da moralidade e da regra do concurso público, na medida em que as atividades prestadas pelos contratados não eram de direção, chefia ou assessoramento. Pleiteia liminarmente a indisponibilidade de bens dos réus, assim como a procedência da ação para declarar nulas as contratações realizadas e condenar, nos termos do artigo 12 da Lei 8.429/92, todos os réus à devolução dos valores percebidos, suspensão dos direitos políticos e pagamento de multa civil de até três vezes dos valores pagos aos advogados, além da proibição de contratação com o poder público e perda dos cargos e empregos públicos dos réus.

Pois bem.

O recurso de apelação não merece prosperar.

A ação civil pública foi movida para caracterização de ato de improbidade, com base na presença de conduta tipificada no art.11, *caput,* da Lei 8492/92, que disciplina os atos de improbidade que violem os princípios da Administração Pública, devendo se fazer presente, assim, ato ou omissão que viole de alguma forma os princípios constitucionais na gestão pública e os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, além da conduta dolosa e nexo de causalidade.

Acesso ao Sumário

Resta consolidado no âmbito do STJ o seguinte entendimento:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IRREGULARIDADES NA APLICAÇÃO DE VERBAS PÚBLICAS FEDERAIS. EDIFICAÇÃO DO SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO DO MUNICÍPIO DE SOLÂNEA-PB. ELEMENTO SUBJETIVO. CARACTERIZAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO DAS IRREGULARIDADES COMO ATOS DE IMPROBIDADE.

1. *Trata-se na origem de Ação Civil Pública por improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público Federal e pela FUNASA objetivando a*

condenação dos ora recorridos por atos de improbidade praticados durante a execução do Convênio 1.388/2002, celebrado entre o Município de Solânea/PB e o Ministério da Saúde, por meio do Fundo Nacional de Saúde, tendo por objeto a construção de sistema de esgotamento sanitário.

2. O entendimento do STJ é de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10.

3. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não necessita ser específico, sendo suficiente o dolo genérico.

4. Quanto à existência do elemento subjetivo o v. acórdão recorrido consignou que, "após uma detida análise de todo arcabouço probatório constante nos autos, percebo que, apesar dos esforços do MPF para fiscalizar a correta aplicação de verbas públicas e tentar instruir o presente processo de forma satisfatória para garantir a procedência do seu pleito, não se pode enquadrar em ato de improbidade quaisquer irregularidades cometidas pelo administrador e sem a devida demonstração do elemento subjetivo – má-fé sob pena de se banalizar tal instituto" (fl. 1.284, e-STJ).

5. Na esteira da lição deixada pelo eminente Min. Teori Albino Zavascki, "não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10" (AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, dje 28/09/2011).

6. Ausente hipótese de evidente afastamento descuidado do elemento subjetivo pelo Tribunal a quo, modificar a conclusão a que chegou o acórdão recorrido demanda reexame do acervo fático-probatório dos autos, inviável em Recurso Especial, sob pena de violação da Súmula 7 do STJ.

7. Recurso Especial não provido."

Dessa forma nos resta claro que para configuração da tipificação do réu nas condutas previstas pelo dispositivo acima da Lei de Improbidade é necessário que seja demonstrado o dolo, isto é a má-fé em sua conduta visando o enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário, ou benefícios pessoais ou em favor de terceiros, por meio da quebra do dever de lealdade do trato da coisa pública, violando os princípios constitucionais estabelecidos. Portanto, ainda que presente ilegalidades ou irregularidades na prática do ato administrativo,

Acesso ao Sumário

caso não haja a presença do elemento subjetivo do tipo, não se pode taxar este ato com ímprobo.

No caso em discussão, restou comprovada que a contratação se mostra compatível com a Constituição Federal, respaldada, outrossim, em legislação municipal, estando, ademais, livre de qualquer má-fé dos réus.

Em tal ponto, no Município de Santa Rosa de Viterbo não há cargo (de provimento efetivo) de advogado do município ou de procurador jurídico municipal em sua legislação. Para se compreender o contexto da legislação municipal, é necessário se ter em mente que se trata de um município de pequenas proporções, não tendo um orçamento alto, e nem possuindo uma demanda jurídica que justifique a existência de procuradores jurídicos contratados por concurso ao mesmo tempo em que advogados ocupantes de cargos em comissão.

Assim, clara a estrutura jurídica do Município, baseada em uma Diretoria Jurídica, que cumula os cargos da defesa jurídica do município e a assessoria ao chefe do Executivo. Assim, não há porque se proibir a contratação em comissão, sendo certo que a defesa jurídica do município em todas as demandas judiciais e a assessoria jurídica municipal ao poder executivo local é prestada por advogados contratados em comissão, nomeados pelo prefeito municipal. Tendo em vista tais funções, é necessária que nestes casos exista uma relação de confiança, assim como qualidades específicas por parte dos profissionais, o que justifica a contratação direta realizada.

Por fim, como deixou clara a sentença, os artigos 131 e 132 da CF que versam sobre a estrutura da advocacia pública, silenciaram-se acerca da advocacia pública municipal, dando margem a aplicação da legislação infraconstitucional nestes casos.

Ademais, tendo em vista que os profissionais nomeados demonstraram deter boa-reputação, não existindo duvida quanto à honestidade e capacidade profissional dos mesmos. Assim, na medida em que os serviços foram prestados de forma devida e adequada, não existe motivo para que os valores referentes a prestação de tais serviços sejam devolvidos. Além disto, não houve por parte do ministério público qualquer alegação relacionada a abuso de poder ou desvio de finalidade nas contratações dos advogados.

Posto isto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação, mantendo-se a sentença em seus exatos termos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000826-

55.2014.8.26.0642, da Comarca de Ubatuba, em que é apelante/apelado ALCEU BORDINI DO AMARAL (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante MUNICÍPIO DA ESTÂNCIA BALNEÁRIA DE UBATUBA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento parcial ao recurso do autor e negaram provimento ao recurso adesivo do réu, por V.U., em conformidade com o voto do Relator. **(Voto nº 23184)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS EDUARDO PACHI e REBOUÇAS DE CARVALHO.

São Paulo, 28 de novembro de 2016.

MOREIRA DE CARVALHO, Relator

Ementa: "SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – Pagamento em pecúnia de licença-prêmio não usufruída que deve ser calculado sobre os proventos, com restrição da contagem da benesse até 06.02.2009, momento da revogação da Lei Municipal nº 3.172/2009 e também deve ser excluído o tempo laborado pelo regime da CLT – Aplicação da Lei Municipal nº 2.995/2007 – Sentença reformada – Recurso do autor parcialmente provido e negado provimento ao recurso adesivo do réu."

VOTO

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER sob o rito ordinário movido por **ALCEU BORDINI DO AMARAL** em face do **MUNICÍPIO DA ESTÂNCIA BALNEÁRIA DE UBATUBA.** Alega, em síntese, que é servidor público tendo trabalhado no período de 18.04.1977 a 17.03.1991, sob o regime da C.L.T e aprovado em concurso público em 18.03.1991 até a presente data, e requer a procedência da ação para o pagamento de 06 (seis) períodos de licenças prêmio, em pecúnia, sobre os vencimentos atuais, nos termos do artigo 142, parágrafo único, da Lei Municipal nº 2.995/07, corrigidos monetariamente e acrescidos dos juros legais.

A sentença de fls. 104/106, cujo relatório se adota, julgou improcedente o pedido, condenado o autor ao pagamento das custas e despesas processuais, incluindo honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, observados a gratuidade concedida.

Apela o autor (fls. 110/126), requer seja dado provimento ao recurso para

Acesso ao Sumário

que seja integralmente reformada a r. sentença e prequestiona o art. 5º, *caput* e LV, bem como o art. 39 da Constituição Federal.

Apela adesivamente o Município arguindo preliminar de incompetência do Juízo (fls. 163/167).

Houve apresentação de contrarrazões aos recursos (fls.137/161 e 178/186).

Vieram os autos para julgamento.

RELATEI.

A preliminar arguida em recurso adesivo já foi amplamente debatida, conforme fundamentado em agravo de instrumento nº 0132200-54.2012.8.26.0000 de minha relatoria, portanto, afasto a preliminar de competência do Juizado Especial da Fazenda Pública, eis que o valor atribuído à causa, por estimativa, é uno e de impossível apuração exata de forma imediata.

Superada esta questão, extrai-se dos autos que o apelante prestou serviços sob o regime C.L.T, e como é sabido, o tempo laborado em regime celetista não pode ser averbado para fins de licença prêmio, benefício típico do servidos estatutário.

Estabelece o Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Ubatuba (Lei nº 2.995/07), em seus artigos 140 e 142, referente à licença-prêmio:

"Art. 140 - O servidor público municipal terá direito à licença- prêmio de 03 (três) meses por quinquênio de efetivo exercício ininterruptos, exclusivamente municipal, desde que não haja sofrido quaisquer penalidades administrativas previstas neste Estatuto.

§ 1º - O período em que o servidor público municipal estiver em gozo de licença-prêmio será considerado como de efetivo exercício para todos os efeitos legais.

§ 2º - Não terá direito à licença-prêmio o servidor público municipal que, no período aquisitivo citado no caput do artigo, houver:

I – faltado ao serviço, injustificadamente por mais de 12 (doze) dias, mesmo que interpoladamente;

II – gozado licença:

a) por período superior a 75 (setenta e cinco) dias consecutivos ou não, salvo licença para prestação de serviço militar obrigatório e licença gestante;

b) por motivo de doença em pessoa da família, por mais de 30 (trinta) dias, consecutivos ou não;

c) para tratar de interesses particulares;

d) por motivo de afastamento de cônjuge funcionário."

"Art. 142 - O servidor público municipal que preferir não gozar, integralmente, a licença-prêmio, poderá optar mediante expressa e irretratável declaração de gozo de metade do período, recebendo os vencimentos de seu cargo, correspondente à outra metade.

Acesso ao Sumário

Parágrafo único – Poderá, ainda o servidor público municipal optar, mediante expressa e irretratável declaração, pelo recebimento, em dinheiro, da importância correspondente ao período total da licença-prêmio".

Por sua vez, os referidos dispositivos foram revogados pela Lei nº 3.172/09, assim, discute-se se os servidores adquiriram ou não o direito à licença prêmio.

Assim, apesar de ser polêmica a matéria, tem-se que os servidores em exercício no período de vigência da lei, e que preencham os requisitos legais, vínculo estatutário, assiduidade, inexistência de penalidades e que não incidam nas hipóteses previstas no art. 140, § 2º, da referida lei, fazem jus à licença prêmio, limitada a contagem da benesse até a revogação da Lei 3.172, em 06 de fevereiro de 2009.

Assim, a contagem do prazo de aquisição da Licença prêmio deve levar em consideração a data em que o servidor foi admitido como estatutário, como está redigido no dispositivo legal:

"Art. 252 - O tempo de efetivo serviço prestado na Municipalidade será computado a partir da data da admissão regular do servidor para efeitos de:

I - adicionais por tempo de serviço;

II - gratificações ou prêmios de incentivo;

III - licenças e ***outras vantagens previstas em lei municipal****" (g.n).*

Porquanto, não seria razoável que a disposição sobre a licença prêmio só fosse aplicada aos servidores que ingressassem no serviço público a partir da publicação da lei que a instituiu.

Em idênticos casos, já se manifestou este E. Tribunal de Justiça:

"RECURSO ADESIVO – Conhecimento – Presença do interesse recursal da Municipalidade – Recurso adesivo que não se limita pelo alcance do reclamo principal.

PROCESSO CIVIL – Coisa julgada – Inocorrência – A sentença prolatada na ação coletiva somente faz coisa julgada relativamente aos substituídos quando for de procedência – Incompetência absoluta afastada – Matéria já analisada no Agravo de Instrumento nº 2092171-57.2014.8.26.0000.

LICENÇA-PRÊMIO – Servidores públicos municipais – Pretensão ao recebimento da licença-prêmio convertida em pecúnia, corrigida monetariamente e acrescida de juros legais – Possibilidade – Lei Municipal nº 2.995/07 que garantiu o direito à benesse, com contagem do tempo efetivo de serviço prestado na Municipalidade a partir da data de admissão do servidor – Todavia, deve ser observada a situação funcional de cada Autor, com restrição da contagem da benesse até 06.02.2009, momento de sua revogação pela Lei Municipal nº 3.172/2009 e também deve ser excluído o tempo laborado no regime da CLT - Limitação

Acesso ao Sumário

do reconhecimento de parte dos blocos da licença que pleiteiam - R. Sentença reformada.

JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA – Sobre os valores que serão apurados incidem juros de mora de 6% ao ano, na forma do art. 1º-F da Lei 9.494/97, na sua redação original, com incidência a partir da citação – A correção se dará de acordo com a Tabela Prática para Cálculo de Atualização Monetária dos Débitos Judiciais, desde quando devidas as parcelas – Declaração de inconstitucionalidade por arrastamento do art. 5º, da Lei nº 11.960/09 exarada pelo STF – Efeitos vinculantes.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Reformada a r. sentença e verificada a sucumbência mínima dos Autores – Fixação em 10% da condenação – Observâncias às regras do artigo 20 do CPC.

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – Necessidade de constatação inequívoca de deslealdade no manejo do direito de defesa pelo Município – Inocorrência. Recurso dos Autores parcialmente provido. Recurso adesivo da Ré improvido." Apelação nº 0003099-07.2014.8.26.0642, Rel. Carlos Pachi. Jul. 29.07.2015.

"SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – REGIME REMUNERATÓRIO – VANTAGEM PESSOAL – LICENÇA-PRÊMIO – CONVERSÃO EM PECÚNIA – ADMISSIBILIDADE. Pretensão ao reconhecimento do direito à licença-prêmio e sua conversão em pecúnia. Admissibilidade (artigos 140, caput, e 142 da Lei Municipal nº 2.995/07). Revogação dos dispositivos pela Lei Municipal nº 3.172/09. Irrelevância. Existência de previsão legal dispondo sobre a contagem do tempo de serviço prestado ao Município desde a admissão regular para os efeitos de licença e outras vantagens (art. 252 da Lei nº 2.995/07). Precedentes jurisprudenciais. Pedido improcedente. Inadmissibilidade. Sentença reformada. Recurso provido." Apelação nº 3001873-47.2013.8.26.0642. Rel. Décio Notarangeli. Julg. 29.04.2015.

Diante disso, reforma-se a r. sentença, para julgar procedente em parte o pedido e reconhecer o direito do autor ao recebimento em pecúnia da licença prêmio em relação ao período de 18.03.1991 a 06.02.2009, quando revogada a Lei nº 3.172/2009, condenando o réu no pagamento do principal, acrescido de correção monetária pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça, juros de mora de 6% ao ano, a partir da citação, além de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, ante a sucumbência mínima do autor, fixa-se em 10% sobre o valor da condenação a ser apurado, nos termos do artigo 20, do Código de Processo Civil.

Ocorrendo isto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DO AUTOR E NEGO PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO DO RÉU**, nos termos supramencionados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011873-62.2005.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARIA THEREZA RIBEIRO DE ALMEIDA FERRARI DE CASTRO (FALECIDO), são apelados PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e 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: "Deram provimento parcial, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.046)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente) e MAGALHÃES COELHO.

São Paulo, 5 de dezembro de 2016.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: ADMINISTRATIVA – Aquisição de bens de valor desproporcional à renda – Acréscimo patrimonial devidamente comprovado por perícia judicial – Configurado o ato de improbidade administrativa previsto no artigo 9º, inc. VII da Lei nº 8.429/92 – FALECIMENTO DA RÉ – HABILITAÇÃO DOS HERDEIROS – As consequências patrimoniais atingem o patrimônio dos herdeiros, nos termos do art. 8º da Lei de Improbidade Administrativa – Perdimento dos bens que não tem caráter sancionatório, transmitindo-se aos herdeiros – Penas de suspensão dos direitos políticos, proibição de contratar com o poder público e multa civil que têm caráter personalíssimo, não se transmitindo aos herdeiros – Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Maria Thereza Ribeiro de Almeida Ferrari de Castro, inconformada com a r. sentença que julgou procedente a ação (fls. 985/988), apresentou recurso de apelação.

Faz um breve resumo da ação. Diz que os fundamentos que embasaram a ação de improbidade foram afastados. Alega que não pode ser caracterizado

como improbidade o fato de existirem valores não comprovados em contas bancárias de um servidor. Afirma que a CPMF não indica que o contribuinte tenha auferido renda. Assevera que na conta corrente havia movimentações de salário, movimentações de aplicações financeiras de um banco para outro e, ainda, movimentações de conta conjunta com o pai, eis que administrava a renda familiar. Diz que é ônus do autor comprovar os fatos constitutivos do seu direito, o que não ocorreu. Alega que não há provas de dano ao erário. Aduz que a evolução patrimonial, que estaria em descompasso com a renda auferida, deve estar vinculada ao cargo exercido. Daí, pedir a reforma da r. sentença (fls. 1003/1012).

Após notícias de falecimento da ré (fls. 1023/1024) e habilitação, (fls. 1139) os herdeiros Mário Augusto Ferrari de Castro e Maria Cláudia Ferrari de Castro apresentaram manifestação. Alegam que a ré deixou patrimônio módico, adquirido antes dos fatos imputados como ímprobos. Invocam o acórdão proferido nos autos da Ação Civil Pública nº 0013741-80.2002.8.26.0053, em que a ação foi julgada extinta em relação a Maria Thereza, em razão do falecimento. Dizem que a presente ação deve ser extinta também. Daí, pedirem a reforma da r. sentença (fls. 1077/1079 e 1091/1093).

Com as contrarrazões (fls. 1064/166 e 1144/1158), subiram os autos.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento dos recursos (fls. 1168/1176).

É o relatório.

Trata-se de ação civil pública por meio da qual o Ministério Público imputa à ré, Maria Thereza Ribeiro de Almeida Ferrari, ato de improbidade administrativa em razão de, na qualidade de servidora pública municipal, apresentar evolução patrimonial incompatível com a sua renda.

Em consequência, busca a "perda dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; suspensão dos direitos políticos de 08 a 10 anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o poder público, ou receber benefícios e incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 anos" (fls. 17).

A MM. Juíza da causa julgou procedente a ação, para condenar a requerida à "1º. Perda dos valores depositados em sua conta bancária, conforme apurado na inicial, com atualização monetária pela tabela prática do Tribunal de Justiça e juros de 0,5% ao mês a partir da data de cada depósito. 2º. Multa Civil no valor correspondente à metade do valor do ressarcimento, devidamente atualizado; 3º. Suspensão dos direitos políticos da ré pelo prazo de oito anos; 4º. 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

Acesso ao Sumário

da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos" (fls. 988).

Houve notícia do falecimento da ré em 14 de março de 2013 (fls. 1024). Os herdeiros se habilitaram e apresentaram manifestações nos autos (fls. 1031/1033, 1077/1079, 1091/1093).

Desponta dos autos que Maria Thereza Ribeiro de Almeida Ferrari de Castro, ex arquiteta da Prefeitura Municipal de São Paulo, enriqueceu-se ilicitamente, uma vez que seu patrimônio teve evolução incompatível com a renda que auferiu dos cofres públicos.

A investigação acerca da evolução patrimonial incompatível foi um desdobramento de outras investigações envolvendo a ré e diversos servidores municipais. Em 29 de maio de 2002, a Prefeitura Municipal de São Paulo constituiu uma força tarefa para o combate à corrupção na fiscalização de comércio, à reprodução ilegal de produtos e ao contrabando e roubo de cargas no município. A ré foi investigada por participação na "Máfia dos Fiscais". No curso dessas investigações, um procedimento administrativo fiscal revelou que a requerida, no ano de 1998, apresentou evolução patrimonial incompatível com o cargo que exercia.

Nesse contexto, houve a abertura de inquérito civil para a apuração de suposto ato de improbidade administrativa, tipificado no artigo 9º, inc. VII da Lei nº 8.429/92:

"Artigo 9º - Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1° desta lei, e notadamente:

[...]

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público".

Conforme ensina Suzana Faisbanks Schnitzlein Oliveira, "havendo prova de que o patrimônio do agente público aumentou em desproporções aos seus rendimentos declarados, constatando-se a denominada 'evolução patrimonial a descoberto', elementos puramente objetivos, há fundamento suficiente para um decreto condenatório com fulcro no art. 9º, VII, da Lei de Improbidade Administrativa, estando o agente público incurso nas sanções do art. 12, I do mesmo diploma legal" Ressalta ainda que "basta o nexo causal entre o exercício da atividade pública e a evolução patrimonial desproporcional do agente público, não se perquirindo acerca de sua intenção ou de qualquer outro elemento volitivo a caracterizarem seu dolo ou culpa" (A evolução patrimonial do agente público em desproporcionalidade aos seus rendimentos: uma presunção de enriquecimento ilícito – exegese do inciso VII do art. 9º da Lei n. 8.429/1992.

Acesso ao Sumário

In Samantha Chantal Dobrowlski, **Questões práticas sobre improbidade administrativa**, Brasília/DF, Editora Esmpu, 2011).

A evolução patrimonial incompatível com os rendimentos auferidos restou devidamente comprovada nos autos.

O perito judicial verificou que a renda auferida pela ré, no ano de 1998, foi de R$ 69.528,81 (sessenta e nove mil, quinhentos e vinte e oito reais e oitenta e um centavos). O total de depósitos feitos na conta corrente, além da renda auferida, foi de R$ 145.112,31 (cento e quarenta e cinco mil, cento e doze reais e trinta e um centavos). Desse total, apenas R$ 44.450,69 (quarenta quatro mil, quatrocentos e cinquenta reais e sessenta e nove centavos) restaram devidamente comprovados e identificados. Assim, concluiu o experto que "não pode ser comprovada a entrada de R$ 100.661,62 (cem mil, seiscentos e sessenta e um reais e sessenta e dois centavos), valores esses à época dos fatos" (fls. 779/801).

Convém ressaltar que restou explicitado pelo perito que a contribuição sobre a movimentação financeira (CPMF) não indica necessariamente que o contribuinte tenha auferido renda, pois este tipo de tributação incide sobre a movimentação de valores. Da leitura atenta do laudo pericial, verifica-se que as conclusões não levaram em consideração apenas os valores arrecadados a título de CPMF.

Alega ainda a ré que na conta corrente havia movimentações de salário, movimentações de aplicações financeiras de um banco para outro e, ainda, movimentações de conta conjunta com o pai, eis que administrava a renda familiar. Foram concedidas à ré Maria Thereza diversas oportunidades para comprovar a origem do total depositado. Entretanto, os apelantes só apresentaram justificativas para o acréscimo patrimonial de R$ 44.450,69 (quarenta e quatro mil, quatrocentos e cinquenta reais e sessenta e nove centavos).

Assim, não há dúvidas do acréscimo patrimonial sem devida justificativa, no montante de R$ 100.661,62 (cem mil, seiscentos e sessenta e um reais e sessenta e dois centavos).

Não há se falar em extinção da ação em razão do falecimento da ré Maria Thereza. As consequências patrimoniais atingem os patrimônios dos herdeiros, nos termos do artigo 8º da Lei de Improbidade: "o sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança".

Acesso ao Sumário

As penas de suspensão dos direitos políticos e de proibição de contratar com o poder público têm caráter personalíssimo e são intransmissíveis. Passa-se a analisar a possibilidade de aplicação das penas de perda dos valores acrescidos ilicitamente e da multa civil.

O artigo 5º, inc. XLV da Constituição Federal prevê que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a

decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do patrimônio transferido".

O perdimento dos bens não tem caráter sancionatório. Visa reconduzir o réu à situação anterior à prática do ilícito e, por expressa disposição legal, transmite-se aos herdeiros.

Assim, correta a condenação à perda dos valores acrescidos ilicitamente, no montante de R$ 100.661,62, devidamente atualizados, nos termos fixados na r sentença (fls. 988).

Entende-se, entretanto, que a multa civil não tem caráter indenizatório, mas sim punitivo e pessoal, não se transmitindo aos herdeiros.

A respeito do tema, assentou o douto Desembargador Carlos Eduardo Pachi, no julgamento da Apelação Cível nº 0013741-80.2002.8.26.0053:

"Foi noticiado o falecimento da Ré MARIA THEREZA RIBEIRO DE ALMEIDA FERRARI DE CASTRO, ocorrido em 14.03.2013 (fls. 2.074/2.075). Tendo em vista que as penalidades aplicadas (perda de função pública, suspensão dos direitos políticos, proibição de contratar como Poder Público e multa civil) têm caráter personalíssimo e são intransmissíveis, é o caso da extinção do processo em relação à parte falecida. No tocante a limitação da responsabilidade dos sucessores, discorre WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR: *'A regra do art. 8º da Lei Federal n. 8.429/92 deriva dos arts. 1.526 do Código Civil de 1916 (art. 943 do CC/02) e 5º, XLV, da Constituição Federal. A transmissibilidade das sanções derivadas da improbidade administrativa limita-se às hipóteses da perda dos bens ou valores ilicitamente acrescidos e ao ressarcimento integral do dano, excluindo-se as demais cabíveis em face de seu caráter personalíssimo. A responsabilidade sucessiva, no entanto, encontra outro limite, que é o valor do patrimônio transferido com a sucessão mortis causa (até o limite do valor da herança).'* (Probidade Administrativa, 3ª ed., Ed. Saraiva, p. 318) E especificamente em relação à multa civil, leciona PEDRO ROBERTO DECOMAIN*: 'A multa civil tem caráter meramente punitivo e não indenizatório, razão pela qual o dever de realizar seu pagamento não se transfere aos sucessores do ímprobo ao qual a multa haja sido imposta. Pela mesma razão, em falecendo qualquer dos requeridos no curso do processo, a ação somente prosseguirá em face do seu espólio ou dos seus herdeiros, em caso de configurar-se situação de ressarcimento do dano*.' (Improbidade Administrativa, 2ª ed., Ed. Dialética, p. 245) Neste sentido: *'AGRAVO RETIDO – Falta de oportuna reiteração inviabiliza conhecimento. Recurso não conhecido. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Servidores municipais. Esquema conhecido como 'máfia dos fiscais'. Exigência e recebimento de valores para liberar obras sem embargo ou autuação por possíveis irregularidades. Conjunto probatório robusto indica participação dos réus na prática de cada um dos atos*

Acesso ao Sumário

imputados. Caracterizada improbidade administrativa. Multa civil excessiva. Redução. Mantidas as demais cominações. Recurso da corré Dinorá provido, em parte. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS – Natureza personalíssima da única imposta a Albano – multa civil. Falecimento desse réu no curso do processo. Responsabilidade por ela não se transmite aos sucessores. Extinção do feito. Precedentes. Processo extinto, sem julgamento de mérito quanto ao corréu Albano, nos termos do art. 267, IX do CPC. Prejudicado o recurso.' (Apelação nº 0019146-34.2001.8.26.0053, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 27.04.2015) *'AGRAVO DE INSTRUMENTO - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - Falecimento do réu no curso do processo - Multa civil - Sanção de caráter personalíssimo que não se transmite aos sucessores - Precedentes - Processo extinto, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, IX, do CPC. Prejudicado o recurso*.' (AI nº 2114211-30.2014.8.26.0000, Rel. Des. Leme de Campos, j. 16.03.2015) *'APELAÇÕES - Ação Civil Pública - Improbidade Administrativa - Preliminar não acolhida ante a inocorrência de prejuízo pela inobservância do procedimento estatuído pelos artigos 7º a 10 da Lei n° 8.429/92 - Sanções aplicadas - Falecimento do réu - Extinção das penas de caráter pessoal, dentre elas a multa civil - Possibilidade - A multa civil não ostenta feição indenizatória, não podendo ser transmitida aos sucessores do agente público ímprobo. Recurso da Municipalidade desprovido e provido em parte o do correu*.' (Apelação nº 9186046-71.2005.8.26.0000, Rel. Des. Sergio Gomes, j. 11.11.2009). Note-se ainda, que ausente condenação em perda de bens ou de valores ilicitamente acrescidos ao seu patrimônio ou ainda do eventual ressarcimento integral do dano, situação que autorizaria a aplicação do artigo 8º, da Lei de Improbidade Administrativa, para atingir o sucessor até o limite do valor da herança. Destarte, é caso da extinção do processo, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, IX, do CPC e prejudicada a apreciação do apelo interposto pela parte a fls. 2.041/2.056" (Ap. Cível nº 0013741-80.2002.8.26.0053, 9ª Câmara de Direito Público, j. 29.05.2015).

Assim, afasta-se a condenação ao pagamento de multa civil no valor correspondente à metade do valor do ressarcimento.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, nos termos supracitados, mantida, no mais, a r. sentença.

Acesso ao Sumário

Apelações/Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1003224-42.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e JUÍZO "EX OFFICIO", é apelado C.M. INFORMÁTICA LTDA. - ME.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª 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 26.474)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ LUIZ GERMANO (Presidente), OSVALDO DE OLIVEIRA e VENICIO SALLES.

São Paulo, 23 de novembro de 2016.

JOSÉ LUIZ GERMANO, Relator

Ementa: APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPEDIMENTO DE EMISSÃO DE NFS-e.

Instrução Normativa n. 19/11 Surem/SF que condiciona a autorização para emissão de nota fiscal eletrônica ao pagamento do ISS. Impossibilidade. Conteúdo da IN implica restrições à atividade econômica de contribuintes inadimplentes. Forma ilegal e indireta de cobrança de tributos. Inconstitucionalidade declarada pelo Colendo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça. Segurança concedida na origem. Sentença mantida.

RECURSOS VOLUNTÁRIO E LEGAL NÃO PROVIDOS.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação e reexame necessário interpostos contra a r. sentença de fls. 58/60, proferida em 05.08.2015 que, nos autos do mandado de segurança concedeu a ordem, para o fim de que a impetrante continue a emitir nota fiscal eletrônica.

Apela o município, aduzindo, em síntese, que a suspensão de autorização

de emissão da NF-E aplica-se ao contribuinte que deixar de recolher ISS devido por 4 meses consecutivos ou que deixar de recolher o ISS devido por 6 meses alternados dentro de um período de 12 meses; que não há motivo para que se considere a emissão da NF-s como um direito ofendido pela instrução normativa 19/SF-Surem/2011; que a emissão de notas fiscais não constitui um direito do contribuinte, mas uma obrigação tributária acessória destinada à fiscalização, dispensada no presente caso porque foi atribuída ao tomador dos serviços; que não houve ofensa ao teor das Súmulas 70, 323 e 547 do STF.

Contrarrazões a fls. 88.

A D. Procuradoria de Justiça deixou de oferecer parecer, por vislumbrar que o mérito é atinente a direitos individuais disponíveis (fls. 105).

Não houve oposição ao julgamento por sessão virtual permanente.

É o relatório.

A questão cinge-se na análise da constitucionalidade e legalidade da Instrução Normativa nº 19/2011, editada pela Subsecretaria Municipal de Finanças Surem/SF, a qual vem impedindo que o prestador de serviço pessoa jurídica, inadimplente em relação ao recolhimento do ISS, emita nota fiscal eletrônica (art. 1º).

Em que pese as argumentações fazendárias, verifica-se que houve ofensa ao entendimento já sedimentado no Supremo Tribunal Federal, no sentido de que é ilegal a adoção de constrangimentos ao contribuinte como meio coercitivo para exigência de tributo, evidenciando-se meio inadequado diante da ordem jurídica tributária.

Firmando esse entendimento, foram editadas as Súmulas nº 70 e 547, estabelecendo que:

Súmula 70. É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

Súmula 547. Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

Acesso ao Sumário

Ainda que a intenção do Município, ao editar a Instrução Normativa nº 19/2011, tenha sido tão-somente disciplinar as obrigações acessórias, o que ocorreu foi, ao contrário do que alegado nos autos, a imposição, de maneira ilegal, de medidas restritivas ao direito do contribuinte com vistas ao recebimento de tributos.

Tanto que a referida instrução normativa refere-se somente aos casos cujo contribuinte esteja inadimplente em relação ao ISS. Nesses casos, a obrigação de emitir nota fiscal eletrônica transfere-se ao tomador do serviço, ficando o respectivo prestador impedido (e não meramente desobrigado) de emiti-la.

É evidente que esse procedimento impõe um constrangimento (ilegal) ao prestador de serviço e, por meio dele, o Município pretende regularizar os débitos pendentes relativos ao imposto de sua competência.

A verdadeira finalidade de referida IN evidencia-se da leitura de seu artigo 3º, o qual dispõe que, uma vez quitados os débitos pendentes relativos ao ISS, o prestador volta a ter permissão para emissão de notas fiscais.

Conclui-se que, cessada a inadimplência em relação ao ISS, cessa também a restrição quanto à emissão da nota fiscal eletrônica.

É sabido que a suspensão da autorização de emissão de notas fiscais inviabiliza a continuidade das atividades empresariais da impetrante, obrigando-a a pagar débitos tributários sem que possa sequer discuti-los judicialmente. É uma forma de cobrança que ofende a Lei Federal nº 6.830/1980 e o art. 5º, LIV da Constituição Federal.

A propósito, o Colendo Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, nos autos da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0045657-77.2014.8.26.0000, de Relatoria do Desembargador Silveira Paulilo, assim já decidiu:

> *INCONSTITUCIONALIDADE. Controle difuso. Instrução Normativa SF/SUREM nº 19/2001, expedida pelo Senhor Secretário de Finanças do Município de São Paulo. Inconstitucionalidade. Violação dos arts. 5º, II, XIII e LIV, e 170, § único, da Constituição Federal. Violação, ainda, das Súmulas n. 70, 323 e 547 do Colendo STF. Acolhimento do incidente (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0045657-77.2014.8.26.0000, relator Des. Silveira Paulilo, j. 27/08/2014).*

Com efeito, a emissão de notas fiscais consiste em obrigação afeta ao prestador de serviço, de sorte que a dispensa prevista no artigo 7º, §1º, inciso II da Lei Municipal nº 13.701/2003 deve ser entendida como dirigida àqueles que não são contribuintes ou exonerados por lei, não se admitindo que a Administração, por ato infralegal, valha-se de uma alteração na sistemática do recolhimento de tributo para impor uma sanção.

Ilegal e inconstitucional, a Instrução Normativa SF/SUREM nº 19/2011 não deverá, evidentemente, ser aplicada.

Tratando-se de decisão espelhada em precedente julgado pelo pleno da Corte, desnecessário suscitar incidente de inconstitucionalidade e determinar a remessa dos autos ao Órgão Especial, como determina o art. 97 da Constituição Federal.

Assim, em face da sentença de procedência e a pretensão da autora, é de ser negado provimento aos recursos.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso voluntário e ao reexame necessário.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1008043-85.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes FUNDAÇÃO CENTRO DE ATENDIMENTO SÓCIO-EDUCATIVO AO ADOLESCENTE – CASA e JUÍZO "EX OFFICIO", é apelado MARCOS SILVA.

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 aos recursos. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.379)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente), FERMINO MAGNANI FILHO e FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 7 de novembro de 2016.

MARIA LAURA TAVARES, Relatora

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – AGENTE DA FUNDAÇÃO CASA – Pretensão de remanejamento de local de trabalho em decorrência de ameaças proferidas por menores infratores – Impetrante que juntou aos autos apenas cópia de boletim de ocorrência noticiando as ameaças sofridas, sem relatar qualquer ação ou omissão ilegais ou com abuso de poder praticadas pela autoridade impetrada – Ausência de demonstração, de plano, do direito líquido e certo – Impossibilidade de concessão da ordem de segurança – Art. 1º, Lei 12.016/09 – Sentença que concedeu a ordem reformada – Reexame necessário e recurso voluntário providos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por MARCOS SILVA contra ato do DIRETOR DA FUNDAÇÃO CASA para que seja remanejado de pátio e/ou ala de acesso aos menores infratores, sob a alegação de que vem sofrendo retaliações e ameaças à sua integridade física após negar-lhes privilégios.

A medida liminar pleiteada foi deferida para que a autoridade impetrada

afaste o impetrante do contato direto com os menores infratores descritos no Boletim de Ocorrência juntado com a inicial, impondo, ainda, a análise dos argumentos expostos pelo impetrante com viabilidade de solução administrativa e rápida do quanto perquirido nos autos.

A r. sentença de fls. 121/126, cujo relatório é adotado, julgou procedente o pedido para conceder a ordem pleiteada. O magistrado de primeiro grau entendeu que, em respeito ao princípio da razoabilidade, deve-se zelar pela segurança do impetrante enquanto servidor, pois uma vez sendo coagido encontrará mais dificuldade em adotar as medidas inerentes ao seu cargo de forma segura, comprometendo inclusive a qualidade do serviço prestado. Sustentou ainda que a providência não necessita ser definitiva porquanto o grupo atual de adolescentes internos não se perpetuará no mesmo local.

A Fundação Casa interpôs apelação às fls. 132/154 alegando, preliminarmente, a incompetência absoluta da justiça comum, por se tratar de matéria que envolve relação de trabalho. No mérito, sustenta que o impetrante não comprovou a certeza e liquidez de seu direito, porque quanto ao boletim de ocorrência lavrado em 11/01/2016, a Corregedoria da Fundação Casa já observou que o autor não foi relacionado como vítima, nem tampouco estava na unidade, encontrando-se em férias quando ocorreu o tumulto relatado na ocasião. Aduz que o impetrante não tomou qualquer medida na esfera administrativa, de forma que inexiste inércia por parte do poder público. Alega que existe portaria normativa regulando as situações e requisitos para realização de transferências de servidores, sendo o remanejamento ato discricionário da Administração Pública, além do que o Tribunal deve determinar o prazo de esgotamento da decisão proferida em primeiro grau, dada a transitoriedade da medida fixada pelo juízo.

Recurso tempestivo e isento de preparo, respondido às fls. 158/163.

Há reexame necessário.

É o relatório.

Inicialmente, afasta-se a preliminar de incompetência absoluta suscitada pela Fundação Casa.

O caso em análise não trata, propriamente, de uma ação oriunda do contrato de trabalho celebrado entre a Fundação Casa e o impetrante, mas de uma pretensão de remanejamento funcional em decorrência de ameaças proferidas por menores infratores a um agente público.

Por se tratar de mandado de segurança, o que se busca, *in casu*, é verificar se houve ou não ato praticado ilegalmente ou com abuso de poder por autoridade pública (Diretor da Fundação Casa) em decorrência das ameaças feitas por menores. Não se discutem, nesta ação, as especificidades do contrato de trabalho celebrado entre as partes (fl. 155).

Acesso ao Sumário

No mérito, o reexame necessário e o recurso voluntário da Fundação Casa comportam provimento.

O impetrante é agente socioeducativo da Fundação Casa e alega que sofreu ameaças a si e a seus familiares por parte de menores infratores, razão pela qual pretende o remanejamento de seu local de trabalho.

Contudo, não se tem como satisfatoriamente demonstrado, no caso concreto, o direito líquido e certo do impetrante.

Direito líquido e certo, ensina HELY LOPES MEIRELLES, é direito comprovado de plano (*Mandado de Segurança, Ação Popular e Ação Civil Pública*, 11ª edição, RT, p. 11):

> ***"O que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições para sua aplicação ao impetrante: se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.***
>
> ***Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para o seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior não é líquido nem certo para fins de segurança. Evidentemente o conceito de liquidez e certeza adotado pelo legislador do mandado de segurança não é o mesmo do legislador civil (Código Civil, art. 1.533). É um conceito impróprio - e mal expresso - alusivo à precisão e comprovação do direito, quando deveria aludir à precisão e comprovação dos fatos e situações que ensejam o exercício desse direito.***
>
> ***Por se exigirem situações e fatos comprovados de plano e que não há instrução probatória no mandado de segurança. Há apenas, uma dilação para as informações do impetrado sobre as alegações e provas oferecidas pelo impetrante, com subsequente manifestação do Ministério Público sobre a pretensão do postulante. Fixada a lide nestes termos, advirá a sentença considerando unicamente o direito e os fatos comprovados com a inicial e as informações."***

No caso dos autos, para demonstrar a sua pretensão, o impetrante juntou aos autos apenas cópia de boletim de ocorrência lavrado em 19/11/2014, no qual foi informado sobre o prazo decadencial de seis meses para oferecer representação criminal (fls. 18/20).

Contudo, o boletim de ocorrência anexado não é capaz de demonstrar qualquer ato praticado ilegalmente ou com abuso de poder pela autoridade impetrada, pressupostos elementares para que se possa falar em tutela mandamental, à luz do quanto disposto no artigo 1º da Lei 12.016/2009:

> ***"Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça."***

Note-se que o boletim de ocorrência anexado sequer menciona qualquer ação ou omissão que houvesse sido praticada pelas autoridades da Fundação Casa. Simplesmente relata ameaças que foram proferidas por menores infratores, inexistindo provas, portanto, de qualquer ato abusivo ou ilegal cometido pela autoridade impetrada.

Além disso, o presente mandado de segurança foi ajuizado apenas 29/02/2016, mais de um ano após a comunicação de ameaça às autoridades policiais, o que torna inverossímil a alegação do impetrante de que ele ainda estaria sofrendo distúrbios e outros abalos decorrentes do episódio havido no ano de 2014.

É de se presumir que, acaso as ameaças houvessem realmente causado abalo ao impetrante, teria ele dado seguimento à representação criminal ou, ao menos, requerido administrativamente seu remanejamento de local de trabalho, podendo, assim, instruir adequadamente o mandado de segurança e demonstrar seu direito líquido e certo. Todavia, não há qualquer notícia (quanto menos comprovação) de tais medidas nos autos.

Observe-se ainda que o segundo boletim de ocorrência juntado aos autos, lavrado em 11/01/2016, não foi registrado pelo impetrante e sequer menciona seu nome no corpo do histórico (fls. 21/23), razão pela qual não possui qualquer valor probatório para que seja deferida em seu favor a tutela mandamental pretendida.

Dessa forma, inexistindo demonstração de ato coator praticado pela autoridade impetrada que possa ensejar direito líquido e certo do impetrante, deve ser integralmente reformada a sentença recorrida.

Pelo exposto, pelo meu voto, dou provimento ao reexame necessário e ao recurso voluntário da Fundação Casa para reformar a sentença recorrida e denegar a segurança pleiteada.

Em razão da inversão da sucumbência, condeno o impetrante ao pagamento das custas e despesas processuais, sem condenação em honorários (Lei 12.016/09, art. 25), observada a gratuidade judiciária concedida.

Acesso ao Sumário

Eventuais recursos interpostos contra este julgado estarão sujeitos a julgamento virtual, devendo ser manifestada a discordância quanto a essa forma de julgamento no momento da interposição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1005366-55.2014.8.26.0408, da Comarca de Ourinhos, em que são apelantes PREFEITURA MUNICIPAL DE OURINHOS e JUÍZO "EX OFFICIO", é apelado ALCEU OLIVEIRA JUNIOR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª 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: 27829)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente) e VERA ANGRISANI.

São Paulo, 7 de dezembro de 2016.

RODRIGUES DE AGUIAR, Relator

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO ORDINÁRIA – ITBI de 2010 – Município de Ourinhos – Arrematação de imóvel em hasta pública – Base de cálculo é o valor da arrematação, conforme precedentes do STJ e doutrina – Inaplicabilidade, ao caso, de Lei municipal que prevê o valor da avaliação judicial ou administrativa – Sentença mantida – RECURSO IMPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Apelação do MUNICÍPIO DE OURINHOS (fls. 75/81), contra r. sentença (fls. 70/3) proferida em AÇÃO ORDINÁRIA proposta por ALCEU DE OLIVEIRA JÚNIOR, por meio da qual se pretende, segundo a inicial, estabelecer que a base de cálculo de ITBI, quanto aos imóveis descritos na inicial e adquiridos em hasta pública de 2010, é o valor pago pela arrematação (R$ 1.080.000,00) e não o de avaliação (R$ 1.800.000,00), conforme legislação e jurisprudência pátrias invocadas pelo autor, de modo que seja o réu condenado a repetir o valor da diferença do aludido imposto (R$ 14.400,00), que teve que ser recolhido para que fosse expedida carta de arrematação.

2. A r. sentença proferida em 17/6/15 pela MMª Juíza Alessandra Mendes

Spalding, ao julgar procedente a ação, acolheu o pedido acima mencionado, ao fundamento de que a base de cálculo do ITBI, na hipótese de aquisição de imóvel em hasta pública, é o valor da arrematação e não o da avaliação, conforme doutrina e jurisprudência sobre o art. 38 do CTN. Correção monetária pela tabela prática do TJSP, juros moratórios de 6% ao ano a partir da citação e honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação.

3. Em seu apelo sustenta o Município, em síntese, que o valor da base de cálculo do ITBI, na hipótese, é o valor da avaliação, segundo o art. 7º, § 2º, da Lei Municipal 2.958/89, que reflete o exercício da competência constitucional prevista no art. 30, II, CF, de modo a desconsiderar o art. 38 do CTN.

4. Recurso tempestivo, isento de preparo, respondido (fls. 84/90) e sem oposição ao julgamento virtual (fls. 93 c.c. 95).

É o relatório.

5. Nega-se provimento ao apelo do Município réu, conforme fundamentos e explicações seguintes.

Com efeito, a base de cálculo do ITBI se define pelo valor venal já previamente conhecido pelo contribuinte, pelo valor declarado quando da lavratura do instrumento de compra e venda, ou, se o imóvel foi adquirido em hasta pública, pelo valor da arrematação.

Bem por isso, manifestações do Colendo Superior Tribunal de Justiça é de que o ITBI incide sobre o valor da arrematação e não sobre o da avaliação judicial:

Tributário. Mandado de Segurança. Arrematação judicial. Base de cálculo. Valor da arrematação, e não do valor venal. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a arrematação corresponde à aquisição do bem vendido judicialmente, é de se considerar como valor venal do imóvel aquele atingido em hasta pública. Este, portanto, é o que deve servir de base de cálculo do ITBI. (REsp 863.893/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma). Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido". (AgRg nos EDcl no Ag 1391821/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 28/06/2011, DJe 01/07/2011).

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA. ITBI. ARREMATAÇÃO JUDICIAL. BASE DE CÁLCULO. VALOR DA ARREMATAÇÃO E NÃO O VENAL. PRECEDENTE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADO. DIREITO LOCAL. SÚMULA 280 DO STF. OMISSÃO ART. 535, CPC. INOCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO PELA ALÍNEA "C". 1. A arrematação representa a aquisição do bem alienado judicialmente, considerando-se como base de cálculo do ITBI aquele alcançado na hasta pública. (Precedentes: (REsp 863.893/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, DJ 07/11/2006; e REsp 2.525/PR, Rel. Ministro ARMANDO

ROLEMBERG, PRIMEIRA TURMA, DJ 25/06/1990). 2. Nesse sentido, o precedente: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO INTER VIVOS. BASE DE CÁLCULO. VALOR VENAL DO BEM. VALOR DA AVALIAÇÃO JUDICIAL. VALOR DA ARREMATAÇÃO. I - O fato gerador do ITBI só se aperfeiçoa com o registro da transmissão do bem imóvel. Precedentes: AgRg no Ag nº 448.245/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 09/12/2002, REsp nº 253.364/DF, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 16/04/2001 e RMS nº 10.650/DF, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 04/09/2000. Além disso, já se decidiu no âmbito desta Corte que o cálculo daquele imposto "há de ser feito com base no valor alcançado pelos bens na arrematação, e não pelo valor da avaliação judicial" (REsp. n.º 2.525/PR, Rel. Min. ARMANDO ROLEMBERG, DJ de 25/6/1990, p. 6027). Tendo em vista que a arrematação corresponde à aquisição do bem vendido judicialmente, é de se considerar como valor venal do imóvel aquele atingido em hasta pública. Este, portanto, é o que deve servir de base de cálculo do ITBI. II - Recurso especial provido. (REsp 863.893/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, DJ 07/11/2006, p. 277) 3. Deveras, é cediço que o Tribunal a quo assentou: "Instituído o ITBI pelo Município de Porto Alegre, "A base de cálculo do imposto é o valor venal do imóvel objeto da transmissão ou da cessão de direitos reais a eles relativos, no momento da estimativa fiscal efetuada pelo Agente Fiscal da Receita Municipal" (caput do art. 11 da LCM Nº 197/89). Já, o art. 12 da referida legislação dispõe o seguinte: "Art. 12 São, também, bases de calculo do imposto: [...] IV a estimativa fiscal ou o preço pago, se este for maior, na arrematação e na adjudicação de imóvel". No caso, cuida-se de arrematação judicial efetuada por R$ 317.000, 00. O arrematante tem responsabilidade tributária pessoal relativamente a esse tributo, que tem por fato gerador a transmissão do domínio (art. 35, I, do Código Tributário Nacional), prevalecendo, portanto, a legislação municipal." (fls. 114 e ss.) 4. A Súmula 280/STF dispõe que: "Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário". 5. O acórdão recorrido, em sede de embargos de declaração, que enfrenta explicitamente a questão embargada não enseja recurso especial pela violação do artigo 535, II, do CPC. 6. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e provido. (REsp 1188655/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/05/2010, DJe 08/06/2010). TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO INTER VIVOS. BASE DE CÁLCULO. VALOR VENAL DO BEM. VALOR DA AVALIAÇÃO JUDICIAL. VALOR DA ARREMATAÇÃO. I - O fato gerador do ITBI só se aperfeiçoa com o registro da transmissão do

Acesso ao Sumário

bem imóvel. Precedentes: AgRg no Ag nº 448.245/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 09/12/2002, REsp nº 253.364/DF, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 16/04/2001 e RMS nº 10.650/DF, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 04/09/2000. Além disso, já se decidiu no âmbito desta Corte que o cálculo daquele imposto "há de ser feito com base no valor alcançado pelos bens na arrematação, e não pelo valor da avaliação judicial" (REsp. n.º 2.525/PR, Rel. Min. ARMANDO ROLEMBERG, DJ de 25/6/1990, p. 6027). Tendo em vista que a arrematação corresponde à aquisição do bem vendido judicialmente, é de se considerar como valor venal do imóvel aquele atingido em hasta pública. Este, portanto, é o que deve servir de base de cálculo do ITBI. II - Recurso especial provido. (REsp 863.893/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/10/2006, DJ 07/11/2006, p. 277).

A respeito do tema e no mesmo sentido, é oportuno transcrever o comentário de Eduardo Sabbag, tirado da obra "Manual de Direito Tributário", ed. Saraiva, 6ª ed., 2014, p. 1083/1084:

"O ITBI deverá incidir nos casos de responsabilidade por sucessão imobiliária, descritos no parágrafo único do art. 130 do CTN, quando há a arrematação do bem imóvel em hasta pública, exsurgindo a sub-rogação sobre o respectivo preço. Esse tem sido o entendimento do STJ, que ainda destaca o valor da arrematação como base de cálculo do tributo, desprezando-se tanto a avaliação judicial como as eventuais avaliações administrativas levadas eventualmente a efeito pela fiscalização municipal. (...) Assim, a arrematação judicial de bem imóvel em leilão público será considerada fato gerador do ITBI."

Posto isso, pode se afirmar que o valor da avaliação, como base de cálculo do ITBI de imóvel adquirido em hasta pública, adotado pela pelo art. 7º, § 2º, da Lei Municipal 2.958/89, ainda que reflita exercício da competência outorgada pelo artigo 30, II, da Constituição Federal, não poderia ser acolhido no caso, já que não pode a lei local, sob o argumento de suplementar a lei federal, desrespeitar os parâmetros fixados pelas normas gerais de direito tributário (art. 146, III, "b" da CF c.c. art. 38 do CTN).

Pelas razões acima expostas e mais seus judiciosos fundamentos, fica mantida a r. sentença, inclusive, quanto aos honorários advocatícios, que revelam moderação e adequação à espécie.

Pelo meu voto, recurso improvido.

Acesso ao Sumário

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0018528-08.2010.8.26.0269/50000, da Comarca de Itapetininga, em que é embargante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são embargados CLAUDIO DE JESUS ORPHEU (E OUTROS(AS)), LUIS GUILHERME TIETSCHE REIS, JANICE APARECIDA GONÇALVES, MARIA APARECIDA MARQUES VIEIRA, FRANCISCO DE ASSIS TEMPERINI e ANTONIO FERNANDO S ROSA JUNIOR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Acolheram os embargos para, ao sanarem a omissão, darem provimento em parte ao recurso de apelação da ora embargante, mantendo-se o desprovimento do recurso adesivo dos autores. V.U. , de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.292)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS GANZERLA (Presidente) e JARBAS GOMES.

São Paulo, 6 de outubro de 2016.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Omissão ora sanada – Pretensão de afastamento dos critérios de correção monetária previstos na Lei nº 11.960/09 – Inconstitucionalidade por arrastamento do art. 5º da Lei Federal nº 11.960/09, consoante restou decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 14 de março de 2013, por ocasião do julgamento das ADIs nº 4357 e 4425 – Inaplicabilidade do dispositivo legal – Impossibilidade de alteração das regras de incidência da correção monetária em virtude do reconhecimento da repercussão geral da matéria pelo STF – Incoerência da aplicação de índices diversos para os precatórios e para as condenações judiciais da Fazenda Pública.

Embargos acolhidos para, ao sanar a omissão, dar provimento em parte ao recurso de apelação da ora embargante, mantendo-se o desprovimento do

Acesso ao Sumário

recurso adesivo dos autores.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela Fazenda do Estado de São Paulo do v. acórdão de fls. 417/429 que deu provimento em parte ao recurso de apelação da ora embargada para determinar que a ré proceda com o pagamento de eventuais diferenças verificadas em razão da aplicação do critério de conversão em URV, determinado pelo artigo 22 da Lei nº 8.880/94, até a vigência da Lei Complementar Estadual nº 1.111/10, ocasião em que foram estabelecidos novos padrões de vencimentos e reestruturação da carreira dos autores, respeitada a prescrição quinquenal, e negou provimento ao recurso adesivo dos autores.

A agravante alega omissão no v. acórdão quanto à insurgência contra o percentual de juros, com suporte na Lei nº 11.960/09.

É o relatório.

Conheço dos embargos de declaração opostos, pois tempestivos, e os acolho no mérito, sanando-se a alegada omissão.

De fato, o v. acórdão limitou-se a analisar o mérito do recurso de apelação interposto pela Fazenda do Estado a fls. 225/240, deixando de apreciar o pedido subsidiário referente à correção monetária e juros de mora incidentes nas condenações impostas a Fazenda Pública, determinada pelo art. 5º da Lei nº 11.960/09.

Sendo assim, passa-se a apreciação do referido pedido, em complemento ao v. acórdão:

De fato, mostra-se importante tecer algumas observações no que diz respeito à aplicabilidade dos critérios de juros moratórios e atualização monetária previstos na Lei nº 11.960/09, de forma a sanar eventuais dúvidas que possam surgir na execução do julgado.

Nesta seara, destaque-se que, em 17 de outubro de 2012, a Corte Especial do Colendo **Superior Tribunal de Justiça** proferiu decisão no EDcl no REsp nº 1.205.946/SP, solidando o entendimento de que a coisa julgada não impede a imediata aplicação da Lei nº 11.960/09, de modo que os critérios nela insculpidos (art. 5º, que alterou o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97) deveriam ser aplicados imediatamente aos processos em trâmite, em relação ao período posterior à sua vigência, até o efetivo cumprimento da obrigação, em observância ao princípio do *tempus regit actum.*

No entanto, importante ressaltar que o Plenário do **Colendo Supremo Tribunal Federal**, em 14 de março de 2013, julgou parcialmente procedentes as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nº 4357 e 4425, reconhecendo a inconstitucionalidade do disposto no §12º do art. 100 da Constituição Federal,

Acesso ao Sumário

na parte em que determina a correção do débito e juros moratórios pelo **índice oficial da remuneração básica da caderneta de poupança**, entendimento que implicou na **inconstitucionalidade por arrastamento do dispositivo de igual teor constante da Lei nº 11.960/09 (art. 5º).**

Ou seja, diante da **declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal da Lei nº 11.960/09**, que definia novos critérios de fixação dos juros e correção monetária, não há que se falar mais na sua aplicabilidade, razão pela qual devem ser aplicados os juros no patamar de 0,5% ao mês, nos termos da redação original do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, e correção monetária pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Em suma, diante da declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal da Lei nº 11.960/09, que definia novos critérios de fixação dos juros e correção monetária, não há que se falar mais na sua aplicabilidade.

A alegação que as decisões proferidas nas ADIs 4357 e 4425 são inaplicáveis ao presente caso, uma vez que ainda não foi expedido requisitório, não comporta guarida.

Isso porque, o fato do STF ter reconhecido a repercussão geral da questão da aplicação da Lei 11960/09 nas condenações judiciais da Fazenda Pública não afasta o entendimento exarado na ADI 4357 e ADI 4425 no sentido da inconstitucionalidade do art. 5º da norma em comento, uma vez que, conforme decisão do próprio Ministro Luiz Fux, não há coerência, sob a perspectiva material, em aplicar diferentes índices para corrigir precatórios e condenações judiciais (tema 810 oriundo do RE nº 870.947/SE).

Ante o exposto, acolho os embargos de declaração para o fim de, sanando a omissão do v. acórdão de fls. 417/429, dar parcial provimento ao recurso da ré, para determinar que a ré proceda com o pagamento de eventuais diferenças verificadas em razão da aplicação do critério de conversão em URV, determinado pelo artigo 22 da Lei nº 8.880/94, até a vigência da Lei Complementar Estadual nº 1.111/10, ocasião em que foram estabelecidos novos padrões de vencimentos e reestruturação da carreira dos autores, respeitada a prescrição quinquenal, e negar provimento ao recurso adesivo dos autores.

Eventual recurso que seja apresentado deste julgado estará sujeito a julgamento virtual. No caso de discordância, esta deverá ser apresentada no momento do oferecimento do recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº

1005819-64.2014.8.26.0565/50000, da Comarca de São Caetano do Sul, em que é embargante DEPARTAMENTO DE ÁGUA E ESGOTO DE SÃO CAETANO DO SUL, é embargado GERALDO DE JOÃO ANTONIO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Embargos parcialmente acolhidos, apenas para o fim de suprimir a omissão reconhecida, sem alteração do resultado do julgamento anterior, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.961)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente sem voto), RUBENS RIHL e VICENTE DE ABREU AMADEI.

São Paulo, 10 de novembro de 2016.

LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Preliminar de carência da ação por existência de coisa julgada – Questão não enfrentada diretamente no acórdão – Omissão reconhecida – Presente requisitos do art. 1.022 do NCPC – Mantida a procedência da demanda – Embargos acolhidos, apenas para suprir a omissão reconhecida, sem alteração do resultado do julgamento anterior.

VOTO

Departamento de Água e Esgoto de São Caetano do Sul opôs embargos de declaração relativos ao acórdão de fls. 150/153 (autos principais), que negou provimento à apelação do embargante (fls. 99/112 dos autos principais) interposta contra a r. sentença de fls. 93/94 (autos principais), mantendo o afastamento da constrição em relação ao imóvel adquirido pelo embargado.

Alega o embargante que a decisão ora embargada foi omissa, uma vez que não analisou a preliminar suscitada de carência da ação, diante da existência de coisa julgada análoga à presente demanda. Assim, pede para ser sanada a omissão e, igualmente, a declaração de carência da ação por coisa julgada (fls. 01/04). Embargos com idênticos fundamentos e pedidos juntados às fls. 05/08.

Embargos de fls. 01/04 interpostos no prazo legal.

É o relatório.

Preliminarmente, não conheço dos segundos embargos as fls. 05/08, protocolado em 18/10/16, por ter se operado preclusão consumativa, tendo em vista o protocolo em 04/10/2016 dos embargos de fls. 01/04, todos relativos a

Acesso ao Sumário

mesma decisão.

Assim, conheço somente os embargos de fls. 01/04 e dou-lhes parcial provimento.

A ora embargante suscitou, na apelação, a questão de carência da ação por existência de coisa julgada, todavia, o acordão não enfrentou diretamente esse ponto, reconhecida, então, a omissão do julgado.

Na noticiada "ação análoga" a presente demanda com sentença transitada em julgado (fls. 64/77) foi reconhecida a inépcia da inicial, julgando a ação extinta sem resolução do mérito, com fundamento nos arts. 267, inciso I e 295, inciso I e parágrafo único, inciso II, ambos do CPC/73.

Assim, mesmo aceita a identidade de causas, a respectiva sentença não fez coisa julgada material, uma vez que não resolveu o mérito, de modo que, sanados aqueles vícios, era possível o ajuizamento de nova demanda, ausente decisão de mérito.

Dessa forma, acolho os embargos apenas para sanar a omissão, contudo, não alterado o julgado, mantida a procedência da demanda e negado provimento ao recurso.

Ante o exposto, julgo parcialmente procedentes os embargos de declaração, apenas para o fim de suprimir a omissão reconhecida, sem alteração do resultado do julgamento anterior.

Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 1000147-05.2015.8.26.0189, da Comarca de Fernandópolis, em que é recorrente JUÍZO "EX OFFICIO", é recorrido ALCIR REGIS NUNES MERIDIANO - ME.

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 reexame necessário. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.257)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BURZA NETO (Presidente sem voto), MARCELO BERTHE e ISABEL COGAN.

São Paulo, 4 de novembro de 2016.

Acesso ao Sumário

LEONEL COSTA, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – CONTRATO ADMINISTRATIVO DECORRENTE DE LICITAÇÃO – MODALIDADE CONCORRÊNCIA Nº 2/2014 – Pleito visando à declaração de nulidade da rescisão contratual objeto do processo administrativo nº 12.177/2014 – Impetrante que efetuou o pagamento do valor acordado, bem como das mensalidades de agosto a dezembro de 2014, cumprindo o contrato e demonstrando boa-fé e intenção de cumprir suas obrigações tempestivamente – Depósito realizado dentro do prazo de trinta dias previstos no instrumento convocatório, seguido da concessão do alvará de funcionamento – Decretação por parte da impetrada de imediata rescisão contratual, com fundamento de que o pagamento do lance ofertado foi efetuado com alguns dias de atraso, sem qualquer justificativa acerca da proporcionalidade entre a suposta falta cometida pela impetrada e a penalidade correspondente, ou seja, sem observância da necessária e prévia gradação entre as sanções aplicáveis – Medida aplicada pela Municipalidade que não observou os parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade necessários, sendo de rigor a declaração de sua nulidade – Ratificação da sentença de improcedência, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo – Sentença mantida.

Reexame necessário não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Alcir Regis Nunes Meridiano - ME contra ato da Prefeita Municipal de Fernandópolis, buscando seja declarada nula a rescisão contratual objeto do processo administrativo nº 12.177/2014 e, em consequência, participar do liame.

A r. sentença de fls. 872/876 concedeu a segurança pleiteada, para declarar nula a rescisão contratual, objeto do processo administrativo nº 12.177/2014. Sem custas e honorários, de acordo com as Súmulas nº 512 do Supremo Tribunal

Federal e nº 105 do Superior Tribunal de Justiça.

Sem interposição de recurso voluntário, os autos subiram por conta do reexame necessário (fl. 891).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo (fls. 895/897).

O recurso foi, inicialmente, distribuído ao Des. Osvaldo Magalhães, com assento na 4ª Câmara de Direito Público (fl. 893) e, em razão da Resolução 737/2016, redistribuído a este relator, com assento na 7ª Câmara Extraordinária de Direito Público (fl. 898).

É o relatório, voto.

Preliminarmente, os autos vieram conclusos a este Relator por força da distribuição autorizada pela Resolução 737/2016 do C. Órgão Especial do E. TJSP, com o objetivo de atingir as metas estabelecidas no 9º Encontro Nacional do Poder Judiciário, por meio da criação desta C. Câmara Extraordinária, mas cujos julgamentos não firmarão prevenção para outros feitos relativos à mesma causa, nem os juízes que deles tenham participado serão obrigatoriamente destinados para julgamentos posteriores. Assim, sendo *extraordinária* a delegação de competência a esta C. 7ª. Câmara Extraordinária pelo Colendo Órgão Especial do TJSP, a Resolução 737/2016 prevalece sobre as Resoluções 693/2015 e posteriores que a modificaram.

Considera-se interposto o reexame necessário, cumprindo o duplo grau de jurisdição determinado pelo artigo 14, §1º, da Lei nº 12.016/2009, pois houve a concessão da ordem.

Em sua inicial, a impetrante alega que participou e venceu a licitação na modalidade concorrência nº 2/2014, que tinha por finalidade contratar seis empresas para prestação de serviços funerários. Aduz que foi classificada em primeiro lugar, pois ofereceu o maior lance, no valor de R$ 150.000, além de R$ 2.000,00 mensais, estando devidamente habilitado de acordo com o edital.

Afirma que, após a homologação no Diário Oficial do Estado de São Paulo, em 6/8/2014, assinou o respectivo contrato, no qual constava que o valor ofertado pela concessão deveria ser efetuado em até 30 dias após a assinatura, não mencionando o local e forma de pagamento. Assevera que o referido extrato do contrato foi publicado pela imprensa oficial local em 9/8/2014 e o depósito realizado em 8/9/2014, seguido da concessão de alvará de funcionamento, entretanto, foi instaurado procedimento administrativo em seu desfavor, sob a alegação de que o pagamento foi realizado fora do prazo, causando a rescisão unilateral do contrato por parte da impetrada.

Acesso ao Sumário

Sustenta que a Municipalidade agiu com desrespeito à legislação, tendo em vista que a eficácia do contrato somente deve gerar efeitos jurídicos após sua devida publicação. Suscita estar sofrendo coação ilegal por parte do Município,

vez que está com seu estabelecimento fechado, mesmo após realizar todos os investimentos necessários, como locação e reforma do imóvel, abertura da empresa, aquisição de veículo e pagamento no valor de R$ 2.000,00 mensais que são recolhidos mediante boleto ao impetrado. Informa a necessidade de ser observada a publicidade dos atos da administração pública, devendo ser considerado como termo inicial para o referido pagamento a data da publicação do extrato do contrato, sendo o pagamento devidamente realizado dentro do prazo de 30 dias. Invoca a aplicação do princípio da razoabilidade, não devendo ser aplicado no presente caso a rescisão contratual pela Municipalidade por julgar que o pagamento foi efetivado com atraso de um dia. Relata que a decisão administrativa causará prejuízo aos munícipes, pela limitação da concorrência, bem como eventuais despesas com a realização de nova licitação. Alega, ainda, que a Municipalidade não emitiu guia para o pagamento do valor de R$ 150.000,00 ou informou a forma correta para tal no referido edital, apenas emitindo boletos mensais no valor de R$ 2.000,00, em 15/8/2014, razão pela qual se dirigiu à Prefeitura, em 5/9/2014, sendo informado que o pagamento deveria ser feito por meio de depósito em conta, o que ocasionou a impossibilidade deste, visto que a informação foi dada após o horário de encerramento do expediente bancário. Acrescenta que possui direito liquido e certo de participar do liame.

O reexame não merece prosperar.

Isto porque não foi apresentado aos autos nada que infirme os elementos de convicção da r. sentença, que deve ser confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir nos termos do art. 252 do Novo Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, representativo de tardia inovação para se evitar inútil repetição e para dar cumprimento aos princípios constitucionais da eficiência e da duração razoável dos processos, e transcritos abaixo:

> "É incontroverso que a impetrante efetuou o pagamento de R$ 150.000,00 relativos ao lance vencedor da licitação, além de R$ 2.000,00 mensais.
>
> Note-se que o extrato do contrato foi publicado pela imprensa oficial local na data de 9/8/2014 e o depósito foi realizado em 8/9/2014, dentro do prazo de trinta dias previstos no instrumento convocatório, seguido da concessão do alvará de funcionamento.
>
> No entanto, com fundamento em alguns dias de atraso no pagamento do lance ofertado – significativa quantia de R$ 150.000,00 –, a impetrada sem qualquer justificativa acerca da proporcionalidade entre a suposta falta cometida pela impetrante e a penalidade correspondente, decretou de imediato a rescisão contratual, sem a observância da necessária e prévia gradação entre as sanções aplicáveis.
>
> A esse respeito, relevante a ponderação de Marçal Justen Filho:

Acesso ao Sumário

"(...) o instrumento jurídico fundamental para elaboração de uma teoria quanto às sanções atinentes à contratação administrativa reside na proporcionalidade. Isso significa que, tendo a Lei previsto um elenco de quatro sanções, dotadas de diverso grau de severidade, impõe-se adequar as sanções mais graves às condutas mais reprováveis. A reprovabilidade da conduta traduzir-se-á na aplicação da sanção proporcional e correspondente" (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 15º ed., São Paulo: Dialética, 2012, p. 1.011).

Destarte, é inegável o reconhecimento de que a medida aplicada pela Municipalidade à impetrante não observou os parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade necessários, sendo de rigor a declaração de sua nulidade."

Portanto, tendo a impetrante efetuado o pagamento do valor acordado, bem como das mensalidades de agosto a dezembro de 2014, cumpriu o contrato e demonstrou sua boa-fé e intenção de cumprir suas obrigações tempestivamente. Ademais, o depósito foi realizado dentro do prazo de trinta dias previstos no instrumento convocatório, seguido da concessão do alvará de funcionamento.

Assim, a decretação por parte da impetrada de imediata rescisão contratual, com fundamento de que o pagamento do lance ofertado foi efetuado com alguns dias de atraso, sem qualquer justificativa acerca da proporcionalidade entre a suposta falta cometida pela impetrada e a penalidade correspondente, ou seja, sem observância da necessária e prévia gradação entre as sanções aplicáveis.

Então referida medida aplicada pela Municipalidade que não observou os parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade necessários, sendo de rigor a declaração de sua nulidade.

Nada há que comentar ou acrescentar à r. sentença que deu o correto entendimento à lide, bem analisando o conjunto probatório presente nos autos, devendo ser mantida em sua integralidade por seus próprios fundamentos.

Diante do exposto, nego provimento ao reexame necessário.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004764-70.2013.8.26.0132, da Comarca de Catanduva, em que é apelante JOSE RENALDO DA COSTA NETO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram a preliminar para declarar a nulidade do processo a partir das fls. 113, determinando o retorno dos autos à origem para que nova sentença seja prolatada pelo MM. Juiz de Direito Antonio Carlos Pinheiro de Freitas. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5.678)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SOUZA NERY (Presidente) e SÉRGIO COELHO.

São Paulo, 14 de outubro de 2016.

ALBERTO ANDERSON FILHO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Sentença proferida por juiz auxiliar – Ausentes hipóteses de exceção ao princípio da identidade física do juiz – Violação ao art. 399, § 2º, do CPP – Preliminar acolhida para declarar a nulidade da sentença e retorno dos autos à origem para nova prolação pelo magistrado que presidiu a instrução.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se apelação interposta por **JOSE RENALDO DA COSTA NETO**, em face do Ministério Público, contra a sentença de fls. 113/116, cujo relatório é adotado e acrescenta-se que o condenou por infração ao art. 147, do CP, à pena de 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção, em regime inicial semiaberto, suspensa condicionalmente pelo período de 2 (dois) anos, nos termos do art. 77, "caput", do CP, mediante prestação de serviços à comunidade pelo primeiro ano (CP, art. 78, § 1º) e proibições do art. 78, § 2º, do CP.

Razões às fls. 148/151. Pugna pela nulidade da sentença por violação ao art. 399, § 2º, do CPP. No mérito, pela absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, pela fixação de regime inicial aberto.

Devidamente processado e contrarrazoado pelo Ministério Público às fls. 154/155. Manifestou-se pelo afastamento da preliminar e desprovimento do recurso.

A Procuradoria Geral de Justiça, em parecer à fls. 161/162, opinou pelo acolhimento da preliminar e declaração de nulidade da sentença.

É o relatório.

Dispõe o art. 399, § 2º, do CPP:

"O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença".

Como acolhido pela melhor doutrina e jurisprudência, aplicável à época, por analogia, o disposto no art. 132, do CPC (Lei n. 5.869/73), o qual enunciava:

> *"O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor".*

Ocorre que nenhuma destas exceções ao princípio da identidade física do juiz se encontrava presente, porquanto os autos foram sentenciados pelo MM. Juiz de Direito Auxiliar após o despacho de fl. 112, da lavra do magistrado que presidiu a instrução, sob o seguinte fundamento:

> *"Tendo em vista a designação de outros Juízes para auxiliar na Vara, baixo em cartório os presentes autos, sem despacho ou decisão. Após, faça-se conclusão aos MM. Juízes designados para auxílio".*

Considerando, pois, que o princípio da identidade física do juiz não pode ser excetuado sob o argumento de excesso de trabalho, inconteste a violação ao art. 399, § 2º, do CPP.

Ante o exposto, por meu voto, conheço do recurso e ACOLHO A PRELIMINAR para declarar a nulidade do processo a partir das fls. 113, determinando o retorno dos autos à origem para que nova sentença seja prolatada pelo MM. Juiz de Direito Antonio Carlos Pinheiro de Freitas.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002244-02.2013.8.26.0274, da Comarca de Itápolis, em que é apelante S.S.S. 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: "Deram parcial provimento ao recurso, redimensionando a pena infligida à ré para 15 dias de detenção; mantendo-se, no mais, a r. sentença por seus próprios fundamentos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.303)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente sem voto), EDISON BRANDÃO e LUIS SOARES DE MELLO.

São Paulo, 25 de outubro de 2016.

CAMILO LÉLLIS, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – ABANDONO INTELECTUAL (art. 246, "caput", do CP) – Absolvição – Impossibilidade – Provas oral e documental que comprovam, com segurança, a materialidade, a autoria e a existência do dolo na conduta da agente – Conduta omissiva praticada sem justa causa – Condenação mantida – Pena – Manutenção da agravante disposta no art. 61, II, "e", que, por configurar elementar do tipo, implicaria em "bis in idem" – Crime próprio, que só pode ser praticado pelos genitores da vítima – Necessidade de mitigação – Regime inalterável – Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Pela r. sentença a fls. 160/164, S.S.S. foi condenada à pena de 17 dias de detenção, em regime inicial aberto, como incursa no art. 246, *caput*, do Código Penal.

A ré, inconformada, apela em busca da absolvição. Para tanto, sublinha, em síntese, que não há presença de dolo em sua conduta, uma vez que, mesmo sendo trabalhadora rural e experimentando dificuldades para sobrevivência, providenciou o possível para fornecer instrução escolar primária à vítima, a qual, inclusive, concluiu com aprovação o ano letivo sob enfoque (fls. 171/174).

Contrariado o recurso (fls. 183/186), subiram os autos, tendo a douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo desprovimento do recurso (fls. 204/208).

É o relatório.

A apelante foi condenada porque, no ano letivo de 2011, na cidade e

Acesso ao Sumário

Comarca de Itápolis, deixou, sem justa causa, de prover a instrução primária de sua filha C.V.S.S., com 07 anos de idade à época, que se encontrava matriculada na 2ª série "A" da Escola Estadual "Professor Júlio Ascânio Mallet", localizada na Avenida 07 de Setembro, n° 76, Centro, também em Itápolis.

Apurou-se que a menor apresentou diversas faltas, sem quaisquer motivos para tanto, razão pela qual os representantes do estabelecimento de ensino e os membros do conselho tutelar passaram a orientar S. para que sua filha retornasse com afinco aos bancos escolares, o que não foi obedecido.

A materialidade delitiva está comprovada pelo termo circunstanciado (fls. 04/07) e documentos diversos (fls. 44/46), bem assim pela prova oral reunida.

A autoria também é escorreita.

Ouvida em juízo, a ré sustentou que se preocupava com a situação escolar da filha, mas que não tinha conhecimento de faltas excessivas, pois trabalhava na roça e quando voltava os filhos diziam que tinham frequentado a escola. Sustentou que, antes de sair, deixava os menores sob os cuidados de sua filha mais velha, prontos para irem às aulas. Só soube das faltas de *C.* posteriormente. Asseverou que sua filha não chegou a reprovar o ano levito de 2011, sendo certo que, ao tempo do depoimento, ela estava cursando a sétima série e contava com 11 anos de idade (fls. 144 e mídia digital – fls. 145).

Isolada, a versão apresentada pela acusada foi repelida pelos demais elementos de prova.

Raquel Marconi Travensolo Santesso, professora de *C.* à época, esclareceu ter acionado o conselho tutelar em razão das faltas excessivas possuídas pela menor, a qual somente não reprovou o ano letivo em razão de não ter atingido o limite de 25% de ausências para cada ano (fls. 142 e mídia digital – fls. 144)

A conselheira tutelar Cristiane Lemes de Moraes narrou que, ao tomarem conhecimento das faltas escolares de *C.*, procuraram a acusada para orientá-la, a qual justificou a situação em razão de trabalhar na roça e sair cedo de casa. Na oportunidade, a apelante lhe explicou, ainda, que deixava os filhos prontos para irem à escola, aos cuidados de sua filha mais velha e de uma vizinha que residia nos fundos de sua casa (fls. 143 e mídia digital – fls. 145).

Os documentos acostados a fls. 44/46 evidenciam que a acusada foi seguidamente advertida acerca das ausências escolares da filha, não comparecendo à instituição de ensino quando convocada.

Verte dos referidos documentos, ainda, que, apesar de orientada no sentido de que *C.* necessitava frequentar a escola, bem assim de que deveria procurar a direção para conversar sobre a situação escolar da filha, a ré permaneceu inerte (fls. 45).

Pois bem.

Acesso ao Sumário

Sabe-se que o objetivo da norma em comento é o de tutelar a organização da família, mormente no que tange à formação intelectual dos filhos em idade escolar, de modo que a apelante, ao se omitir diante dos reiterados avisos de que a vítima estava com problemas escolares, praticou, inquestionavelmente, o crime de abandono intelectual, inexistindo espaço para se falar em ausência de dolo.

Sobre o assunto, é de bom alvitre trazer a lume julgado emanado deste Egrégio Tribunal de Justiça:

> *"ABANDONO INTELECTUAL DE MENOR – Razões de Carlos Roberto:* ***Alegação de ausência e dolo – IMPOSSIBILIDADE – Autoria e materialidade comprovada – Apelante que se mostrou inerte, mesmo tendo recebido orientações do Conselho Tutelar*** *– Reincidente – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. Razões de Juliana: Alegação de insuficiência probatória. O menor sofria "bulling" na escola. Subsidiariamente, requer o regime aberto e a substituição da pena por prestação de serviços à comunidade – IMPOSSIBILIDADE – Autoria e Materialidade comprovada – Justificativas apresentadas que não afastam a tipificação penal – Regime já fixado no aberto – Incabível a substituição frente a reincidência da apelante – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO."* (Relator(a): Ruy Alberto Leme Cavalheiro; Comarca: Serra Negra; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 16/02/2016; Data de registro: 17/02/2016) (Destacado).

Ora, na condição de responsável, a apelante deixou de prover a instrução fundamental de sua filha, o que fez sem justa causa.

E, importa salientar, neste aspecto, que o trabalho exercido pela acusada não pode ser invocado como escusa para deixar de exercer os deveres familiares dos quais é titular, pois, além de esta ser uma realidade enfrentada pela esmagadora maioria dos pais brasileiros, não prepondera ao direito de educação dos filhos, o qual jamais pode ser preterido.

Em caso congênere, esta Corte decidiu da mesma maneira, valendo a transcrição de trecho do referido julgado:

> *"Também o trabalho não pode ser justificativa para o descumprimento inerentes do poder familiar. Até porque todos os pais trabalham para conseguir sustentar seus filhos e nem por isso deixam de observar o comparecimento e desenvolvimento nos estudos."* (Relator(a): Edison Brandão; Comarca: Serra Negra; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 18/03/2014; Data de registro: 19/03/2014)

Nem se argumente, outrossim, que a aprovação da menor no ano letivo elide a responsabilização penal da apelante, porquanto restou evidente o prejuízo experimentado pela menor no período em análise, conforme se extrai

Acesso ao Sumário

do documento a fls. 44, o qual estampou: *"a aluna apresenta muitas ausências, não faz atividades domiciliares e apresenta dificuldades de aprendizagem (...)"*.

Além do mais, a presença do menor no estabelecimento de ensino é de suma importância para seu desenvolvimento, na medida em que propicia o convívio íntimo com os colegas e respectivas famílias, além de oferecer atividades educativas importantes na formação integral de sua personalidade, preparando-o para a vida em sociedade.

Condenação, portanto, bem lançada.

A pena, contudo, comporta ligeira modificação.

É que, estabelecida a básica no mínimo legal, sofreu exasperação de 1/6 em decorrência do que dispõe o art. 61, II, "e", do Código Penal.

E, sem desdouro à convicção da nobre magistrada sentenciante, a aventada agravante representa elementar do tipo penal em apreço, uma vez que o delito de abandono intelectual é crime próprio, que só poderia ser praticado pelos genitores da vítima.

A respeito do tema, leciona Luiz Regis Prado:

> *"As circunstâncias agravantes, quando presentes, devem ser obrigatoriamente apreciadas pelo magistrado na segunda fase de aplicação da pena, salvo se constituírem ou qualificarem o crime contrário implicaria manifesto* bis in idem.
>
> *Exemplos: não se aplicam as circunstâncias agravantes genéricas do art. 61, II, alíneas d (com emprego de explosivo), e (contra descendente) e h (contra criança, maior de sessenta anos, enfermo ou mulher grávida) aos delitos previstos nos artigos 251 (explosão), 125 (aborto provocado por terceiro) e 246 (abandono intelectual), respectivamente, por integrarem sua estrutura (elementares)."* (PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. V. 1. SP: ed. RT, 2010. P. 486).

Diante disso, e a fim de se evitar o *bis in idem*, extirpa-se tal acréscimo, tornando a pena ao patamar mínimo de 15 dias de detenção.

Readequada a pena, inexiste espaço para insatisfação defensiva, tendo em vista que o regime prisional fixado foi o mais brando.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou parcial provimento ao recurso, redimensionando a pena infligida à ré para 15 dias de detenção; mantendo-se, no mais, a r. sentença por seus próprios fundamentos.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Apelação nº 0087635-

49.2012.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante N.S.S., 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 de Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.155)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente), EUVALDO CHAIB e CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 1º de novembro de 2016.

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Ementa: Apropriação indébita em razão da profissão (art. 168, § 1º, III, do Cód. Penal). Provas seguras de autoria e materialidade. Palavras coerentes e incriminatórias da vítima e de testemunha. Confissão dúplice, ademais. Fato típico. Dolo caracterizado na conduta da agente. Condenação imperiosa. Responsabilização inevitável. Apenamento criterioso. Apelo improvido.

VOTO

Visto.

Ao relatório da sentença douta, que se acolhe e adota, acrescenta-se que N.S.S. saiu **condenado** às penas de ***1 ano e 4 meses de reclusão (regime aberto), mais 13 dias-multa, mínimo valor unitário*** – substituída a privativa de liberdade por penas alternativas –, pela prática da infração penal capitulada no art. 168, § 1º, III, do Código Penal (*apropriação indébita em razão da profissão*).

O apelo do acusado – *f. 158/160* – pretende, essencialmente, a modificação do julgado em sua parte meritória e conclusiva, buscando a improcedência da demanda e consequente inversão do resultado, com absolvição, por defendida atipicidade da conduta, por ausência de dolo específico.

Anotam-se contrarrazões – *f. 165/170* –, que defendem a mantença do decisório.

Autos distribuídos ao ***Exmo. Sr. Des. Ricardo Sale Júnior*** *(f. 175),* foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria de Justiça que, após vista regular, conclui, em parecer respeitável, pelo improvimento do inconformismo recursal – *f. 176/180.*

A seguir, **redistribuição** do feito a este Relator, com a criação da 8.ª Câmara Criminal Extraordinária, nos termos da Resolução 737/2016, do

Acesso ao Sumário

Colendo Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça.

Autos finalmente conclusos em gabinete aos **18.ago.2016 –** *f. 183.*

É o relatório.

Apropriação indébita em razão da profissão (*art. 168, § 1º, III, do Código Penal*).

Vítima contrata Advogado a fim de quitar uma dívida no importe de ***R$ 25.000,00***, referente a um imóvel situado no Município de Peruíbe/SP.

Para tanto, entrega-lhe uma folha de cheque preenchida no mencionado valor e nominada em favor do credor – *Augusto César Dias.*

O Advogado, ardilosamente, endossa o título em nome do favorecido e o deposita na sua conta bancária, locupletando-se da quantia.

A vítima é demandada judicialmente pelo credor, que lhe move ação para cobrança da dívida.

Estes ***os fatos***, em suma.

Condenação acertada.

Elementos mais do que suficientes a garantir autoria e materialidade delitivas.

Assim e de saída, pela **materialidade** constatada no ***(i)*** boletim de ocorrência, *f. 3/4*; ***(ii)*** cópia da folha de cheque acostada à *f. 23*; e ***(iii)*** extrato bancário de *f. 24.*

E a **autoria** também é induvidosa.

A começar pelas firmes e contundentes **palavras da vítima.**

Loidia, em Juízo*, mídia de f. 128*, como fizera em inquisitório, *f. 37*, narra os fatos com riqueza de detalhes, dando ao julgador a certeza necessária a um julgamento de prudência.

Declarou ter contratado os serviços do acusado com a finalidade de obter a quitação de uma dívida referente a um imóvel, junto a *Augusto César Dias.*

Para tanto, a vítima entregou-lhe uma folha de cheque preenchida no valor de ***R$ 25.000,00***, em favor do credor.

Ocorre que, apesar do cheque ter sido compensado, a dívida permaneceu em aberto e ***Loidia*** foi acionada judicialmente pelo credor, tendo de arcar com o prejuízo.

Jamir, irmão da vítima, **confirmou integralmente** a sua narrativa, acrescentando que, após o ocorrido, o acusado passou a se esquivar, evitando qualquer forma de contato e que o eventual ressarcimento do prejuízo virou alvo de discussão na esfera civil *(f. 16 e mídia de f. 151).*

Pois bem.

Evidentemente autênticos os relatos.

Acesso ao Sumário

De sorte que, exatamente como aqui, estando as palavras da vítima e da testemunha absolutamente seguras, fortes, coerentes e harmônicas com o resultado condenatório, solução é emprestar-lhes a credibilidade que merecem, o que resulta na conclusividade única de aceitação das palavras daquelas.

O que dá plena certeza do quadro.

Em remate e para além disso tudo, a ***confissão dúplice.***

Nas oportunidades em que foi ouvido, N. **admitiu** os fatos, sem titubeios *(f. 6 e mídia de f. 151).*

Declarou ter se apropriado do cheque entregue pela vítima e que o depositou em seu benefício.

Posteriormente, o réu procurou o credor do título e chegou a negociar o pagamento parcelado da dívida, porém, como estava sem recursos financeiros, deixou de honrar o compromisso.

Assim, N. alegou que jamais teve a intenção de se apoderar definitivamente do dinheiro de ***Loidia.***

E, com base neste argumento, busca sua defesa ver reconhecida a ***atipicidade*** da conduta, por alegada ausência de **dolo específico.**

Sem qualquer razão, todavia.

Veja-se.

O dolo do réu está obviamente caracterizado em sua conduta de ***apropriar-se de valores que tinha plena ciência de pertencerem à vítima*** e que eram destinados ao pagamento de uma dívida imobiliária, aproveitando-se de sua condição de advogado contratado para obter sua quitação junto ao credor.

E não ficou assentado, no decorrer da instrução, que o réu teve a mínima intenção de fazer a devolução à vítima do dinheiro recebido, ou seja, de não o ter *'ut dominus'*.

Pois bem.

Não se concebe que alguém queira devolver dinheiro à outra pessoa e não consiga.

Mormente quando isto parta de um profissional do Direito.

Milhares de formas há para que qualquer um, ou mais ainda especialmente para um profissional desta espécie, possa devolver ou entregar numerário à cliente.

Até mesmo a judicial, em caso de recusa.

Ora.

Se um profissional da área jurídica se dispõe a reter numerário definitivamente pertencente a cliente, o faz ciente e consciente da ilegitimidade e, mais, da ***ilegalidad***e daquilo.

Acesso ao Sumário

Pois bem.

Que intenção maior poderá se requerer, senão aquela que está estampada nos autos?

Repita-se.

Se um profissional da área jurídica sabe que precisa e deve devolver e entregar numerário a cliente e não o faz, impossível negar a intenção da retenção – **dolo**, "*stricto sensu*".

O contrário, isto sim, é que deveria restar provado, e não está.

Presunção lógica e única, dessarte, é a de que a retenção foi abusiva e delituosa.

Assim, impossível circunscrever a conduta de N. a um mero ***'desacordo civil'.***

Afinal, o réu tinha **plena consciência das consequências** de seu ato de apropriar-se dos valores entregues pela vítima e de não repassá-los ao destinatário.

Aceitar-se versão contrária, *"data venia",* seria fechar os olhos a uma realidade manifesta e dar costas ao óbvio, em total e completo desapego às normas genéricas da verdade e de bom-senso, que emanam sem nenhuma dúvida dos autos.

Nada obstante deva estar o julgador sempre atento e dedicado às teses defensórias, verdade é que há um momento em que as versões não podem ser aceitas, pelo óbvio manifesto que representam sua irrealidade.

O julgador, então, que é e deve ser homem de bom-senso e com preocupação com a realidade ideal, pode e deve sempre afastar as teses sem qualquer cunho de razoabilidade, como aqui.

Induvidosa a retenção, pois.

Conduta perfeitamente típica, que o acusado praticou **dolosamente.**

Que arque, pois, com as consequências do seu ato.

Enfim, não se pode fugir da responsabilização.

Que é inevitável.

Caracterizado o fato como comportamento delituoso, tipificada a ação no tipo imputado, a solução de procedência era de rigor.

Exatamente como se firmou na origem.

Condenação, portanto, imperiosa.

"Quantum satis".

Apenamento criterioso.

Base fixada no ***mínimo legal***, nada havendo que alterar.

Após, ***acréscimo na fração de 1/6***, já que a vítima contava com **mais de**

Acesso ao Sumário

60 anos à época dos fatos (*art. 61, II, "h", do Código Penal*), com ***retorno ao patamar mínimo***, já que reconhecida a atenuante da **confissão espontânea.**

Por fim, ***aumento de 1/3*** pelo fato do acusado ter praticado o delito no **exercício da profissão.**

Oportuna concessão de **penas alternativas** ao acusado – *prestação de serviços à comunidade e outros 10 dias-multa, no valor unitário mínimo* –, já que preenchidos os pressupostos legais (*art. 44, do Código Penal*).

Regime benéfico para o caso de necessidade do cumprimento da corporal.

Nega-se provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0013232-28.2012.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante CLARICE MARIANO DE OLIVEIRA, são apelados MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e AMBRÓSIO PEDRO DA SILVA.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a questão preliminar e negaram provimento ao recurso defensivo, mantendo, na íntegra, a r. sentença recorrida. Expeça-se mandado de prisão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.688)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), ROBERTO SOLIMENE e SOUZA NERY.

São Paulo, 27 de outubro de 2016.

SÉRGIO COELHO, Relator

Ementa: Apelação. Júri. Homicídio duplamente qualificado por motivo fútil e emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima. Nulidade em plenário. Inocorrência. Inexistência de protesto ou reclamação na Ata de Julgamento. Mérito. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Veredicto que opta por uma das versões existentes nos autos e que se mostra em consonância com o contexto probatório. Pleito subsidiário pela redução da pena. Impossibilidade. Pena e regime prisional que não comportam alteração. Preliminar rejeitada e recurso defensivo não provido, com expedição de mandado de

Acesso ao Sumário

prisão.

VOTO

Submetida a julgamento em Plenário do Júri, o Conselho de Sentença reconheceu a autoria e materialidade do crime de homicídio atribuído à ré **CLARICE MARIANO DE OLIVEIRA**, bem como a presença das qualificadoras do motivo fútil e emprego de meio que tornou impossível a defesa da vítima, sendo condenada por infração ao artigo 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal, em continuidade delitiva, e apenada a 14 (quatorze) anos de reclusão, no regime inicial fechado (fls. 465).

A corré Gilda Barbosa da Silva foi absolvida, nos termos do artigo 386, inciso V, do CPP.

Inconformada, apela a defesa de Clarice e alega, preliminarmente, a nulidade do julgamento, uma vez que o assistente de acusação teria feito considerações pessoais de fatos estranhos ao processo. Quanto ao mérito, busca a submissão da ré a novo julgamento perante o plenário do Júri, por entender que a decisão condenatória foi contrária à prova dos autos (fls. 547/556).

O recurso foi regularmente processado, com contrarrazões (fls. 558/566 e 576/578), manifestando-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do apelo defensivo (fls. 584/587).

Este é o relatório.

Preliminar.

Inicialmente, não verifico excesso ou desvio na conduta do assistente de acusação, sobretudo no tocante às perguntas formuladas às acusadas. Não se tratou de "considerações de cunho pessoal" ou "fatos não apresentados no curso do processo", como alegou a apelante, mas, tão somente, as acusadas foram questionadas se haviam reconhecido o corpo da vítima, o que por elas fora negado.

Ademais, estabelece o artigo 571, do Código de Processo Penal: *"As nulidades deverão ser arguidas: I* ***- as da instrução criminal dos processos da competência do júri, nos prazos a que se refere o art. 406****; (...) V* ***- as ocorridas posteriormente à pronúncia, logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes****"*

E a leitura da Ata da Sessão de Julgamento revela que nenhum requerimento ou protesto foi apresentado pelas defesas em momento algum do julgamento em plenário. Nenhuma ocorrência ficou consignada (fls. 467/469).

Nesse sentido, convém lembrar precedente do Egrégio Supremo Tribunal Federal: "*O valor da ata de julgamento, cujo conteúdo traduz a expressão fiel de todas as ocorrências do julgamento em Plenário do Júri (CPP, art. 495),*

Acesso ao Sumário

reveste-se de importância jurídica essencial. Meras alegações discordantes da parte, desprovidas de qualquer comprovação, não se revelam suficientes para descaracterizar o teor de veracidade que esse registro processual reflete. ***A ausência de reclamação ou de protesto torna preclusa a faculdade processual de a parte arguir qualquer nulidade eventualmente ocorrida****. O silêncio da parte – que se mostra pleno de expressão semiológica – tem efeito convalidador dos vícios acaso verificados durante o julgamento, ressalvados os defeitos e irregularidades, que, por sua seriedade e gravidade, hajam induzido os jurados a erro, dúvida, incerteza ou perplexidade sobre o fato objeto de sua apreciação decisória. Precedentes. Os protestos das partes - Ministério Público e acusado - não se presumem. Hão de ser especificamente lavrados, sob pena de a inércia de qualquer dos sujeitos da relação processual penal traduzir a consumação da preclusão de sua faculdade jurídica de protestar e de reclamar contra eventuais erros ou defeitos cometidos ao longo do julgamento ou na elaboração dos questionários*" (RHC 79952/MG – Segunda Turma – Relator: Min. Celso de Mello – v.u. – j. 5-2-2002 – Ementário 92-02 pp. 325).

Assim, a inércia da defesa, torna preclusa a questão.

Releva notar, ainda, por oportuno, que a lei processual adota o princípio de que sem prejuízo não se anula ato processual, de modo que compete à parte provar a existência de nulidade, bem assim demonstrar o dano que lhe adveio dos atos supostamente viciados, mostrando a influência dos mesmos sobre o mérito da causa, na sua essência e substância – o que não ocorreu na hipótese ora sob exame. De fato, consiste princípio basilar do processo penal brasileiro que nenhuma nulidade será declarada sem que haja demonstração efetiva de prejuízo para qualquer das partes ou para a apuração da verdade real (*pas de nullité sans grief*), conforme as diretrizes expostas nos artigos 563 e 566, ambos do Código de Processo Penal. Neste sentido, é o entendimento do Excelso Pretório: "*HABEAS CORPUS – PROCESSO PENAL – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – PROCEDIMENTO – LEI 10.409/2002 – NULIDADE – PREJUÍZO. A demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis 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) Ordem indeferida. (STF - *HC* 85.155-SP - 1ª T. - Rel. Min. Ellen Gracie - DJU 15.04.2005 - p 38). "*A lei processual adota o princípio de que sem prejuízo não se anula ato processual, na linha do adágio pas de nullité sans grief* (CPP, arts. 563 e 566)". (STF - *RHC* 84900-RS - Rel. Min. Carlos Velloso - DJU 26.11.2004 - p. 36). Na mesma linha, o posicionamento do C. Superior Tribunal de Justiça: "*HABEAS CORPUS. NARCOTRÁFICO. INOBSERVÂNCIA DO ART. 57 DA LEI 11.343/06. NULIDADE DEPENDENTE DA DEMONSTRAÇÃO OBJETIVA*

Acesso ao Sumário

DO PREJUÍZO. PROCESSO QUE OBEDECEU RIGOROSAMENTE AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 563 DO CPP E DA SÚMULA 523/STF. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. PARECER PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA" (STJ – *HC* 136.649/PE, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, J. 18.03.2010).

Rejeito, pois, a questão preliminar.

No tocante ao mérito, adversa ainda é a sorte da apelante.

Ora, como se sabe, os veredictos populares, por imposição constitucional, são soberanos, somente podendo ser desconstituídos quando manifestamente contrários à prova dos autos. Aliás, o advérbio "manifestamente", usado pelo legislador no art. 593, III, "d", do Código de Processo Penal, bem evidencia que só se admite seja o julgamento anulado, por se dissociar inteiramente da prova amealhada nos autos.

De fato, a decisão do Júri *"(...) somente comporta um juízo de reforma, que desatenda ao devido respeito à soberania de seus pronunciamentos, quando tão atentatória da verdade apurada no processo que represente uma distorção da função judicante*" (TJSP, 3ª Câmara Criminal; *RT* 659/251).

Contudo, se apresentadas duas versões, e se os jurados optam por uma delas, entendendo que é a que melhor respaldo encontra no conjunto probatório, nenhum reparo se pode opor ao veredicto condenatório.

Como ensina o sempre brilhante Julio F. Mirabete, é lícito ao Júri, "*optar por uma das versões verossímeis dos autos, ainda que não seja eventualmente essa a melhor decisão*" (Código de Processo Penal Interpretado, 7.ª ed., São Paulo, Ed. Atlas, 2000, p. 1252).

A jurisprudência ora colacionada não destoa desse entendimento: "*Se o Conselho de Sentença acolhe em sua soberania constitucional versão existente nos autos, não se pode pretender a nulidade de julgamento por decisão manifestamente contrária à prova dos autos*" (*RT* 557/371); "*Decisão manifestamente contrária à prova dos autos é aquela que não tem apoio em prova alguma, é aquela proferida ao arrepio de tudo quanto mostram os autos*" (*JTJ* 198/307); "*A decisão do Júri que, com supedâneo nos elementos constantes dos autos, opta por uma das versões apresentadas não pode ser anulada, sob a alegação de ser contrária à prova dos autos, pois tal procedimento só se justifica quando a decisão dos jurados é arbitrária, totalmente dissociada do conjunto probatório*" (*RT* 675/354-5).

Acesso ao Sumário

No presente caso, como já mencionado, o Conselho de Sentença, acatando a tese da acusação, não decidiu manifestamente contra a prova dos autos. Ao contrário, existe prova – robusta, aliás –, a sustentar o veredicto condenatório.

Senão, vejamos:

Clarice Mariano de Oliveira foi denunciada porque, no dia 02 de março de 2012, na hora e local indicados na peça acusatória, matou Cristiano Gomes da Silva, projetando seu corpo do 11º andar do prédio de apartamentos.

Segundo o apurado, a vítima Cristiano era funcionário da apelante Clarice, realizando entregas de refeições por ela preparadas. Clarice residia com Gilda (corré absolvida) no apartamento, onde Cristiano comparecia diariamente para pegar as refeições e realizar as entregas, posteriormente retornando para devolver as embalagens vazias.

No dia dos fatos, Cristiano retornou ao apartamento para devolver as embalagens vazias, quando teve início uma discussão e a vítima foi empurrada do 11º andar.

A materialidade restou comprovada pelo laudo de exame necroscópico (fls. 34), pelo auto de recognição visuográfica do local do crime (fls. 37/43) e laudo do local dos fatos (fls. 156/160).

A autoria também encontra apoio na prova dos autos.

O policial militar Márcio Soares Gonçalves relatou que recebeu a notícia via COPOM e, por isso, compareceu ao local dos fatos, encontrando a vítima já sem vida. Soube que o ofendido trabalhava para as acusadas, as quais, questionadas, disseram que estavam no interior do apartamento quando ouviram um grito e, em seguida, o som do impacto. Acrescentou que um morador lhe relatou ter ouvido uma discussão entre um homem e uma mulher (fls. 231).

O miliciano Ricardo dos Santos apresentou a mesma narrativa, porém acrescentou que, inicialmente, a ré Clarice mentiu e disse que o ofendido foi somente entregar comida na sua casa. Apenas depois descobriu que a vítima, na verdade, trabalhava para ela entregando "marmitex", conseguindo avistar a caixa de marmitas debaixo da mesa do apartamento. Soube por moradores, que as acusadas deviam dinheiro à vítima e que houve uma discussão entre vítima e um morador, porém não souberam identificar quem seria, e acrescentou que as acusadas foram chamadas, demoraram a chegar, além do que demonstraram muita tranquilidade. Relatou que o porteiro disse que a vítima chegou com uma caixa, mas Clarice afirmou que não havia recebido caixa alguma naquele dia (fls. 232/233 e 499/505).

O investigador de polícia José Reginaldo Correnti Garcia disse que, segundo informações, a vítima teria estado no 11º andar, no apartamento das acusadas. Questionadas, elas falaram que o ofendido estava estranho e se suicidou, todavia moradores relataram ter havido discussão e um grito e somente neste momento a acusada Gilda informou ter ouvido um grito, enquanto Clarice também afirmou ter ouvido uma discussão, após o que teria descido até o local onde o corpo se encontrava, todavia tal versão foi desmentida por funcionários, que disseram que somente mais tarde ela foi ao local, após ser chamada pelo

Acesso ao Sumário

porteiro. Asseverou que todos os moradores falaram que foi ouvida uma discussão entre duas mulheres instantes antes da queda fatal. Soube por uma testemunha no local, que Clarice havia ameaçado a vítima, porque ela pretendia deixar de fazer as entregas (fls. 234/235).

Maria Aparecida dos Santos, moradora do 11º andar, disse ter ouvido uma discussão com vozes femininas naquele mesmo andar e, em seguida, um grito com a palavra "não" e o som de louça quebrando. Saiu no corredor para ver o que ocorria, momento em que avistou alguns moradores, dentre eles as acusadas, as quais tinham a vítima como funcionário responsável para a entrega de marmitas. As rés estavam no corredor, debruçadas no muro, olhando para baixo, "para onde estava o corpo". Soube que as rés atrasavam o pagamento da vítima e, depois dos fatos, conversou com Clarice, que aparentava muita calma (fls. 236/237 e 478/485).

Onésimo Ventura Simão disse que, aproximadamente vinte dias antes dos fatos, ouviu do ofendido que a patroa Clarice o agrediu, pegou pelo pescoço e tentou jogá-lo da "casa" dela quando pediu "as contas", motivo pelo qual, ao saber da morte da vítima, levou esses fatos ao conhecimento da Polícia (fls. 238/239 e 485/490).

Cristina Oliveira Dal Mas, companheira do ofendido, declarou que seu marido reclamava muito das acusadas, porque não o pagavam corretamente e estavam em atraso havia duas semanas. Afirmou que ele pretendia sair do serviço, mas estava tentando achar alguém para ficar no lugar dele (fls. 240/241 e 490/499).

Denis Eizo Takahashi, colega de trabalho de Cristiano, acrescentou que o ofendido estava insatisfeito com o serviço que prestava às acusadas, bem como que havia discutido "feio" com elas ou com seu filho (fls. 256/257 e 505/507).

Joana Teresa Iglesias afirmou ter ouvido uma discussão, porém não soube dizer se eram vozes masculinas ou femininas. Em seguida, escutou o barulho de pratos quebrando e um estrondo. Foi pegar seus óculos e, ao retornar, viu Clarice olhando para baixo. Desceu para ver quem era e soube pelo porteiro tratar-se do rapaz que trabalhava para as rés (fls. 281/282).

José de Almeida, porteiro do prédio, disse que a vítima comparecia diariamente ao local, pois trabalhava para as acusadas na entrega de marmitas. No dia dos fatos, o ofendido entrou no prédio por volta das 11h30min e, cerca de meia hora depois, a síndica informou sobre o corpo que havia caído no fosso (fls. 283/284).

Valdemir Sampaio Rios, também morador do local, que ouviu vozes femininas durante a discussão e, ao abrir a porta, viu o corpo já em queda. Declarou acreditar que a vítima foi impulsionada para cair do outro lado do fosso (fls. 285).

Acesso ao Sumário

Interrogada em Juízo, Clarice falou que estava no interior do seu apartamento quando ouviu o barulho de uma discussão, motivo pelo qual saiu para olhar e viu o corpo caído. Em seguida, o interfone tocou e o porteiro pediu para descerem, oportunidade em que constatou tratar-se de Cristiano, que acabara de sair de seu apartamento (fls. 313/315). Em Plenário, apresentou narrativa semelhante (fls. 514/521).

Gilda, por sua vez, negou ter ouvido a discussão, somente o "baque", motivo pelo qual saíram no corredor para ver o que ocorria, oportunidade em que foram chamadas pelo interfone e souberam tratar-se de Cristiano (fls. 266/267). Em Plenário, acrescentou não ter visto a vítima no dia dos fatos e que ela não conversava com mais ninguém no prédio. Esclareceu que estava no quarto, enquanto Clarice conversou com ele na porta do apartamento, após o que ouviu um baque e foi ver o que havia ocorrido, oportunidade em que encontrou Clarice já fora do apartamento (fls. 507/514).

Em suma, havia elementos nos autos para firmar a autoria do crime da parte da apelante, bem como reconhecer as qualificadoras, de sorte que não é possível afirmar que a decisão recorrida é manifestamente contrária à prova dos autos, sob pena de negar-se vigência ao princípio constitucional da soberania do Júri.

Passo à análise da pena que, adianto, não comporta reparo.

Na primeira fase da dosimetria penal, a pena-base foi fixada no mínimo legal de 12 (doze) anos de reclusão. Na sequência, ponderada a segunda qualificadora como agravante, incidiu aumento de 1/6 (um sexto), tornando-se definitiva em 14 (quatorze) anos de reclusão.

Bem justificada a imposição do regime prisional mais rigoroso, ante a o "quantum" de pena aplicada e a gravidade concreta dos fatos – homicídio duplamente qualificado –, além do disposto no artigo 33, § 2º, "a", do Código Penal.

Por fim, mantida a condenação, observo ser necessária a expedição imediata do mandado de prisão, a fim de que a ré inicie o cumprimento da pena que lhe foi imposta, independentemente do trânsito em julgado do presente acórdão. De fato, conforme entendeu o plenário do E. Supremo Tribunal Federal, em 05/10/2016, ao indeferir as liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após a condenação em Segunda Instância.

Por todo o exposto, rejeito a questão preliminar e nego provimento ao recurso defensivo, mantendo, na íntegra, a r. sentença recorrida. Expeça-se mandado de prisão.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004695-04.2004.8.26.0116, da Comarca de Campos do Jordão, em que são apelantes ELOÍZO GOMES AFONSO DURÃES, LÉLIO GOMES, ARLENE HONÓRIA FIRMO DE LEONARDIS, JOSÉ ROBERTO DE OLIVEIRA LINO e JOSÉ AUGUSTO PINELLI, é apelado 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: "declararam, de ofício, a extinção da punibilidade de Lélio Gomes, consumada a prescrição da pretensão punitiva, e deram provimento aos apelos de Arlene Honória Firmo de Leonardis, José Roberto Oliveira Lino, José Augusto Pinelli e Eloizo Gomes Afonso Durães para absolvê-los com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal, prejudicado o exame das preliminares suscitadas. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.913)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANGÉLICA DE ALMEIDA (Presidente) e JOÃO MORENGHI.

São Paulo, 5 de outubro de 2016.

VICO MAÑAS, Relator

Ementa: Prescrição – prazo reduzido à metade – maior de setenta anos – art. 115 do Código Penal – data do julgamento da apelação – precedentes

Fraude a licitação – art. 89 da Lei 8.666/93 – crime material – necessidade de efetivo prejuízo ao erário – atipicidade

Peculato – modalidade desvio – crime material – necessidade de efetivo prejuízo ao erário – atipicidade

Esferas cível e penal – decisões conflitantes – impossibilidade

VOTO

Lélio Gomes foi condenado pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Campos do Jordão a 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de detenção, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 22 (vinte e dois) dias-multa, no valor unitário de dois salários mínimos, bem como a 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado,

e a 19 (dezenove) dias-multa, também no valor de dois salários mínimos cada, como incurso, respectivamente, no art. 89, "caput", da Lei 8.666/93, por quatro vezes, e no art. 312 do Código Penal, por duas vezes, ambos na forma dos arts. 71 e 69 do estatuto repressivo.

Arlene Honória Firmo de Leonardis, José Roberto Oliveira Lino e José Augusto Pinelli, por seu turno, foram condenados a 03 (três) anos e 06 (seis) meses de detenção e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, além de 04 (quatro) anos de reclusão e a multa 13 (treze) diárias, fixado o regime inicial semiaberto e o valor unitário de meio salário mínimo para os dias-multa, por violação ao art. 89, parágrafo único, da Lei 8.666/93, e ao art. 312 do Código Penal, em concurso material.

Eloizo Gomes Afonso Durães foi condenado a 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, cada qual estipulado em 20 (vinte) salários mínimos, por infringência ao art. 312 do Código Penal.

Em preliminar, Arlene, José Augusto, José Roberto e Eloizo suscitam inépcia da denúncia, pois não descreveria a contento as condutas imputadas. José Augusto alega ainda cerceamento de defesa por não ter tido acesso à integra de interrogatório gravado e José Roberto argumenta que operada a prescrição da pretensão punitiva. No mérito, todos os apelantes postulam a absolvição. Sustentam que, inexistentes prejuízos aos cofres públicos, atípico o peculato, crime material. Lélio pondera o mesmo quanto à fraude a licitação. Ademais, os condenados por tal delito afirmam que lícita a dispensa efetuada e que não agiram com dolo. Subsidiariamente, Lélio, José Augusto e Eloizo pleiteiam redução das penas.

Oferecidas as contrarrazões (fls. 3933/3958 e 4036/4059), a D. Procuradoria da Justiça opina pela rejeição das preliminares e pelo não provimento dos recursos.

É o relatório.

1. Extinta a punibilidade de Lélio em relação aos dois delitos imputados.

Entre a data dos fatos (ao longo do ano de 2001 – fls. 02D-06D) e a de recebimento da exordial acusatória (18.02.2009 – fl. 2393), decorridos mais de seis anos, prazo prescricional referente às sanções impostas, descartados os acréscimos pela continuidade delitiva e considerado que o réu conta com mais de setenta anos atualmente, consumando-se a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, nos termos dos arts. 109, III, 110, §§ 1º e 2º, na redação anterior à Lei 12.234/10, 115 e 119, todos do Código Penal.

A teor do último dispositivo referido, em se tratando de concurso de crimes, como no caso, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente. De todo modo, mesmo que preservadas as elevações, o lapso

Acesso ao Sumário

prescricional seria idêntico.

Ressalte-se, além disso, que, por corresponderem a fatos anteriores à Lei 12.234/10, não se aplica a vedação à contagem do prazo prescricional em período precedente ao recebimento da exordial.

No que tange à idade, acolhe-se o entendimento jurisprudencial de que faz jus ao benefício do art. 115 do CP o réu condenado antes de ter 70 anos, mas que já os completara no julgamento da apelação (STJ, RESp 886.566, DJU 15.04.2008; TJSP, RT 614/282; TACrSP, RT 700/335) ou até o trânsito em julgado da decisão condenatória (STF, Pleno, Extr. 591/IT, DJU 22.09.1995, p. 30588).

2. Consta da denúncia que, em 2001, na condição de prefeito municipal de Campos do Jordão, Lélio dispensou licitações fora das hipóteses legais para contratação das empresas "SP Produtos Alimentícios" e "EMUHAB – Empresa Municipal de Habitação de Campos do Jordão".

Com a primeira, de propriedade de Eloizo, firmou dois contratos, um para fornecimento de refeições para servidores e desabrigados e outro para merenda escolar, no valor total de R$ 669.820,50 (seiscentos e sessenta e nove mil, oitocentos e vinte reais e cinquenta centavos). O procedimento foi eivado de irregularidades.

Dentre outras, justificou a dispensa em calamidade pública decretada somente semana depois, não realizou pesquisa de preços, tampouco conferiu publicidade aos atos. Os acordos não especificam quantidades e valores de refeições. Superada a vigência do contrato de alimentação escolar, prorrogado pelo mesmo período por montante 75% inferior ao original, indicando desvio de R$ 311.556,38 (trezentos e onze mil, quinhentos e cinquenta e seis reais e trinta e oito centavos).

Vícios semelhantes aconteceram em diversos contratos entabulados com a "EMUHAB", empresa municipal sujeita a ingerências do prefeito e então dirigida por Arlene, José Roberto e José Augusto. Reformas de edifícios públicos foram acertadas sem procedimento para escolha do fornecedor e do preço, sem divulgação na imprensa oficial, por valores bastante díspares para serviços parecidos e sem explicações para a dispensa de licitação.

Como visto, os recorrentes alegam que as infrações pelas quais inculpados teriam natureza material. Assim, demandariam comprovação de prejuízo ao erário para caracterização.

Procede o argumento.

Embora haja entendimento contrário, a jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça é no sentido que o crime do art. 89 da Lei 8.666/93 tem cunho material, como bem ilustra o seguinte julgado:

"O entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça é no sentido

Acesso ao Sumário

de que o crime do art. 89 da Lei 8.666/93 somente é punível quando produz resultado danoso ao erário" (Corte Especial, APn 375, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 24.04.2006).

A compreensão foi reiterada posteriormente pelo órgão fracionário: "os crimes previstos nos artigos 89 da Lei n. 8.666/1993 (dispensa de licitação mediante, no caso concreto, fracionamento da contratação) e 1º, inciso V, do Decreto-lei n. 201/1967 (pagamento realizado antes da entrega do respectivo serviço pelo particular) exigem, para que sejam tipificados, a presença do dolo específico de causar dano ao erário e da caracterização do efetivo prejuízo" (Corte Especial, APn 480/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, julgado em 29/03/2012, DJe 15/06/2012).

A orientação não é exclusiva da Corte Especial: "o crime do artigo 89 da Lei n. 8.666/93, possui natureza material, exigindo para sua tipificação, a demonstração de dolo específico e prejuízo ao erário público (HC n. 299.029/GO, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, Dje 23/9/2015).

Também a doutrina reproduz o entendimento: "Não se aperfeiçoa o crime do art. 89 sem dano aos cofres públicos. Ou seja, o crime consiste não apenas na indevida contratação indireta, mas na produção de um resultado final danoso. Se a contratação direta, ainda que indevidamente adotada, gerou um contrato vantajoso para a Administração, não existirá crime. Não se pune a mera conduta, ainda que reprovável, de deixar de adotar a licitação. O que se pune é a instrumentalização da contratação direta para gerar lesão patrimonial à Administração" (Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Dialética, São Paulo, 2009, pp. 865-866).

Posicionamento semelhante existe em relação ao peculato. Não obstante este igualmente tenha por objetividade jurídica a moralidade pública, não dispensa dano patrimonial.

Frise-se, em princípio, que a peça vestibular atribui aos acusados o chamado peculato-desvio, descrito na parte final do "caput" do art. 312 do Código Penal. Sobre a conduta, Nelson Hungria, citado por Delmanto, estatui que "na modalidade de peculato-desvio, a consumação se dá com o efetivo desvio, sem dependência de ser alcançado o fim visado. De toda forma, o dano material é indeclinável no peculato" (Comentários ao Código Penal, 1959, x. IX, p. 345).

O ensinamento tem acolhida no Superior Tribunal de Justiça: "o crime de peculato na modalidade desvio (art. 312, *caput*, segunda parte, do Cód. Penal) é crime material. Em outras palavras, consuma-se com o prejuízo efetivo para a administração pública" (AgRg no Ag 905.635/SC, Rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 16/09/2008, DJe 24/11/2008).

Acesso ao Sumário

Na mesma linha, RTFR 70/108 e TJPR/PJ 43/234.

Isto posto, necessário verificar se, no caso dos autos, houve lesão ao patrimônio público.

No que concerne à "EMUHAB", o Tribunal de Contas do Estado, ao apreciar, em 09.06.2005, as contas da empresa do exercício de 2001 e confrontá-las com laudo de auditoria que enumerava série de inconsistências, as quais abarcavam os contratos com a Prefeitura (fls. 4102/4106), compreendeu que "os indicadores econômicos e financeiros evidenciam a obtenção de resultados satisfatórios, não havendo motivo, sob esse ângulo, para reprovação das presentes contas, como, inclusive, ressaltado no pronunciamento técnico".

E continua: "no que tange aos óbices assinalados a propósito dos custos das obras e serviços realizados em escolas e creches municipais, coloco-me de acordo com o posicionamento da Assessoria Técnica, no sentido da inexistência de irregularidades nos procedimentos questionados, pois, a par de os valores praticados não se revelarem incompatíveis com os de mercado, os parâmetros de comparação utilizados na instrução inicial, de fato, não se mostram adequados à situação concreta" (fl. 4104).

E ainda: "as impugnações lançadas em relação aos serviços de reforma no prédio locado, onde se encontra a sede da Prefeitura, do mesmo modo, não merecem prosperar, uma vez que as despesas envolvem a própria manutenção do prédio (pintura, revisão hidráulica e elétrica), bem como adaptações, certamente, necessárias ao funcionamento da repartição, como implantação de rede de telefonia, construção de rampa de acesso a deficientes, entre outros serviços de alvenaria. Além disso, não existem indícios ou provas concretas de que a somatória dos custos da locação e da reforma efetiva equivaleria ao montante da edificação da sede própria" (fl. 4105).

Diante disso, o TCE decidiu pela regularidade das contas da "EMUHAB" relativas ao ano de 2001, com ressalvas (fls. 4105/4106).

Em 01º de julho de 2015, o Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Campos do Jordão analisou ação declaratória de nulidade de atos e contratos administrativos proposta pelo Ministério Público em face dos réus. Dentre os acordos, estavam aqueles firmados com a "SP Produtos Alimentícios" e a "EMUHAB" em 2001 (fls. 4.094/4.100).

Sobre a questão, a Magistrada assentou que "os procedimentos de dispensa de licitação objeto da presente demanda apresentam algumas irregularidades sobre o ponto de vista formal, é certo. Contudo, a prova coligida não é apta ou suficiente a proceder-se ao édito condenatório. (...). Não ficaram constatados enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário. Não há menção nem prova de que as contratações se realizaram com sobrepreço. As irregularidades licitatórias apuradas nestes autos não configuraram ilegalidades qualificadas. Além disso,

Acesso ao Sumário

deve ser considerado que os contratos foram integralmente cumpridos por ambas as partes há anos, já não cabendo declaração de ineficácia dado o exaurimento do conteúdo. Vale salientar que a declaração de nulidade dos contratos em discussão acarretaria mais prejuízo do que benefícios à municipalidade" (fl. 4099).

A ação, assim, foi julgada improcedente. A sentença transitou em julgado para as partes em 16.02.2016.

Por conseguinte, declarada nos âmbitos administrativo e judicial a inexistência de enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário – elemento este imprescindível à caracterização de ambos os delitos, como visto acima – a solução só pode ser a absolvição por atipicidade das condutas.

Não se ignora a independência das esferas cível e criminal, como ressaltado pelo Procurador oficiante. Todavia, inegável a interferência da primeira na segunda. Inviável tratá-las como estanques, sob pena de se chegar a decisões absolutamente contraditórias. Consoante destacado pela defesa de José Augusto nas correspondentes razões de apelação, causa perplexidade que o mesmo comportamento tido por lícito no âmbito civil seja tachado de ilícito no criminal, não só por violar a lógica comum, mas também a da ciência jurídica. Afinal, entendido o direito penal como "ultima ratio", incoerente que condene o que outros ramos do Direito avaliaram não ser passível de punição.

O STJ já chegou a conclusão parecida acerca dos reflexos de uma esfera em outra: "a mesma conduta não pode ser irrelevante para o direito administrativo e, ao mesmo tempo, relevante para o direito penal, sob pena de ofensa ao princípio da subsidiariedade, segundo o qual a intervenção penal só deve ocorrer quando os demais ramos do direito não forem suficientes para a resolução da questão conflituosa (HC 272.295/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 15/05/2014, DJe 22/05/2014).

Na mesma linha: "na esfera cível, o Tribunal a quo entendeu pela ausência de intenção de fraudar a lei por parte do paciente, bem como pela inexistência de qualquer dano ao erário, notadamente em razão do êxito da atuação do escritório de advocacia em grau recursal, impondo à Fazenda do Estado a obrigação de pagar à municipalidade as diferenças retidas de ICMS. Tais fundamentos, trazidos para a esfera penal, tornam atípica a conduta do paciente, não havendo falar-se na prática do delito previsto no art. 89 da Lei n.º 8.666/93, que para sua configuração exige, além da ocorrência de prejuízo ao erário, a presença de dolo específico na conduta do agente, a qual é penalmente irrelevante se presentes os pressupostos para a contratação direta" (STJ, HC 53.103/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 19/09/2006, DJ 16/10/2006, p. 393).

Sobre o tema, elucidativo o seguinte acórdão deste E. Tribunal: "afrontaria até mesmo a própria lógica admitir-se que a respeito exatamente do mesmo

Acesso ao Sumário

tema, sem alteração ou acréscimo, dois juízes de jurisdições distintas chegassem a conclusões contraditórias: um, do cível, afirmando que a dispensa de licitação para prefeito municipal contratar advogados é perfeitamente possível, não criminosa; outro, do crime, dizendo o contrário, como se a mesma coisa, no mundo da realidade, pudesse ao mesmo tempo ser e não ser. A propósito, ensina Washington de Barros Monteiro, citado por Manoel Pedro Pimentel (*Estudos e Pareceres de Direito Penal*, RT, 1973, p. 52): 'Efetivamente repugna conceber que o Estado, em sua unidade, na repressão de um fato reputado como ofensivo da ordem social decida soberanamente, por um de seus órgãos jurisdicionais, que esse fato constitui crime, que seu autor é passível de pena e o condene a sofrer o castigo legal; e que esse mesmo Estado, na repressão do fato antijurídico, venha a declarar, por outro ramo do Poder Judiciário, que este não é delituoso, que é perfeitamente lícito, que não acarreta responsabilidade alguma para o seu autor, que não está assim adstrito ao dever de compor os danos a que deu causa. Chocante ofensiva do prestígio da Justiça seria essa contradição, pela qual o mesmo ato seria, a um tempo, justo e injusto, licito e criminoso, irrepreensível e condenável, legítimo e punível'. Carvalho Santos sustenta que tanto a jurisdição civil como a criminal, operando embora em campos diversos, guardam sua unidade no mesmo propósito de realizar a justiça através de manifestações de uma só atividade social. Absurdo que essas instâncias possam mover-se para o reconhecimento de fatos diversos e opostos, 'como absurdo ainda seria que as duas ações, que apenas constituem um duplo processo de reparação do mesmo fato danoso, materialmente idêntico, pudessem ter vida desintegrando-se uma da outra sobre o ponto de fato, isto é, divergindo naquilo que constitui a sua matéria comum' (artigo de Ricardo Teixeira Brancato, *Ciência Penal*, 3ª ed. 1974, p. 573). (...) É o entendimento do min. Francisco de Assis Toledo (*Princípios Básicos de Direito Penal*, 1987, Saraiva, pp. 153/154): 'a inexistência, assim proclamada, do ilícito civil, constitui obstáculo irremovível para o reconhecimento posterior do ilícito penal, pois o que é civilmente licito, permitido, autorizado, não pode estar, ao mesmo tempo, proibido e punido na esfera penal, mais concentrada de exigências quanto à ilicitude'. (...) Sobre essa unicidade da ilicitude Aníbal Bruno sustenta que 'um fato que se apresenta como antijurídico em face de qualquer ramo do Direito conserva esse atributo de antijuricidade em referência a qualquer outro domínio jurídico' (*Direito Penal*, parte geral, 3ª ed., p. 341). Vale dizer, um fato não pode ser jurídico no Direito Civil e antijurídico no Direto Penal, exigindo-se a unidade da antijuricidade em todos os ramos do Direito. (...) O conceito de ilicitude é um só para todo o Direito". (Habeas Corpus nº .032.132.3/4-0000-000, Comarca de Matão, Relator Carlos Bueno, 10ª Câmara Criminal, j. 14.03.2007, registrado em 12.04.2007).

Em suma, repita-se que, em se tratando as figuras do art. 89, parágrafo único, da Lei 8.666/93, e do art. 312 do Código Penal, de delitos materiais, a

Acesso ao Sumário

exigirem efetivo prejuízo ao erário, e não verificado este, conforme decidido pelo Tribunal de Contas do Estado e pelo Juízo da 1ª Vara Cível de Campos do Jordão, o desfecho deve ser a absolvição de Arlene Honória Firmo de Leonardis, José Roberto Oliveira Lino, José Augusto Pinelli e Eloizo Gomes Afonso, uma vez que atípica as condutas imputadas.

3. Frente ao exposto, declara-se, de ofício, a extinção da punibilidade de Lélio Gomes, consumada a prescrição da pretensão punitiva, e dá-se provimento aos apelos de Arlene Honória Firmo de Leonardis, José Roberto Oliveira Lino, José Augusto Pinelli e Eloizo Gomes Afonso Durães para absolvê-los com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal, prejudicado o exame das preliminares suscitadas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002229-13.2005.8.26.0145, da Comarca de Conchas, em que são apelantes GERALDO TOMAZELA FILHO, JACINTA DE FÁTIMA DA SILVA BATISTA, MIGUEL TOMAZELA, MOACIR TOMAZELA, PAULO ALBINO THEÓPHILO, PATRÍCIA DA CONCEIÇÃO SOARES e PEDRO ALVES SILVEIRA JÚNIOR, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM INTEGRALMENTE O APELO DE MOACIR E, DE OFÍCIO, DECLARARAM EXTINTA A PUNIBILIDADE DOS DEMAIS ACUSADOS QUANTO AO DELITO DO ARTIGO 288 DO CÓDIGO PENAL E DO ARTIGO 1º, III, DO DEC- LEI 201/67 (QUANTO A MIGUEL), NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE O DR. ALAMIRO VELLUDO SALVADOR NETTO, DEMETRIOS KOVELIS E RAMON ARNUS KOELLE E USOU DA PALAVRA O EXMO. SR. PROCURADOR DE JUSTIÇA DR. WALTER TEBET FILHO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2484)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SOUZA NERY (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 21 de outubro de 2016.

OTAVIO ROCHA, Relator

Ementa: Associação criminosa e peculato – Nulidade por cerceamento de defesa – Alegada a falta de acesso

Acesso ao Sumário

a documentos apreendidos e não disponibilizados à defesa – Documentos que não compõem o processo, ao qual foram trazidas cópias integrais de todos os papéis coletados pela Comissão Especial de Inquérito - CEI que apurou os fatos no âmbito do Poder Legislativo do Município de Pereiras – Ausência de demonstração quanto à existência e relevância dos documentos reclamados, bem como do prejuízo supostamente causado às investigações – Matéria superada pelo advento de decisão condenatória que se baseia nos elementos de prova disponíveis nos autos, sobre cujo conteúdo as partes tiveram ampla de oportunidade de manifestação e crítica – Preliminar afastada – Pleito defensivo de absolvição por insuficiência probatória e, subsidiariamente, de redução das penas impostas – Inviabilidade do pleito absolutório ante a farta quantidade de provas orais, materiais e documentais acerca dos fatos que compõem a acusação – Penas que foram impostas mediante correta aplicação dos critérios da lei em vigor, não comportando mitigação. Reconhecida a prescrição com relação a determinadas infrações, conforme explicitado – Negado provimento aos recursos.

VOTO

Inconformados com a decisão proferida pelo i. Juiz da 1ª Vara Judicial da Comarca de Conchas às fls. 2171/2215, por meio da qual o apelante MOACIR foi condenado pela prática dos delitos dos artigos 288 e 312 c.c. o artigo 29, todos do Código Penal ao cumprimento de 10 (dez) anos, 7 (sete) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 29 (vinte e nove) dias-multa; os apelantes GERALDO, JACINTA, PAULO, PATRÍCIA e PEDRO, pela prática dos mesmos delitos, ao cumprimento de 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa; e o apelante MIGUEL, pela prática dos delitos dos artigos 288, do Código Penal, e 1º, inciso III, do Decreto-Lei nº 201/67, cc. art. 71, do Código Penal, ao cumprimento de 02 (dois) anos de reclusão e 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de detenção, substituídas as penas corporais por 02 (duas) restritivas de direitos, contra ela se insurgiram os seus i. Defensores às fls. 2200/2201 (PEDRO), 2224/2225 (JACINTA, PAULO e PATRÍCIA) e 2227/2228 (MOACIR, GERALDO e MIGUEL), arrazoando os apelos às fls. 2202/2211, 2245/2267 e 2381/2405, respectivamente.

Acesso ao Sumário

O i. Defensor do apelante PEDRO requer sua absolvição, alegando, em síntese, que não restou configurado o requisito da permanência quanto ao crime de quadrilha ou bando, porquanto "*O apelante jamais fez parte da empresa COHAPE, da CODEPE, central de Processamento Agropecuário e Associação dos Produtores de Doces*" (fl. 2204). Subsidiariamente, requer a redução da fração de aumento das penas em razão da continuidade delitiva.

O i. Defensor dos apelantes JACINTA, PAULO e PATRÍCIA, também requer a absolvição, alegando, em síntese, que não há nos autos provas suficientes para embasar um veredicto condenatório.

O i. Defensor dos apelantes MOACIR, GERALDO e MIGUEL requer, preliminarmente, a decretação da nulidade do feito em razão de cerceamento de defesa, que teria se caracterizado pela não anexação aos autos de vários dos documentos apreendidos na busca realizada na sede da CODEPE, sendo que "*ante a inexistência de cópias dessas peças documentais (notas fiscais, contratos firmados, recibos e atas), os apelantes se viram impossibilitados de rebater documentalmente todos os argumentos lançados na denúncia*" (fl. 2386). Quanto ao mérito, também requer a absolvição dos apelantes por falta de provas e, subsidiariamente, a redução de suas penas aos mínimos montantes previstos na lei penal.

Contra-arrazoados os recursos (fls. 2233/2239 e 2757/2812), subiram os autos a esta Corte, sobrevindo parecer da Egrégia Procuradoria de Justiça Criminal – de autoria da i. Procuradora de Justiça Valderez Deusdedit Abbud –, pelo desprovimento das apelações interpostas (fls. 2813/2878).

É o relatório.

Adotado o alentado resumo dos fatos elaborado pelo r. Julgador de Primeiro Grau às fls. 2171/2173v, cabe registrar, em forma mais sintética, que dos acusados inicialmente relacionados MIGUEL era Prefeito Municipal de Pereiras, sendo seus irmãos MOACIR e GERALDO; e que os três, juntamente com JACINTA, PAULO, PEDRO e PATRÍCIA, associaram-se em forma de quadrilha ou bando e, no interstício de 2001 a 2005, praticaram diversos crimes contra o patrimônio público do mencionado município – inclusive da empresa pública municipal CODEDE – Companhia de Desenvolvimento de Pereira –, apropriando-se ou desviando em proveito deles de forma continuada, bens, rendas ou verbas públicas, bem como, através de expedientes diversos, ocultando e dissimulando a origem, a localização, a disposição e a propriedade do produto desses delitos, principalmente com a utilização de pessoas jurídicas de direito privado constituídas com esse propósito (Kakulé Produtos Alimentícios Ltda ME e COHAPE – Cooperativa Habitacional e Agrícola do Município de Pereiras), a favor das quais eram efetuados pagamentos por serviços e obras não existentes, ou simplesmente depositados valores sem causa, tudo de acordo com

Acesso ao Sumário

a descrição fática contida na denúncia contra todos eles ofertada pelo órgão do Ministério Público da Comarca.

Conforme ressaltou o i. Magistrado à fl. 2184, os expedientes ilegais de que se valeram os apelantes para obter ganhos ilícitos em prejuízo dos cofres e patrimônio públicos consistiram, sinteticamente, em: "a) pagamentos efetuados pela CODEPE ao diretor-presidente MOACIR e sua empresa Nalton; b) utilização de capital e equipamento da CODEPE na empresa privada Kakulé; c) custeio, pela CODEPE, de equipamentos e serviços fornecidos a essa empresa; d) empréstimo, pela CODEPE, de dinheiro para a ré PATRÍCIA; e) fornecimento, pela CODEPE, de valores para particulares, incluindo a associação local de produtores de doces, o réu GERALDO e seu genitor; f) utilização de bens da CODEPE na entidade privada COHAPE; [e,] g) custeio, pela Prefeitura, do aluguel do imóvel onde se instalou a empresa Kakulé".

Segundo o i. Magistrado, "Tais procedimentos tornaram-se incontroversos, à vista das provas produzidas e da própria ausência de negativa dos acusados quanto a vários dos eventos narrados" (fl. 2184-*infra*).

Muitas das provas materiais e documentais relativas aos fatos da denúncia foram apuradas no curso de investigações levadas a efeito pela Comissão Especial de Investigação-CEI instaurada pela Câmara Municipal de Pereiras, cuja cópia integral (contendo 10 volumes) foi posteriormente encaminhada ao Ministério Público, sendo encartada no Protocolado nº 12.994/06, ao qual também foram anexadas cópias extraídas dos autos da sindicância nº 880.380.3/2 (4 volumes), deste Tribunal de Justiça, instaurada a requerimento do Ministério Público do Estado após o recebimento de peças encaminhadas pelo Departamento de Polícia Federal acerca dos mesmos fatos, bem como documentos diversos relativos às pessoas jurídicas mencionadas na denúncia, que compunham o inquérito policial que a acompanha.

Essas provas estão encartadas aos autos e foram examinadas detidamente pelo i. Julgador, tendo ficado disponibilizado às partes o acesso ao seu conteúdo durante todo o curso da instrução. Cabe acrescentar, a esse respeito, que os documentos desentranhados de fls. 1227/1258, em face da determinação de fl. 1375, foram novamente encartados aos autos após requerimento do i. Promotor de Justiça (fl. 1821), atendido pela decisão de fl. 2145, restaurando-se com isso o conteúdo original do processo, que atualmente é formado por 25 volumes (autos principais e apensos).

Acesso ao Sumário

O i. Defensor dos apelantes MOACIR, GERALDO e MIGUEL, em preliminar, requereu a anulação do feito sob a alegação de que houve cerceamento de defesa. Segundo o i. causídico, o cerceamento teria se caracterizado pela não anexação aos autos de vários dos documentos apreendidos na busca realizada na sede da CODEPE, o que o teria impedido de "*rebater documentalmente todos os*

argumentos lançados na denúncia" (fl. 2386).

Não merece acatamento, contudo, a preliminar defensiva.

Primeiramente, porque a farta quantidade de documentos que acompanhou a denúncia ofertada contra todos os apelantes foi autuada em vários volumes diversos, tendo os ii. Defensores dos acusados, como já dito, acessado livremente o seu conteúdo, durante todo o trâmite da ação penal. Em sendo esses papéis aptos a amparar a acusação e provar os fatos alegados na peça acusatória, incumbia à parte interessada advertir sobre a existência de outros que se prestassem a invalidar ou depreciar o valor probatório dos primeiros, identificando-os e apontando a respectiva origem (art. 156 do Código de Proc. Penal).

Em segundo lugar, porque a discussão acerca dos fatos e fundamentos que compunham a acusação só poderia se desenvolver no âmbito do processo, o meio constitucional hábil a ensejar a *persecutio criminis in judicio*. Daí que os autos oriundos do E. Tribunal de Contas do Estado, da Comissão Especial de Inquérito da Câmara Municipal de Pereiras e do Inquérito Policial interessavam a essa discussão somente enquanto relacionados àqueles fatos e fundamentos, devendo ser objeto de questionamento segundo as regras próprias do *contraditório* (corolário do "*due process of law*") e os meios e recursos inerentes ao exercício da *ampla defesa*, expressamente consagrados pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso LV.

De ser assim que a mera indicação, pelo i. causídico, quanto à eventual existência de documentos potencialmente relevantes aos fatos que compõem a acusação, que não teriam sido introduzidos aos autos por fato atribuído a terceiro (fato a respeito do qual não foi formulada qualquer denúncia formal contra quem quer que seja), sem especificação do respectivo conteúdo e do suposto prejuízo decorrente de sua não utilização, evidentemente não pode dar azo ao reconhecimento de nulidade alguma, mormente com base em *cerceamento de defesa*, sequer remotamente caracterizado.

Incidem na espécie os princípios gerais positivados nos artigos 563 e 566 do Código de Processo Penal, que informam a impossibilidade de reconhecimento de ato do qual não resulte prejuízo para a parte ("*pas de nullité sans grief*"), ou que não haja influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

Sobre o tema, calha mencionar o seguinte julgamento do Supremo Tribunal Federal, que reafirma entendimento já assentado na Corte [grifei]:

> *EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. CRIME DE HOMICÍCIO QUALIFICADO. CP, ART. 121, § 2º, I, III e IV. TRIBUNAL DO JÚRI. ALEGADA DEFICIÊNCIA DO TERMO DE VOTAÇÃO PELA AUSÊNCIA DE CONSIGNAÇÃO DOS NÚMEROS DE VOTOS AFIRMATIVOS E*

Acesso ao Sumário

NEGATIVOS DO CONSELHO DE SENTENÇA. CP, ART. 487. NULIDADE ABSOLUTA. INEXISTÊNCIA. PREJUÍZO NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. VOTO PRELIMINAR. (...) 6. É cediço na Corte que: a) no processo penal vigora o princípio geral de que somente se proclama a nulidade de um ato processual quando há a efetiva demonstração de prejuízo, nos termos do que dispõe o art. 563 do CPP, verbis: "Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa"; b) nesse mesmo sentido é o conteúdo do Enunciado da Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal: "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu." 7. A doutrina do tema assenta, verbis: "Constitui seguramente a viga mestra do sistema das nulidades e decorre da idéia geral de que as formas processuais representam tão-somente um instrumento para correta aplicação do direito; sendo assim, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo vício" (in Grinover, Ada Pellegrini - As nulidades no processo penal, Revista dos Tribunais, 7ª edição, 2001, p. 28). 8. É que o processo penal pátrio, no que tange à análise das nulidades, adota o Sistema da Instrumentalidade das Formas, em que o ato é válido se atingiu seu objetivo, ainda que realizado sem obediência à forma legal. Tal sistema de apreciação das nulidades está explicitado no item XVII da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, segundo o qual "não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial. Somente em casos excepcionais é declarada insanável a nulidade." 9. Outrossim, é cediço na Corte que: "(...) O princípio do pas de nullité sans grief - corolário da natureza instrumental do processo exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, ainda que a sanção prevista seja a de nulidade absoluta do ato" (HC 93868/PE, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, PRIMEIRA TURMA, DJe 16/12/2010). À guisa de exemplo, demais precedentes: HC 98403/AC, Rel. Ministro AYRES BRITTO, SEGUNDA TURMA, DJe 07/10/2010; HC 94.817, Rel. Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, DJe 02/09/2010; HC 98403/AC, Rel. Ministro AYRES BRITTO, SEGUNDA TURMA, DJe 07/10/2010; HC 94.817, Rel. Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, DJe 02/09/2010. 10. In casu, colhe-se que, não houve a efetiva demonstração de prejuízo para a defesa, e por isso não há que se falar em nulidade do julgamento pela ausência de consignação dos números de votos afirmativos e negativos do Conselho de Sentença. (...). 15. Ordem denegada. (HC 104308, Relator Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 31/05/2011, DJe-123 DIVULG 28-06-2011 PUBLIC 29-06-2011 EMENT VOL-02553-01 PP-00107).

Acesso ao Sumário

Ante esses fundamentos e mais os que foram bem lançados às fls. 2760/2762 pelo i. Promotor de Justiça Assessor, Dr. Roberto de Almeida Salles, é de ser afastado o pleito anulatório objeto da preliminar deduzida pelo i. Defensor dos sentenciados MOACIR, GERALDO e MIGUEL (fls. 2384/2387).

No que respeita ao mérito, constata-se que a solução dada a causa pelo r. Magistrado de Primeiro Grau, Dr. MATHEUS AMSTALDEN VALARINI – por meio de decisão que merece ser enaltecida, dada a clareza e qualidade dos seus fundamentos e rigor técnico de sua estrutura, particularmente no tocante à motivação do *quantum* das reprimendas impostas a cada um dos sentenciados – se revela justa e adequada às particularidades e nuances dos fatos correspondentes, exteriorizando prestação jurisdicional em tudo compatível com a expectativa que a sociedade brasileira deve nutrir acerca das elevadas funções atinentes ao Poder Judiciário.

Com efeito, em que pese terem os ii. Defensores dos acusados, como lhes competia, clamado pelo reconhecimento da ausência de provas suficientes para embasar um juízo condenatório, a leitura do *decisum* conduz, de modo incontornável, à conclusão segura de que as provas orais, materiais (vide laudos periciais de fls. 1517/1545 e 1640/1652) e documentais (vide, também, fls. 862/864, 1035/1219, 1227/1450 e 1559) amealhadas ao processo não autorizavam a proclamação da absolvição de qualquer um deles, senão a imposição das sanções previstas na legislação penal em vigor para as condutas proibidas que – de forma reiterada – praticaram ao longo do período indicado na denúncia, sanções essas que foram dosadas em perfeita consonância com os critérios legalmente estabelecidos, sem descuido dos *princípios de proporcionalidade e dignidade da pessoa humana.*

Senão vejamos.

O i. julgador de Primeiro Grau, à fl. 2174, afirmou que "ao cabo da instrução, conclui-se que: a) os réus MOACIR, MIGUEL,GERALDO, JACINTA, PLAULO, PEDRO e PATRÍCIA praticaram o delito do arr. 288 do CP; b) MOACIR, GERALDO, JACINTA, PAULO, PEDRO e PATRÍCIA cometeram o crime do art. 312 do CP; e c) MIGUEL executou o delito do art. 1º, III, do Decreto-lei nº 201/67". Afastou, porém, as imputações feitas aos mesmos acusados de prática dos delitos dos artigos 1º, V, e § 1º, II e § 2º, I, da Lei nº 9.613/98 (com relação a MOACIR, MIGUEL, GERALDO, JACINTA, PAULO, PEDRO e PATRÍCIA), e 89, da Lei 8.666/93 (com relação a MOACIR e VALTER).

Às fls. 2174v/2175, o i. Magistrado acrescentou que "os elementos reunidos mostram que: a) MOACIR, MIGUEL, GERALDO, JACINTA, PAULO, PEDRO e PATRÍCIA agruparam-se para executar ilícitos variados, em detrimento da Administração do Município de Pereiras; b) MOACIR,

Acesso ao Sumário

na qualidade de diretor-presidente da Companhia de Desenvolvimento de Pereira – CODEPE, desviou recursos dessa entidade em proveito próprio e de sua empresa Nalton Indústria Mecânica Ltda.; c) MOACIR, contando com a ajuda de JACINTA, PAULO, PATRÍCIA, PEDRO e GERALDO, empregou indevidamente bens e dinheiro da CODEPE, entidade que comandava, na criação e manutenção da Cooperativa Habitacional e Agrícola do Município de Pereiras COHAPE e da Kakulé Produtos Alimentícios Ltda ME, ambas as pessoas jurídicas de direito privado; d) MOACIR desviou quantias pecuniárias da CODEPE, em proveito de terceiros, aí incluídos os corréus GERALDO e PATRÍCIA; e, MIGUEL, como Prefeito do Município de Pereiras, empregou indevidamente verbas da Administração, ao adimplir, com recursos públicos, alugueis de imóvel locado para uso da empresa particular Kakulé Produtos Alimentícios Ltda. ME".

Interrogados em juízo (fls. 1809/1818), os sete apelantes alegaram inocência. Forneceram explicações diversas acerca dos fatos, alegando terem agido sempre em conformidades com as leis. Todos eles atribuíram as acusações, basicamente, a "perseguição política".

MIGUEL TOMAZELA, então Prefeito do Município de Pereiras, negou a prática dos crimes a ele imputados, buscando justificar as condutas praticadas com a já mencionada tese de que tudo teria decorrido de "perseguição política". Forneceu informações sobre a CODEPE, que tinha o acusado MOACIR TOMAZELA, seu irmão, como dirigente, sem remuneração, admitindo que a empresa "Kakulé" foi criada como "pessoa jurídica de direito privado", após o Tribunal de Contas do Estado haver emitido parecer desfavorável às atividades desenvolvidas pela CODEPE. Sobre as irregularidades das atividades da CODEPE, assim com sobre os fatos relacionados a COHAPE, pouco esclareceu (fl. 1809).

MOACIR TOMAZELA também negou as acusações. Sustentou que não houve desvio de numerário da CODEPE, acrescentando que, ao ser extinta a empresa, foi devolvida aos cofres municipais (à sucessora SAMASPE), em dinheiro e créditos, quantia superior a R$2.521.000,00. Discorreu sobre os fatos da denúncia, explicitando as razões pelas quais foi criada a "Kakulé" e admitindo que maquinário pertencente a COPEDE continua na sede desta empresa; que a CODEPE fez empréstimo a cossentenciada PATRÍCIA para que adquirisse um caminhão de transporte de leite; que a COHAPE, foi criada como uma cooperativa para financiamentos agrícolas; que a COHAPE não recebeu equipamentos ou dinheiro da CODEPE; que chegou a administrar a "Kakulé" a pedido da cossentenciada JACINTA etc. Como seu irmão MIGUEL, MOACIR também alegou que as acusações decorreram de "perseguição política" (fl. 1815).

Acesso ao Sumário

Os sentenciados GERALDO, JACINTA, PAULO, PEDRO e PATRÍCIA

também fizeram algumas considerações sobre os fatos, mas, como os demais, não apresentaram justificativa capaz de elidir o conteúdo das provas orais, materiais e documentais em que se lastreou o órgão acusatório para formular as imputações específicas e individualizadas contra cada um deles.

Assim é que, na forma explanada na fundamentação da decisão hostilizada, "é induvidoso que, por várias vezes, entre 2001 e 2005, o réu MOACIR recebeu numerário da CODEPE, da qual era dirigente, em montante total superior a R$3.500,00... conclui-se que o réu desviou verbas da empresa municipal, da qual era gerente, sem seu próprio benefício. [-] Isso também aconteceu com a empresa particular de MOACIR. Realmente, a pessoa jurídica Nalton Indústria Mecânica Ltda. recebeu valores da CODEPE... por várias vezes, inclusive, em patamar considerável... O acusado adotou um procedimento que fez com que o dinheiro da empresa municipal chegasse à sua empresa privada. Encaminhou dinheiro público a seu negócio particular, conseguindo benefício patrimonial. [-] Ou seja, desviou recursos públicos em proveito próprio, praticando peculato" (fl. 2175v).

Por outro lado, "MOACIR, GERALDO, JACINTA, PAULO, PEDRO e PATRÍCIA deram indevida destinação a valores e bens da CODEPE, utilizando-os para instituição e manutenção de pessoas jurídicas privadas e entregando-os injustificadamente a pessoas físicas e pessoas jurídicas particulares. Isso ocorreu em variadas circunstâncias, por intermédio de medidas diversas efetivadas pelo grupo criminoso" (fl. 2175v-*infra*).

Ficou demonstrado, também, que "a CODEPE firmou com a ré PATRÍCIA um contrato de mútuo feneratício, no valor de R$18.360,00, para aquisição de um veículo Ford F4000... Está clara a falta de pertinência da transação com as finalidades da empresa municipal. Afinal, concedeu crédito para aquisição de um bem particular, sem qualquer relação com o desenvolvimento e expansão urbanos, habitacionais e de promoção da economia local que incumbiam à CODEPE. O ajuste atendia a um interesse de PATRÍCIA, e não da população" (fl. 2176).

Restou bem demonstrado no curso da instrução, também, que a CODEPE "forneceu valores a outras pessoas e entidades, sem que tivesse assinado, em sua atividade regular, contratos legítimos", estando entre os beneficiários dessas transações, o sentenciado GERALDO TOMAZELA FILHO, bem como GERALDO TOMAZELA, seu pai. E "Não foram encontrados documentos referentes à formalização de vínculos obrigacionais lídimos que motivassem a entrega das quantias" mencionadas (fls. 2176/2176v), nada obstante tenha sido a contabilidade da CODEPE objeto de verificação minuciosa no curso dos trabalhos da Comissão Especial de Inquérito instaurada pela Câmara Municipal de Pereiras, bem como por ocasião das verificações levadas a efeito pelo Tribunal de Contas do Estado (vide fls. 2033/2086).

Acesso ao Sumário

Os documentos trazidos aos autos autorizam a conclusão de que "houve incontáveis negócios suspeitos celebrados pela CODEPE com particulares... a entidade concedeu financiamento a inúmeras pessoas físicas, e diversas delas tinham ligação com os próprios réus, vinculação a órgãos e entidades públicas ou participação na política municipal" (cf. fl. 2176v. – vide, a respeito, os documentos de fls. 1955/2020 do apenso 'Protocolado nº 12.993/05); e isto, como bem observou o i. Promotor de Justiça Roberto de Almeida Salles à fl. 2785- *infra*, sem que a CODEPE houvesse obtido a indispensável permissão do Banco Central do Brasil para atuar no mercado financeiro.

As provas carreadas aos autos evidenciaram, mais, que o contrato de financiamento firmado entre a CODEPE e a empresa "Kakulé" era absolutamente irregular, posto que na ocasião de sua celebração "a CODEPE não mais existia, por haver sido transformada na autarquia denominada SAMASPE... Na data do empréstimo citado a SAMASPE já operava" (fl. 2177). Além disso, "o instrumento não especificava a finalidade do negócio" e, por último, "não se vê qualquer justificativa para a operação... Cuida-se de transação que não guarda qualquer pertinência com as atividades regulares da CODEPE" (tb. fl. 2177).

As provas também revelaram que a CODEPE concedeu crédito de forma indiscriminada para um grande número de pessoas, realizando inúmeras operações que não se compatibilizavam com suas atribuições enquanto empresa pública voltada ao "desenvolvimento" de Pereiras.

Entre essas operações, destaca-se a contribuição dada pela CODEPE para a constituição do capital da empresa privada denominada Kalulé Produtos Alimentícios. Como sobejamente demonstrado, "a CODEPE, comandada por MOACIR, integralizou 51% do capital..., além de prover a empresa com equipamentos para armazenagem de lacticínios. Em 10 de outubro de 2002, os três acusados [o próprio MOACIR, além de GERALDO e PAULO] extinguiram essa associação, sem restituir o montante e os equipamentos" (fl. 2172). Também fizeram parte do quadro associativo da "Kalulé", as apelantes JACINTA e PATRÍCIA, que nela ingressaram formalmente em 2002 e 2003, em substituição aos sócios PAULO e PEDRO, respectivamente (tb. fl. 2172).

Comprovou-se, mais, que em 2004, os apelantes MOACIR e JACINTA constituíram outra pessoa jurídica de direito privado, a Cooperativa Habitacional e Agrícola do Município de Pereiras – COHAPE, a qual, durante o período de sua existência, ocupou a mesma sede da CODEPE, utilizando "bens e dinheiro pertencentes à referida empresa pública, como se fossem próprios... a cooperativa não possuía patrimônio e contava com capital limitado, mas emprestou dinheiro, o que denota o uso de recursos da CODEPE para financiar sua atividade" (fls. 2172-*infra*/2173). Ficou comprovado, aliás, que a CODEPE e a COHAPE compartilhavam o uso dos equipamentos de informática pertencentes à primeira, assim como do *software* de gerenciamento da contabilidade daquela,

o que permitiu que "valores adimplidos por cidadãos para honrar contratos de financiamento e empréstimos firmado com a última [CODEPE] eram desviados em favor da cooperativa e da empresa Kalulé" (fl. 2173).

Efetivamente, do exame dos elementos de convicção relativos às atividades das empresas COHAPE e Kakulé emerge com força inarredável a conclusão de que os denunciados, de forma coordenada e adrede preparada, constituíram referidas pessoas jurídicas de direito privado com o propósito de transferir ou destinar a ambas ativos da empresa pública CODEPE, o que efetivamente lograram fazer ao longo de vários anos, tal como indicado na denúncia.

Não restou dúvida alguma, por outro lado, sobre ter o apelante MIGUEL, na qualidade de Prefeito de Pereiras, sido o responsável pela locação, com o dinheiro do erário municipal, de imóvel destinado a funcionar como sede da empresa Kalulé, tendo desse modo desviado e aplicado indevidamente verbas públicas (fl. 2183).

Cumpre assinalar, em consonância com a fundamentação da decisão hostilizada, que os fatos até aqui mencionados ficaram cabalmente demonstrados pelas provas orais e documentação obtida e examinada pela Comissão Especial de Investigação da Câmara Municipal de Pereiras em 23 de maio de 2005, a qual, depois de regularmente constituída, funcionou até 13 de janeiro de 2006, quando foi encaminhado o seu relatório final à Presidência daquela casa legislativa.

A partir das conclusões exaradas pela Comissão, foram desencadeadas outras investigações, concluindo-se posteriormente que os elementos de convicção obtidos no curso dos trabalhos desenvolvidos pelos ii. Vereadores que a compunham (José Maria Chagas Garcia, Adriana Salvetti Molitor, Eudo Quaresma Martins, Antonio Carlos Gomes da Silva e Marcelo Fraletti) eram válidos e consistentes.

A esse respeito, aliás, o i. juiz *a quo* observou que o laudo pericial elaborado pelo Instituto de Criminalística (fls. 835/837) "atestou a substância das conclusões dos vereadores", ao passo que o Tribunal de Contas do Estado, no julgamento do processo TC-003732/026/-4 (fls. 1676/1691), relativo às contas do Município, afirmou que "o minucioso trabalho feito pela CEI tem respaldo na documentação apensada", culminando por ratificar as constatações "levantadas pela CEI" (fl. 837).

O relatório final da CEI (fls. 1955/2020 do apenso 'Protocolado nº 12.994/06'), de fato, expõe detalhadamente os fatos apurados, apontando os indícios das irregularidades e ilícitos penais praticados pelos apelantes através da CODEPE, a COHAPE, a "Kakulé" e a "Nalton", identificando todos os expedientes utilizados para o desvio e apropriação de verbas e bens públicos. As principais conclusões extraídas pelos membros da CEI foram as seguintes:

Acesso ao Sumário

"1) a gestão da CODEPE não observou as normas de direito administrativo; 2) a companhia municipal participou em empresas privadas sem contar com prévia autorização legislativa; 3) não houve fiscalização municipal sobre a atuação da CODEPE; 4) a COHAPE foi irregularmente constituída, funcionando dentro da sede da CODEPE e utilizando seus bens; 5) os contratos da CODEPE foram fraudulentamente transferidos para a COHAPE; 6) a empresa Kakulé foi constituída com recursos públicos desviados da CODEPE; 7) a Kakulé era gerida, na prática, por MOACIR, e os sócios da pessoa jurídica eram 'testas de ferro'; 8) a Kakulé tomou um empréstimo irregular de R$ 5.578,80 junto à CODEPE; 9) houve inúmeras irregularidades envolvendo empréstimos e financiamentos da CODEPE para particulares, incluindo os réus PATRÍCIA, GERALDO e PAULO, e a Associação dos Produtores de Doces Caseiros (operações sem critério objetivo – crédito concedido em atenção a interesses particulares, desviando das finalidades da empresa –, contratos que não estipulavam encargos financeiros, pactos não formalizados por escrito, instrumentos adulterados e não subscritos por testemunhas, ausência de segunda via dos documentos e negócios celebrados com funcionários da própria empresa pública, cooperados da COHAPE e parentes dos réus MOACIR e MIGUEL); 10) a Central de Processamento de Produtos Agropecuários (associação Kakulé) foi constituída ilegalmente, com recursos provenientes da CODEPE, e os ativos não foram restituídos a ela quando da extinção; 11) dívidas oriundas de empréstimos feitos pela CODEPE foram pagas à Kakulé (alguns, por meio da entrega de bens e produtos), e à COHAPE; 12) não havia controle sobre a execução dos contratos de crédito (inadimplentes não eram cobrados, deixou-se de contabilizar pagamentos, cobrava-se de quem já liquidara o débito e não se outorgava quitação aos que adimpliram a dívida); 13) a CODEPE efetuou vários pagamentos irregulares ao diretor MOACIR e à sua empresa particular, Nalton Indústria Mecânica Ltda.; 14) o contrato de locação do imóvel usado para sede da Kakulé foi firmado pela Prefeitura, sem autorização legal e observância das normas administrativas; 15) o número SISP concedido pela Secretaria Estadual da Agricultura à CODEPE estava sendo usado pelo réu GERALDO e pela Kakulé, na comercialização de seus produtos. Tais conclusões harmonizam-se com os dados extraídos de toda a prova produzida nesta causa" (vide fls. 2185/2185v).

Com o exame dos autos, verifica-se que os apelantes não produziram provas capazes de elidir as acusações que pesavam contra eles.

Como bem ressaltou o i. Magistrado prolator da decisão condenatória (fls. 2186/2186v), "Os documentos que exibiram e os depoimentos tomados não são hábeis a respaldar as alegações de que incorreram irregularidades. Os escritos encartados pelos defensores não demonstram que os sentenciados agiram licitamente por ocasião das ações desenvolvidas". Cite-se, como exemplo, a alegação do apelante MIGUEL de que a locação do imóvel onde funcionaria a

Acesso ao Sumário

sede da "Kakulé" se dera em razão de autorização estampada na Lei Municipal nº 336/93, cujo teor foi informado (v. fls. 1980/1911). Sem embargo da flagrante inconstitucionalidade da norma autorizadora da locação, verificou-se que "não foram observadas, quando da realização da despesa, as regras contidas na Lei nº 336/93, que, dispõe desde logo, no art. 5º, que, caso uma indústria deseje funcionar imediatamente na localidade, a Prefeitura poderá ceder galpão de sua propriedade ou alugar de terceiro, respeitado o prazo e valor máximo ali indicados, e desde que o interessado preencha os requisitos erigidos no art. 6º, dentre outras condicionantes... A Kalulé não pode ser qualificada como empreendimento industrial novo, de origem externa, montado para funcionar imediatamente. Era uma pessoa jurídica criada pelos próprios munícipes – e, diga-se, vários com vínculos com órgãos públicos municipais – para comercialização de laticínios, não havendo nenhuma urgência que motivasse a pronta disponibilização de prédio, pela Administração... O aluguel promovido pelo acusado MIGUEL infringiu o estatuto legal, dando indevida destinação a recursos municipais".

O mesmo se diga com relação às provas orais produzidas pelos ii. Defensores dos sentenciados. Embora as testemunhas tenham feito alusão superficial aos fatos descritos na denúncia, nenhuma delas forneceu informação nova que pudesse contrapor-se ou gerar dúvida acerca do conteúdo dos documentos e exames trazidos aos autos pela acusação, bem como as afirmações feitas pelas testemunhas arroladas na denúncia. A esse respeito, vale destacar a correta assertiva lançada pelo i. Julgador à fl. 2187, no sentido de que "seria mesmo impossível que as palavras das testemunhas infirmassem as conclusões formadas após o exame da documentação existente. Nada do que disseram seria capaz de legitimar ações cuja ilicitude encontra-se desenhada pelo vasto material reunido".

Cumpre assinalar, de resto, que a decisão de procedência não acatou todos os requerimentos da acusação, afastando, com base no artigo 386 do Código de Proc. Penal, as imputações de prática dos delitos do artigo 1º, "caput", inc. V, § 1º, inc. II e § 2º, inc. I, da Lei nº 9.613/98 (inciso II do art. 386), irrogadas contra todos os apelantes, e do artigo 89, da Lei 8.666/93 (inciso III do art. 386), irrogada contra os apelantes MIGUEL TOMAZELA e VALTER GOMES, sem resistência do órgão acusatório, que não se opôs a essa parte – ou a qualquer outra da decisão – por meio do recurso cabível.

Ante os fundamentos ora lançados – que, diga-se, não tem o propósito de sobrepor-se aos contidos na decisão condenatória, mas, primordialmente, o de ressaltar os seus aspectos mais relevantes, inclusive mediante o recurso à reprodução textual[1] – impende concluir que não cabe acatar qualquer dos

Acesso ao Sumário

1 Com esteio no artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça e em consonância com o pacificado entendimento do Supremo Tribunal Federal (ED ARE nº 723.254/SP, Relator Ministro Luiz Fux,

reclamos defensivos, uma vez que, ademais de não padecer o processo de qualquer vício ou irregularidade formal, é inviável o acolhimento da alegação de que o juízo condenatório está fundado em provas insuficientes, posto que estas, ao contrário, além de fartas são claras e consistentes.

No tocante às reprimendas, observo que foram estabelecidas mediante correta – e bem fundamentada – aplicação dos critérios da lei em vigor, inclusive no tocante ao escalonamento da sua dosagem nas três fases aludidas no artigo 68 do Código Penal.

E, sem olvidar que o ato de apelar opera a *devolução* ao Segundo Grau de jurisdição de todas as questões debatidas no juízo originário[2], há que considerar, com ressalva às opiniões em contrário, que excetuadas as hipóteses de teratologia e injustiça clarividente ou, ainda, de clara ofensa aos princípios constitucionais da *proporcionalidade* e da *dignidade da pessoa humana*, incumbe ao Órgão Colegiado, ao examinar as reprimendas impostas em Primeiro Grau, prestigiar a atividade jurisdicional desenvolvida pelo juiz singular, evitando emitir pronunciamento em substituição àquele que não esteja em desacordo com os normais padrões legais e de Justiça, levando em conta, sobretudo, que é o juiz da causa a autoridade que maior proximidade mantém com os agentes criminosos, vítimas e testemunhas do fato, assim como o ambiente em que o crime é praticado, reunindo, portanto, melhores condições para avaliar o peso de cada uma das circunstâncias judiciais no caso concreto, de modo a estabelecer, de acordo com essa avaliação, a quantidade de pena necessária para bem distribuir a Justiça Criminal.

Nesse sentido, aliás, o recentíssimo precedente do E. Superior Tribunal de Justiça:

> *PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. ART. 42 DA LEI DE DROGAS. EXASPERAÇÃO. PRETENSÃO PELA DETRAÇÃO. JUÍZO DA EXECUÇÃO. SENTENÇA ANTERIOR À LEI 12.736/2012. ATENUANTE DA CONFISSÃO. QUANTUM DA DIMINUIÇÃO. DESPROPORCIONALIDADE. SANÇÃO REDIMENSIONADA. **1. A**

Primeira Turma, v.u., j. 14.04.2015, Processo Eletrônico, *DJe* 84; STF, AgR ARE nº 727.030/RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, v.u., j. 19.11.2013, DJe 237; QO-RG AI nº 791.292/PE, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 23.06.2010, Repercussão Geral – Mérito, *Ementário* 2410-6/1289) acerca da compatibilidade da técnica da fundamentação "***per relationem***" com a ordem constitucional.

2 Embora o princípio "*tantum devolutum quantum appellatum*" tenha sido expressamente abraçado pelo legislador com a norma do artigo 599 do Código de Processo Penal, entende a doutrina, com destaque para o escólio de FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO (*Manual de Processo Penal*, 13ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, pág. 866), que os efeitos limitadores da cognição do órgão recursal dele decorrentes, diferentemente do que se dá no Processo Civil, não se manifestam de modo uniforme com relação às partes, eis que, em havendo apelo do órgão acusatório "*o Tribunal tem **toda liberdade para apreciar a sentença, como se fosse uma segunda 1ª instância**, inclusive a parte que não foi objeto do recurso, mesmo porque o Estado, tutelando, como tutela, o direito de liberdade, tem interesse em que o réu não seja condenado iniquamente. Mais ainda: se o Juiz ou Tribunal pode conceder 'habeas corpus' de ofício, por que razão deveria ficar adstrito ao 'tantum devolutum quantum appellatum'*?" [grifei].

Acesso ao Sumário

dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito. *(...). (AgRg no REsp 1552325/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 25/05/2016)* [grifado]

De ser assim que não cabe acatar, também, os pleitos defensivos MOACIR, GERALDO, MIGUEL e PEDRO, no sentido da redução das reprimendas aos mínimos patamares legais (os três primeiros) e da aplicação da menor fração de aumento em face da continuidade delitiva. A majoração das penas-base está lastreada em fundamentação jurídica clara e consistente e a fração de aumento de 1/3 (um terço), correspondente ao ponto médio da escala de aumento estabelecida no artigo 71 do Código Penal, não pode ser considerada excessiva ante "*o elevado número de ações praticadas, os montantes envolvidos e o grau de reprovação das condutas*" (fl. 2191v).

Sem embargo, verifica-se que algumas das infrações imputadas a alguns dos sentenciados já foram alcançadas pela prescrição.

É que, uma vez constatada a ausência de recurso do Ministério Público contra a decisão condenatória, incide o art. 110, §§ 1º e 2º, do Código Penal, com redação anterior à Lei 12.234/10[3], eis que os crimes foram praticados no interstício de 2001 a 2005, que obriga a tomada como parâmetro do cômputo do prazo prescricional os montantes de pena efetivamente impostos em Primeiro Grau.

Assim, levando-se que em conta que transcorreram 4 anos, 10 meses e 21 dias entre a data do recebimento da denúncia (31.8.2009 – fl. 847) e a da publicação da decisão condenatória (21.7.2014 – fl. 2215v.), bem como o disposto no artigo 109, V, do Código Penal, conclui-se que as sanções impostas MIGUEL, GERALDO, JACINTA, PEDRO, PAULO e PATRÍCIA, em razão dos delitos do artigo 1º, inciso III, do Dec-lei 201/67 (apenas MIGUEL) e 288 do Código Penal (os demais), correspondentes a 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de detenção e dois (2) anos de reclusão, já estão prescritas.

E, tratando-se a prescrição de matéria de *ordem pública*, há que ser declarada extinção da punibilidade dos fatos correspondentes nesta oportunidade, independentemente de requerimento expresso dos respectivos defensores.

Uma vez prescritas as penas relativas aos delitos acima, permanecem os sentenciados GERALDO, JACINTA, PEDRO, PAULO e PATRÍCIA com penas a cumprir de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto

Acesso ao Sumário

3 Artigo 110 do Código Penal: *"§ 1º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada; § 2º - A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa*".

(conforme decisão, fl. 2214), pela prática do delito do artigo 312 do Código Penal.

Em que pese enquadrar-se essa quantidade de pena no parâmetro quantitativo máximo estabelecido no inciso I do artigo 44 do Código Penal, bem como enquadrar-se o tipo penal do peculato nos parâmetros qualitativos estabelecidos na mesma norma legal, é forçoso concluir que os sentenciados não fazem jus ao benefício da substituição das suas penas corporais por restritivas de direitos por ausência dos requisitos do inciso III desse artigo 44.

Afinal, o i. Julgador de Primeiro Grau, ao apreciar o grau de *culpabilidade* desses sentenciados, assim como os *motivos e circunstâncias* dos delitos que praticaram (com vistas a justificar a exasperação de suas reprimendas com base no artigo 71 do Código Penal – fls. 2211/2212), asseverou que "os acusados promoveram múltiplos desvios de ativos municipais, na mesma época. Foram incontáveis atos irregulares, incluindo pagamentos de quantias variadas a particulares, custeio indevido de serviços e produtos em benefício de entidades privadas e utilização imprópria de bens públicos... tomando em conta o elevado número de ações praticadas, os montantes envolvidos e o grau de reprovação das condutas, elevo em 1/3 as penas..." (fl. 2212).

Claro está, portanto, que GERALDO, JACINTA, PEDRO, PAULO e PATRÍCIA não fazem jus aos benefícios do artigo 44 do Código Penal.

De fato, no exame do cabimento da substituição da pena corporal por sanções alternativas, tal como previsto na Lei 9.714/98, há que considerar que referido diploma legal foi introduzido no ordenamento jurídico com o fim de evitar o encarceramento nas situações em que se pode vislumbrar caminhos alternativos para a busca dos fins do Direito Penal. Não como uma licença indiscriminada para não punir.

Ao elaborar a Lei 9.714/98 ("Lei das penas alternativas"), o legislador brasileiro nada mais fez do que modernizar o sistema de penas do longevo Código Penal, nele introduzindo as modernas alternativas penais experimentadas nas últimas décadas em diversos países, as quais vêm sendo adotadas gradativamente por toda a comunidade internacional como resultado do trabalho da Organização das Nações Unidas em prol de sua propagação (com destaque para a elaboração das "Regras de Tóquio") pelos sistemas jurídicos de todo o planeta (nesse quadro cabe também destacar a tendência recente de uniformização das legislações penais dos países democráticos, no sentido de englobar institutos oriundos do direito da "Common Law" e do nosso sistema "romano-germânico" voltados a despenalização de algumas condutas menos graves, a substituição das penas corporais por penas alternativas e, ainda, a humanização das penas corporais)[4].

Acesso ao Sumário

4 Segundo EVANGELISTA DE JESUS, Damásio, Regras de Tóquio – Comentários às Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as medidas Não-privativas de liberdade, Introdução. São Paulo: Edições Paloma, 1998, págs. 27 e 29, a preocupação da Organização das Nações Unidas em adotar as tais "regras de

Sem dúvida foram essas inovações – que ocupam espaço importante na Polícia Criminal hodierna – que inspiraram as reformas legislativas que introduziram as novas alternativas e critérios de aplicação das penas (ressalte-se o avanço trazido pelas Leis 9.099/95 e 9.714/98), especialmente com relação às infrações de menor gravidade, de acordo com parâmetros estabelecidos claramente em lei e com participação do órgão acusatório.

Não devem, porém, as mencionadas tendências, ser interpretadas segundo uma visão geral e absoluta, voltada à supressão ou redução extremada dos mecanismos de proteção social que implicam no afastamento do indivíduo do convívio social[5].

Ao contrário, paralelamente à expansão dos institutos alternativos à prisão, se vem observando nos últimos anos, impulsionada pela grande disseminação da criminalidade transnacional gerada pela "globalização", uma tendência ao enrijecimento das sanções de privação da liberdade para determinados delitos, como os de tráfico de entorpecentes, sequestros etc., acompanhada de uma reavaliação dos objetivos que se pode alcançar com tal espécie de sanção.

A esse respeito, CLAUS ROXIN[6], enfocando a evolução do Direito Penal a partir de 1975, observa que "*no âmbito dos fins da pena tem prevalecido a teoria da prevenção geral em grande parte da doutrina... porque uma concepção da pena orientada a correção individual não se concilia bem com a tendência de minimizar os riscos na sociedade. Os eventuais déficits de personalidade do autor individual, frequentemente difíceis de identificar neste âmbito, têm desde logo um papel mais limitado que o asseguramento da sociedade em seu conjunto. Ademais, as pretensões ressocializadoras tampouco têm conseguido até o momento resultados convincentes com os autores dos delitos clássicos, tradicionais, como por exemplo o furto, os delitos violentos e delitos sexuais. Isso conduz facilmente a resignação e ao retorno à prevenção geral, cujo êxito, é verdade, tampouco é demonstrável em sentido estrito, mas ao menos, em termo de uma teoria do cotidiano, é plausível desde o ponto de vista da garantia de uma segurança mínima suficiente para a sociedade*".

E, como acrescenta ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA[7],

Tóquio" derivou principalmente da conclusão de que "a cadeia deve ser reservada àqueles que pratiquem delitos mais graves e sejam perigosos"; que "A prisão, que por si mesma é dispendiosa, acarreta outros custos sociais"; e que "é melhor impor sanções e medidas não-privativas de liberdade como condição para que as penas sejam proporcionais ao delito cometido pelo delinquente e propiciem maiores possibilidades de reabilitação e reinserção construtiva na sociedade".

5 De fato, não parece que prosperam as propostas "minimalistas" ou "abolicionistas" como as preconizadas por LUIGI FERRAJOLI em *Derecho y Razón - Teoría del garantismo penal*. 3ª ed - *versión española* (título original "Diritto e ragione - Teoria del garantismo penale"). Valladolid: Ed. Trotta, 1998.

6 *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2000, pág. 28.

7 *Criminología – Una Introducción a sus fundamentos teóricos para Juristas*", 3a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, op. cit., págs. 65-66.

Acesso ao Sumário

desde os anos setenta vem se formando na doutrina – nos países anglo-saxões, em particular – um consenso em torno da ideia de que a ressocialização (antes apresentada como objetivo a ser perseguido com a privação da liberdade do agente do crime) é utópica e por isso não deve ser vista como fundamento principal da pena[8].

Deflui-se de tudo, portanto, que o novo enfoque jurídico-penal que deriva do movimento (como dito, produzido nas últimas três décadas) em prol da reavaliação dos fins das sanções penais de privação de liberdade, se estabiliza no sentido de priorizarem-se as finalidades de prevenção geral (defesa social) em detrimento da prevenção social (ressocialização do agente), fundamentando a introdução de mecanismos de mediação/conciliação (por meio da transação penal, reparação do dano etc.) para os delitos de menor gravidade social e, ao mesmo tempo, o enrijecimento da resposta estatal para os que atentam de modo mais contundente à paz e segurança da coletividade.

Daí não ser possível equiparar o movimento em prol da redução da interferência do Direito Penal (por meio da "descriminalização" de algumas condutas ou o abrandamento das sanções de privação de liberdade e introdução de penas alternativas), quer ao mencionado "abolicionismo", quer a outras manifestações extremadas que afloram naturalmente no curso do debate travado nesse campo, fazendo-se necessária a crítica àqueles que, inclinados a uma compreensão simplificada da dinâmica da evolução do Direito Penal, trilham o caminho da generalização dos conceitos, estendendo a cultura do abrandamento dos limites da repressão aos delitos de qualquer espécie, praticados por agentes que atuam com culpabilidade acentuada, praticando infrações que provocam consequências (diretas ou indiretas) a número significativo de pessoas, em relação a resposta estatal deve ser minimamente capaz de sensibiliza-los a ponto de gerar a expectativa da não reincidência, bem como de produzir o efeito comunicativo de que a norma penal violada continua vigente e deve ser observada.

No caso em apreço, portanto, ante estas considerações e as lançadas pelo r. juízo *a quo* acerca da culpabilidade e demais requisitos do inciso III do artigo 44 do Código Penal, impende concluir que o benefício da substituição das penas corporais dos sentenciados JACINTA, PATRÍCIA, PAULO, PEDRO e GERALDO não é suficiente para atender os fins que presidem a Distribuição da Justiça Criminal, devendo, pois, ser negado.

Ante todo o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao apelo defensivo de **MOACIR TOMAZELA**, bem como **DECLARO, DE**

Acesso ao Sumário

8 No mesmo sentido SANTIAGO MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal - Parte General*, 5ª ed. Barcelona: Ed. Reppertor, 1998, pág. 56, para quem "*em relação aos delinquentes convictos, políticos, terroristas, não é cabível a tentativa de persuasão pela força de um tratamento. Ademais, em um Estado democrático, a ressocialização nunca deve ser obtida contra a vontade do condenado*".

OFÍCIO, EXTINTA A PUNIBILIDADE de ambos os crimes praticados por **MIGUEL TOMAZELA** (artigos 288 do Código Penal e artigo 1º, inciso III, do Dec-lei 201/67), bem como a dos crimes de quadrilha ou bando (art. 288 do CP) praticados por **GERALDO TOMAZELA FILHO, JACINTA DE FÁTIMA DA SILVA BATISTA, PAULO ALBINO THEOPHILO JÚNIOR, PATRÍCIA DA CONCEIÇÃO SOARES** e **PEDRO ALVES SILVEIRA JÚNIOR**, ficando estes últimos cinco acusados, em consequência, condenados em definitivo ao cumprimento, individualmente, de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 20 dias-multa (no valor unitário de 1/10 do salário mínimo), mantendo, no mais, a r. decisão hostilizada.

Por força do decidido pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 126.292[9] e, mais recentemente, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43[10], uma vez encerrado o julgamento, providencie-se de imediato as comunicações necessárias para que se dê início ao cumprimento das penas, expedindo-se, inclusive, os competentes mandados de prisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009449-28.2013.8.26.0292, da Comarca de Jacareí, em que é apelante MARCELO SOARES MOREIRA, é apelado 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: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto por Marcelo Soares Moreira, para decretar a nulidade do processo apenas em relação ao crime previsto no art. 12, § 2º, da Lei nº 9.609/98, desde o início, tendo em vista a ilegitimidade de parte, declarando, na sequência, a extinção da punibilidade do réu por esse delito, tendo em vista a decadência, nos termos do art. 107, inciso IV, do Código Penal. Mantém- se, no

9 Ementa: 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. 1. 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. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016)

10 Decisão: "O Tribunal, por maioria, indeferiu a cautelar, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, e, em parte, o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 05.10.2016" (ADC nº 43, Rel. o Min. MARCO AURÉLIO, j. em 05.10.2016 - ATA Nº 29, de 05/10/2016. DJE nº 216, divulgado em 07/10/2016).

mais, a condenação do réu ao cumprimento da pena de 03 anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, além do pagamento de 20 dias-multa, no piso, como incurso no art. 184, § 2º, do Código Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.825)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente), JUVENAL DUARTE e JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN.

São Paulo, 1º de dezembro de 2016.

SÉRGIO RIBAS, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Violação de direito autoral – Recurso da defesa – Preliminarmente, de rigor decretar a nulidade processual apenas em relação ao crime previsto no art. 12, § 2º, da Lei nº 9.609/98, desde o início, tendo em vista a ilegitimidade de parte, declarando, na sequência, a extinção da punibilidade do réu por esse delito, tendo em vista a decadência, nos termos do art. 107, inciso IV, do Código Penal.

Mérito – Absolvição com fulcro no princípio da adequação social – Inaplicabilidade de tal postulado – Incidência da recente Súmula nº 502 do C. STJ – Absolvição com esteio no princípio da insignificância – Não cabimento – A conduta do réu é socialmente reprovável – Além disso, a aplicação de tal princípio estimularia a reiteração criminosa – Absolvição por inexigibilidade de conduta diversa – Inviabilidade – Réu que poderia se valer de outros meios lícitos para sustentar a si próprio e a sua família – Absolvição tendo em vista que as falsidades seriam grosseiras – Impossibilidade – O fato de serem grosseiras não lhes retira a qualidade de cópias, falsificações, com o consequente surrupiamento dos direitos autorais – Condenação de rigor – Pena bem dosada – Recurso defensivo parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação criminal, interposta por Marcelo Soares Moreira, contra a r. decisão de fls. 134/138, cujo relatório se adota, acrescentando-se que ao julgar procedente a ação penal, condenou o réu ao cumprimento da pena de

03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, mais ao pagamento de 23 (vinte e três) dias-multa, no piso, como incurso no art. 184, § 2º, do Código Penal, e art. 12, § 2º, da Lei nº 9.609/98, na forma do art. 70 do Código Penal.

Inconformada, recorre a ilustre defesa, com razões de apelação a fls. 143/150, nas quais requer a absolvição do réu com fulcro nos princípios da adequação social e insignificância, porque as cópias seriam grosseiras ou em razão da inexigibilidade de conduta diversa. Quanto ao crime previsto no art. 12 da Lei nº 9.609/09, sustenta a ilegitimidade de parte. Subsidiariamente, pretende o abrandamento das penas e a fixação de regime prisional mais brando.

Recurso regularmente processado e contrariado pelo Ministério Público (fls. 152/153).

Nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se a fls. 161/168, apresentando parecer pelo parcial provimento do recurso defensivo, a fim de que seja anulado o processo em relação ao crime previsto no art. 12, § 2º, da Lei nº 9.609/98, por ilegitimidade de parte, com a consequente extinção da punibilidade do agente pela decadência.

É o relatório.

Consta da denúncia que, no dia 25/05/2013, por volta das 09h50min, na Rua Miguel Leite do Amparo, defronte ao nº 240, Centro, na Cidade de Jacareí, Marcelo Soares Moreira adquiriu, tinha em depósito e expôs à venda, com o intuito de lucro direto, cópias de obras intelectuais e fonogramas reproduzidos com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante e do direito do produtor de fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente, consistentes em 556 CDs de músicas de cantores diversos e 2.897 DVDs de diversos filmes e shows.

Consta, também, que, nas mesmas condições de tempo e lugar, Marcelo Soares Moreira adquiriu, tinha em depósito e expôs à venda, para fins de comércio, cópias de programa de computador, produzidas com violação de direito autoral, consistentes em 269 DVDs de jogos Playstation II.

Estes são os fatos.

Preliminarmente, o processo é nulo, desde o início, no que se refere à condenação pelo crime previsto no art. 12, § 2º, da Lei nº 9.609/98, uma vez que o Ministério Público é parte ilegítima para a ação penal, conforme § 3º do artigo em análise.

É cediço que os jogos na plataforma Playstation são programas de computador (software), pois uma vez instalados permitem a execução das atividades previamente programadas.

Portanto, estão regidos pelo art. 12, § 2º, c/c art. 3º, da Lei nº 9.609/98, cuja titularidade da ação penal é privada.

Acesso ao Sumário

Assim, o Ministério Público é parte ilegítima para a ação penal, sendo necessário o reconhecimento da nulidade do processo, declarando, por conseguinte, a extinção da punibilidade do apelante em razão da decadência.

Por oportuni, cabe registrar que sequer há condição de procedibilidade da ação penal contras o apelante, por crime de sonegação fiscal.

Isso porque os crimes contra a ordem tributária têm natureza de crimes materiais, somente consumando-se e tipificando-se após o encerramento de todo o procedimento administrativo, com o lançamento definitivo da exação tributária, conforme determinação da Súmula Vinculante nº 24 do STF. E nos autos, não existe qualquer informação acerca do lançamento definitivo do tributo.

Feitas essas considerações, conclui-se que a exceção à regra da titularidade da ação penal, constante nos incisos do § 3º, do art. 12, da Lei nº 9.609/98, não é aplicável ao presente caso.

Sendo assim, de rigor anular o processo, "ab initio", apenas em relação ao delito do art. 12, § 2º, da Lei nº 9.609/98, declarando, na sequência, extinta a punibilidade do agente por esse crime, em razão da decadência, nos termos do art. 107, inciso IV, do Código Penal.

No mérito, não há que se falar em absolvição do crime previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal, muito menos em abrandamento da pena ou em modificação do regime prisional.

A materialidade do delito de violação de direito autoral encontra-se demonstrada pelo boletim de ocorrência, pelo auto de exibição e apreensão, pelo laudo pericial referente às mídias apreendidas, pela resposta do ofício da ABES, pela resposta do ofício da APCM, bem como pela prova oral.

A autoria delitiva também restou inconteste, especialmente pelos depoimentos dos milicianos e pela confissão espontânea do acusado.

Não há que se falar em absolvição por não identificação dos titulares dos direitos supostamente violados, e pelo fato de o laudo ter sido realizado por amostragem.

Acesso ao Sumário

Em sede de crimes contra a propriedade intelectual, é desnecessária a identificação de todos os titulares dos direitos autorais ultrajados, podendo, inclusive, ser feita perícia por amostragem no material apreendido, isso porque a infração penal tratada nestes autos procede- se mediante ação penal pública incondicionada, isto é, independentemente da vontade dos sujeitos passivos. Em suma, identificando-se ou não todos os titulares, é certo que a prova dos autos (laudo pericial e depoimentos testemunhais) ratifica a falsidade de todos os CDs e DVDs encontrados em poder do agente.

Nesse sentido:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.

VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS. ARTIGO 184, § 2.º, DO CÓDIGO PENAL. PROVA DA MATERIALIDADE. DESNECESSIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DAS SUPOSTAS VÍTIMAS DO CRIME. PERÍCIA DO MATERIAL POR AMOSTRAGEM. POSSIBILIDADE. É dispensável a identificação das supostas vítimas para a configuração do delito de violação de direito autoral. Dessa forma, não há se falar em ausência de prova da materialidade quando a perícia - mesmo que feita por amostragem - realizada sobre os aspectos externos do material apreendido comprova a falsidade do produto (precedentes). Agravo regimental desprovido" (STJ – Rel. Ministro Felix Fischer – 5ª Turma – AgRg no REsp nº 1451608/SP – DJe 05/06/2015).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO A DIREITO AUTORAL. PERÍCIA. ELEMENTOS EXTERNOS. IDENTIFICAÇÃO DAS VÍTIMAS. EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. DESNECESSIDADE. 1. A Lei nº 10.695/2003 previu novas regras para a apuração nos crimes contra a propriedade imaterial, prescindindo de maiores formalidades o laudo pericial. 2. É possível a realização da perícia com base nas características externas do material apreendido, não sendo necessária a catalogação dos Cd's e DVd's, bem como a indicação de cada título e autor da obra apreendida e falsificada, mesmo porque o delito se procede mediante ação penal pública incondicionada. 3. O reconhecimento da validade da prova pericial não implica em exame aprofundado de provas, vedado em especial, a teor da Súm. 7/STJ. 4. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ – Rel. Ministro Walter de Almeida Guilherme (Desembargador Convocado do TJ/SP – 5ª Turma – AgRg no AREsp nº 276128/MG – DJe 08/10/2014).

Ressalta-se, também, que é inaplicável o princípio da adequação social ao crime em comento. O fato de, muitas vezes, haver tolerância das autoridades públicas em relação a tal prática, não pode e não deve significar que a conduta não seja mais tida como típica, ou que haja exclusão de culpabilidade, razão pela qual, pelo menos até que advenha modificação legislativa, incide o tipo penal, mesmo porque o próprio Estado tutela o direito autoral. É o entendimento contido na Súmula nº 502 do STJ.

Confira-se, também, precedente da mesma Corte:

"O Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.193.196/MG, ocorrido em 26/9/2012, pacificou o entendimento de que o princípio da adequação social não se aplica aos crimes previstos no art. 184, § 2º, do Código Penal. Súmula 502 do STJ" (STJ – Relator Ministro Rogério Schietti Cruz – 6ª Turma – HC nº 280026/SP – DJe 02/03/2015).

Melhor sorte não assiste à defesa quanto à aplicação do princípio da insignificância.

Acesso ao Sumário

Isso porque a proteção aos direitos autorais e correlatos está estampada não apenas no Código Penal Brasileiro, como também em Lei Específica (nº 9610/98) e em nossa Constituição Federal, quando da proteção aos direitos e garantias individuais, mais especificamente em seu art. 5º, incisos XVII e XVIII. Evidente, assim, não se tratar de conduta insignificante aos olhos da lei, ou mesmo a ponto de não merecer tutela penal, vez que sua importância fê-la, inclusive, merecer proteção em vários âmbitos normativos. Acrescenta-se aqui que a sociedade não demonstra interesse social em legalizar condutas como a tipificada pelo art. 184, §2º do CP, que não raro fomentam outros delitos, quiçá até mais graves, envolvendo inclusive organizações criminosas.

Soma-se a isto que, segundo orientação adotada por esta C. Câmara, a par da maciça divulgação pela mídia de que a venda de produtos piratas caracteriza crime, o aludido princípio da insignificância é criação doutrinária não agasalhada pela legislação pátria.

Nesse sentido:

"De início, porém, emerge incogitável a absolvição pretendida, porque o artigo 184 do Código Penal está inserto no Título referente aos crimes contra a propriedade imaterial e tem como objetivo tutelar o direito do autor ou de terceiro, sobre a obra intelectual, independentemente da quantidade ou do valor econômico dos produtos reproduzidos sem a devida autorização, tudo em conformidade com o disposto no artigo 5º, caput, da Constituição Federal, sem olvidar que o princípio da insignificância sequer foi admitido pela legislação penal pátria" (TJSP – Rel. Des. Juvenal Duarte – 5ª Câmara Criminal – Apelação nº 0016558-34.2011.8.26.0302 – j. 11/06/2015).

Ademais, não se encontra presente a causa de exclusão da culpabilidade inexigibilidade de conduta diversa.

Embora o apelante tenha justificado a prática criminosa, para sustento próprio e da família, esta justificativa não caracteriza – inexigibilidade de conduta diversa.

Isto porque não há que se falar em inexigibilidade de conduta diversa quando o agente pode obter o mesmo resultado de outra forma (lícita), sem atacar direitos de outrem.

Além disso, na espécie, nenhum indício existe a evidenciar que o apelante se encontrava em situação de risco iminente, que justificasse a venda de DVDs, produzidos com violação de direito autoral, muito menos que a prática deste delito seria o único meio para afastar a situação de risco.

Como se vê, tratou-se apenas de uma opção do apelante na busca de uma forma de sustento de sua família.

Por fim, como bem consignado na r. sentença, tampouco o argumento da atipicidade formal da conduta, por se tratar de supostas "cópias grosseiras",

Acesso ao Sumário

é cabível. O fato de serem grosseiras não lhes retira a qualidade de cópias, falsificações, com o consequente surrupiamento dos direitos autorais.

Por tudo o que foi aduzido, a condenação de Marcelo Soares Moreira, como incurso no art. 184, § 2º, do Código Penal, era mesmo medida de rigor.

No tocante à dosimetria, não há o que reparar, porque bem fundamentadas pelo Juízo "a quo".

Na primeira fase, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em 03 anos de reclusão e 20 dias-multa, no piso, tendo em vista que o réu possui antecedente pelo mesmo crime ora tratado.

O maior rigor na dosimetria justifica-se, tendo em vista que o acusado já foi apenado e não absorveu a terapêutica penal, restando claro que apenas irá abandonar a criminalidade caso seja rigorosamente punido.

Na fase seguinte, a agravante da reincidência foi compensada com atenuante da confissão, restando definitivos 03 anos de reclusão e 20 dias-multa, no piso.

Nesta senda, a reprimenda não comporta modificações.

Por fim, diante dos antecedentes e da reincidência do apelante, correto o regime inicial semiaberto.

Via de consequência, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto por Marcelo Soares Moreira, para decretar a nulidade do processo apenas em relação ao crime previsto no art. 12, § 2º, da Lei nº 9.609/98, desde o início, tendo em vista a ilegitimidade de parte, declarando, na sequência, a extinção da punibilidade do réu por esse delito, tendo em vista a decadência, nos termos do art. 107, inciso IV, do Código Penal. Mantém-se, no mais, a condenação do réu ao cumprimento da pena de 03 anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, além do pagamento de 20 dias-multa, no piso, como incurso no art. 184, § 2º, do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0025174-83.2009.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados ROBERTO PEREIRA DA SILVA e EDISON LEME.

ACORDAM, em 8ª Câmara Criminal Extraordinária 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 24314)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) e CARLOS MONNERAT.

São Paulo, 6 de dezembro de 2016.

EDISON BRANDÃO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITOS – DESVIO DE RENDA PÚBLICA – Sentença absolutória calcada em insuficiência de provas – Pleito condenatório – Acolhimento – Autoria e materialidade delitivas nitidamente delineadas nos autos – Confissão parcial afinada com as palavras das testemunhas – Dolo configurado – Condenação de rigor – Dosimetria – Circunstâncias judiciais desfavoráveis – Elevação da pena-base – Regime prisional intermediário – Desnecessidade – Perda dos cargos públicos – Efeito da condenação – Recurso ministerial parcialmente provido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto pela representante do Ministério Público contra a r. sentença de fls. 693/704 que, por insuficiência de provas, **ABSOLVEU** Roberto Pereira da Silva e Edison Leme da acusação de terem infringido o art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/67.

Consta da denúncia, resumidamente, que no dia 03 de janeiro de 2007, ROBERTO, na qualidade de prefeito, e EDISON, funcionário público que exercia o cargo de diretor de finanças, agindo em concurso e com unidade de desígnios, desviaram, em proveito alheio, R$ 7.908,00 pertencentes ao patrimônio do município de Biritiba Mirim. Apurou-se que EDISON, tio do prefeito, determinou que os funcionários do setor de finanças, que comandava, realizassem fraude no preenchimento de cheques emitidos para diversos pagamentos, burlando as exigências das Leis 4.320/64 e 9.069/95, bem como do DL 200/67, que proíbem a emissão de ordem de pagamento (cheque) mediante título ao portador. Para tanto EDISON orientou seus subordinados a colocarem um papel em branco sobre o nome do beneficiário e, com isso, ao escreverem sobre ele, marcarem apenas na via carbonada o nome do beneficiário. Assim, as cártulas emitidas ao portador eram assinadas pelos réus e, posteriormente, descontadas na boca do caixa ou, como no caso específico dos autos, em que o cheque cuja cópia constava ter sido emitido para pagamento de ordem de pagamento nº 26/2007, em favor de "New Quality Comercial e Distribuidora

Acesso ao Sumário

Ltda. Me", foi sacado por Wilson Roberto de Oliveira, que se beneficiou com o valor desviado (fls. 01d/04d).

Inconformada com o *non liquet*, a zelosa Promotora de Justiça busca a condenação dos réus nos exatos termos da denúncia, com exasperação da reprimenda, afastamento de eventual substituição da pena corporal por restritiva de direitos e perda do cargo público (fls. 709/722).

Ofertadas as contrarrazões (fls. 734v/735 e 742v/749), a Douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo provimento do recurso e consequente condenação de ambos por infração ao art. 1º, I, do DL 201/67, c.c. art. 29, *caput*, do Código Penal (fls. 754/763).

Relatei.

Não há dúvida alguma da materialidade delitiva, consubstanciada na cópia do cheque (fls. 40/41), na nota de ordem de pagamento (fls. 42), controle de execução orçamentária (fls. 43), cópia do contracheque (fls. 155), solicitação de empenho prévio na prefeitura (fls. 168), execução orçamentária (fls. 170), nota de ordem de pagamento (fls. 171) e, por fim, a nota fiscal referente à compra de 60 conjuntos de carteiras e cadeiras escolares (fls. 172v).

A autoria, *data maxima venia* do entendimento do culto magistrado de piso e malgrado o esforço defensivo, restou comprovada.

Ouvido na Polícia, EDISON explicou ter assumido a Diretoria de Finanças no primeiro dia do mandato de seu sobrinho ROBERTO, em 1º/01/2001 e, a partir de 2007, ter perdido o controle da administração, inclusive por conta do pagamento em dinheiro da "frente de trabalho", que era formada por pessoas com pouca instrução, algumas analfabetas e com dificuldade de abrirem conta corrente. Especificamente em relação aos fatos aqui tratados, lembra-se que o cheque nº 000746 do Banco do Brasil foi emitido para o pagamento da empresa New Quality que fornecia materiais de escritório e era representada pela mesma pessoa que representava a empresa Ellos e, talvez por isso, constou o nome da segunda como beneficiária da cártula, que provavelmente foi emitida ao portador a pedido do próprio representante. Afirmou, ainda, que ROBERTO tinha pleno conhecimento de suas ações para o repasse de verbas, bem como dos saques indevidos que realizou, pois ele, bem como o sucessor na prefeitura, não queria correr o risco de emitir cheque pessoal como garantia das dívidas com compras e respondiam: "*se vira e paga*" (*sic*) (fls. 136/138).

ROBERTO, por seu turno, afirmou que se limitava a assinar os cheques que lhes eram apresentados por auxiliares, inclusive EDISON, desconhecendo se algum foi sacado diretamente na boca do caixa por funcionários ou, ainda, depositados nas contas de terceiros, jamais tendo notícia ou sequer desconfiança de qualquer irregularidade (fls. 150/151).

Wilson esclareceu atuar como representante comercial das empresas

Acesso ao Sumário

New Quality e Ellos, tendo recebido o cheque em questão para pagamento da primeira, mas como o destinatário estava em branco acabou efetuando o depósito na conta da segunda, fato que considera normal. Esclareceu, contudo, que apesar de ter solicitado reiteradas vezes o fornecimento de cópia da nota fiscal da venda junto à Prefeitura, não obteve êxito. Disse, por fim, nunca ter estranhado o recebimento de cheques ao portador (fls. 158). Em juízo explicou que a representação da New Quality era informal e, para receber o pagamento do que vendia em nome dela, recebia uma autorização formal para retirada do cheque que, assim como a nota fiscal, não foi juntada aos autos (CD – fls. 563).

José Gilberto de Lima Serafim, embora confirmando que Wilson trabalhava como representante comercial de sua empresa e saber que ele representava também a "Ellos", esclareceu que a New Quality comercializava produtos de limpeza, lembrando-se de uma única venda à prefeitura de Biritiba Mirim, na qual Wilson lhe pagou em dinheiro pelos produtos, depois de descontada a comissão dele (fls. 197/198), repetindo a mesma narrativa em juízo (CD fls. 551).

Marcos Aparecido de Melo, assim que nomeado Procurador Geral do Município em 2009, tomou ciência de um expediente no Tribunal de Contas em razão da reprovação das contas de 2007 em razão de emissão fraudulenta de cheques e, logo depois, foi procurado por um membro do Ministério Público solicitando providências a respeito dos fatos, tendo instaurado procedimento administrativo durante o qual ouviu diversos funcionários da Secretaria de Finanças da época em que ROBERTO era Prefeito. Nestas oitivas diversos funcionários relataram que os pagamentos da maioria dos credores eram feitos por cheques preenchidos com máquina de escrever e não de forma eletrônica, oportunidade em que era colocada uma fita sobre o nome do beneficiário de modo que a identificação ficava somente na via carbonada, mantendo a cártula original "ao portador". Com base em tal informação requereu cópias às instituições financeiras, constatando que alguns dos cheques continham RG e CPF de servidores que efetuavam saque. Outros cheques (como aconteceu no presente caso) foram pagos para empresas diferentes das que constavam no processo original e, inclusive, algumas delas nem eram credoras da prefeitura. Os funcionários, na maior parte comissionados, efetuavam os saques com medo de perderem o cargo e, na sequência, entregavam o dinheiro a EDISON, que era o diretor financeiro e, inclusive, ao próprio prefeito ROBERTO. Os servidores disseram, ainda, que EDISON e ROBERTO guardavam no bolso o dinheiro que entregavam, nenhum tendo comentado que fosse utilizado para o pagamento de funcionários ou credores. A funcionária que mais cheques emitiu foi Marília que, inclusive, comentou que durante auditoria do funcionário do Tribunal de Contas a ordem era emitir os cheques fraudulentos apenas durante o horário de almoço dele. Todos os funcionários ouvidos foram unânimes em relatar que o

Acesso ao Sumário

procedimento de preencher os cheques utilizando uma fita para encobrir o nome do beneficiário foi ensinado por EDISON (fls. 503/508).

Marilia de Fátima Cardoso, embora não tenha se lembrado do caso específico aqui tratado, confirmou o modo de preenchimento dos cheques de forma que ficassem ao portador, embora na cópia constasse um nome. Explicou não ter desconfiado de qualquer irregularidade, pois este foi seu primeiro emprego e os cheques eram assinados por EDISON e pelo prefeito ROBERTO. Ela confirmou, ainda, ter apreendido a técnica com EDISON, não a estranhando, pois outros funcionários faziam o mesmo (fls. 509/511).

Pedro de Miranda de Souza Filho foi funcionário da prefeitura por 28 anos e lembrou que durante a gestão do prefeito ROBERTO começaram a ser emitidos cheques ao portador que eram sacados e, com o dinheiro, eram feitos "acertos na prefeitura". Explicou ter alertado EDISON sobre a ilegalidade de tal conduta, oportunidade em que ele o ofendeu e ameaçou dizendo que teria que pedir demissão ou mudar de departamento caso não aceitasse o procedimento, que acabou praticando dezenas de vezes, sempre entregando o dinheiro ao seu chefe. Algumas vezes levou os cheques para o prefeito assinar, tendo alertado ROBERTO sobre a incorreção da ausência do nome do beneficiário nos cheques, ocasião em que ele afirmou que o problema era de EDISON, que sabia o que estava fazendo. Numa das vezes que efetuou saque na boca do caixa tentou entregar o dinheiro a EDISON que disse estar ocupado e pediu que entregasse a ROBERTO para que ele pagasse por uma festa que se realizou na cidade. Nesta ocasião entregou o dinheiro e ROBERTO disse que já sabia do que se tratava. Pedro confirmou, por fim, que a cópia era arquivada com a nota fiscal e respectivo processo de pagamento, de modo que se alguém fosse verificar entenderia que o respectivo serviço ou produto havia sido pago (fls. 512/516).

Maria Ivonete da Cunha Leite veio em defesa de EDISON, mas também confirmou o procedimento de encobrir o nome do beneficiário para que os cheques pudessem ser sacados na boca do caixa e o dinheiro entregue a EDISON, que o utilizava para o pagamento de fornecedores e contas. Asseverou, ainda, que os cheques eram assinados também pelo prefeito ROBERTO que, por isso, devia saber o modo como os cheques eram emitidos e sacados (fls. 517/520).

José Roberto Provinciano admitiu que alguns dos cheques que recebia como gerente da Viação São Benedito pela prestação de serviços à prefeitura vinham ao portador (fls. 521/522).

Em juízo ROBERTO afirmou não ter certeza que a assinatura constante do cheque objeto da presente ação era dele e que não reparava se os cheques estavam sem o nome do favorecido, pois os assinava "na pressa", desconhecendo o procedimento utilizado para a emissão de cheques ao portador. Negou, ainda, ter sido avisado sobre a emissão de cheques desta maneira ou ter recebido

Acesso ao Sumário

valor referente a qualquer cheque sacado. Disse ter nomeado seu tio EDISON porque ele tinha experiência e já tinha trabalhado em dois mandatos em outra prefeitura, confiando plenamente nele. Negou ter dado ordem verbal ou escrita para a emissão de cheques ao portador ou ter colocado bilhetes nos cheques que assinava (fls. 523/526).

EDISON confirmou ter assinado o cheque emitido em favor da New Quality que acreditava pertencer a Wilson, elucubrando que ele deve ter pedido para receber em dinheiro por não estar com o documento da empresa. Confessou ter pedido que funcionários ocultassem nos cheques o nome do beneficiário, de modo a emiti-los ao portador. Esclareceu que agia desta forma porque alguns credores estavam com a situação irregular e noutras vezes o prestador de serviço não era o que constava na nota fiscal. Alegou ter ensinado somente Ivonete ou Pedro a preencher o cheque utilizando uma folha em branco no nome do beneficiário, acreditando que eles ensinaram os demais funcionários. Disse ter sido Secretário de Finanças por 8 anos em outra prefeitura, sabendo que não devia emitir cheques ao portador, mas não que tal conduta fosse crime. Repetiu, ainda, que ROBERTO tinha ciência da técnica utilizada para a emissão de cheques ao portador, bem como que tais cheques eram sacados por funcionários e o dinheiro entregue para o pagamento de fornecedores, fato que ocorria, em 90% das vezes, por ordem específica dele mediante colocação de um bilhete na capa do processo respectivo indicando os reais beneficiários, que nunca eram os que constavam na nota fiscal. Em relação ao pagamento descrito na denúncia não sabe quem pegou o cheque, mas acredita que Wilson, que representava 4 empresas, deve ter depositado errado e não ter repassado para a credora correta. Explicou, por fim, que a empresa New Quality é fornecedora regular e vende o ano inteiro para a Prefeitura (fls. 527/532).

Diante de tão espesso conjunto probatório não restam dúvidas da responsabilidade criminal dos réus.

Ficou claro que ROBERTO, ao ser eleito à frente da prefeitura de Biritiba Mirim, chamou seu tio EDISON para assumir o Departamento de Finanças e, juntos, criaram esquema para fraudar as finanças do pequeno município com emissão de diversos cheques ao portador, posteriormente sacados por funcionários na boca do caixa, que lhes entregavam o dinheiro para ser gasto ao seu bel prazer.

EDISON, funcionário público que tinha posse de valores em razão de seu cargo comissionado como Diretor de Finanças, acabou confirmando plena ciência da irregularidade da emissão de títulos como o dos autos, burlando o ordenamento jurídico, embora procurando dar ares de regularidade com a juntada de cópia do cheque com beneficiário idêntico ao constante de todo o processo de compra ou despesa, o que fazia com pleno conhecimento e, inclusive, participação efetiva de ROBERTO que também assinava os cheques,

Acesso ao Sumário

condutas que se amoldam ao tipo penal previsto no art. 1º, I, do DL 201/67.

E a despeito da ausência da perícia que a combativa defesa entende necessária à demonstração da fraude, a prova dos autos deixa claro que, no caso presente, o cheque emitido para pagamento de compra de 60 carteiras e cadeiras escolares que teriam sido fornecidas pela New Quality, lembrando- se que o proprietário informou comercializar material de limpeza, foi depositado na conta da empresa Ellos, que era representada por Wilson.

Wilson, por sua vez, confirmou o depósito incorreto, alegando que assim agiu porque tinha uma despesa a ser compensada entre as empresas que representava, embora a New Quality informalmente.

Indiscutível, assim, o desvio de dinheiro público que deveria ter sido entregue à empresa New Quality, mas foi levantado pela empresa Ellos com a desculpa de que a mesma pessoa representava as duas o que foi feito, ainda, em franca desobediência ao procedimento legal para a movimentação bancária de recurso público.

O elemento subjetivo do tipo também está presente no desvio de finalidade do bem público com apropriação de valores pertencentes à Prefeitura de Biritiba Mirim, em proveito próprio ou alheio, com clara violação dos princípios éticos e morais que devem reger a Administração Pública.

Nesse sentido:

"... A maior relevância, porém, não é tanto a defesa dos bens da administração, mas o interesse do Estado, genericamente visto, no sentido de zelar pela probidade e fidelidade da administração. O dano mais do que material, é moral e político (RJTJESP 8/500-503)" (jurisprudência citada em Manual de Direito Penal, Julio Fabrini Mirabete, Parte Especial, vol. III, fls. 301).

Bate-se a defesa pela ausência de comprovação de prejuízo ao erário, já que segundo o representante da empresa New Quality todos os pagamentos foram recebidos, inexistindo qualquer pendência.

Paulo Mascarenhas, contudo, ensina que os crimes de responsabilidade de Prefeito previstos no art. 1º do Decreto Lei nº 201/67 "*dispensam a valoração do resultado para a tipificação do delito, não importando se o dano causado ao erário ou ao patrimônio público foi de maior ou menor monta. O que interessa indagar é se o agente, ao praticar o ato definido neste artigo como crime de responsabilidade, agiu em prol do interesse público, ou, ao contrário, para satisfazer interesse pessoal ou de terceiros. Naquele caso, ou seja, no interesse da Administração, o procedimento do agente, conquanto irregular, não terá caracterizado crime, não sendo, pois, punível" (MASCARENHAS, Paulo. Improbidade Administrativa e Crime de Responsabilidade de Prefeito. 3.ed. RNC: Ipiranga, 2004. p. 74).*

Necessária, com isso, a condenação de ambos.

Acesso ao Sumário

Na dosagem da reprimenda, em atenção às circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, a pena-base deve ser exasperada.

Os réus respondem a centenas de outros inquéritos e ações penais pelo envolvimento em crimes contra a Administração Pública (fls. 404/428 e 436/444) e ainda que a súmula 444 do E. STJ impeça o uso de inquéritos e ações em andamento como maus antecedentes, não se pode aceitar que dois sujeitos, um sem nenhum apontamento e outro, como no presente caso, com centenas de envolvimentos com a Justiça, tenham o mesmo tratamento, sob ofensa, inclusive, do princípio da isonomia e individualização das penas.

O art. 59 da Parte Geral do Código Penal é multifacetário e compreende diversos aspectos que devem ser considerados na dosagem da reprimenda, entre os quais a conduta pessoal e a personalidade dos agentes, cabendo ao magistrado, sob o manto da discricionariedade e prudente arbítrio, estabelecer pena suficiente à reprovação da conduta e à prevenção do crime.

No caso dos autos a existência de extensa ficha criminal deixa clara a má conduta social e personalidade deturpada.

De outro lado, a empreitada criminosa aqui tratada trouxe funestas consequências ao pequeno município de Biritiba Mirim, com evidente condição socioeconômica precária, já que considerada uma das populações mais carentes deste Estado, conforme demonstrado pelo Ministério Público.

Tais circunstâncias, portanto, apontam culpabilidade exacerbada dos agentes e necessidade de exasperação condizente com a gravidade da conduta que atenta, ainda, contra a moral administrativa e os conceitos de política comunitária.

Lembre-se, ainda, que aqueles que exercem o *munus* público devem seguir as diretrizes legais e morais, cuidando do erário e protegendo o interesse comum e não, como fizeram, desviando as rendas e bens públicos em interesse pessoal e, por isso, cabível ligeira exasperação, em 1/6, que conduz a pena a 02 anos e 04 meses de reclusão.

Acesso ao Sumário

Não há necessidade, contudo, do pleiteado recrudescimento do regime prisional, mostrando-se suficiente para uma primeira condenação, a fixação do regime aberto.

Insuficiente, de outro lado, a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, que devem ser reservadas a agentes com primeiro e esporádico envolvimento com a Justiça, lembrando-se que o art. 44, III, do Código Penal prevê sua possibilidade quando: "*a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente*".

A perda do cargo público, por fim, é consequência da condenação, prevista no art. 92, I, "a", do Código Penal, já que além da condenação ser superior a

1 ano, o crime foi praticado com violação de dever para com a Administração Pública.

Posto isto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** à apelação interposta para condenar ROBERTO PEREIRA DA SILVA e EDISON LEME, por incursão ao art. 1º, I, do DL 201/67, c.c. art. 29, *caput*, do Código Penal, a 02 anos e 04 meses de reclusão, em regime aberto declarando, ainda, a perda de seus cargos públicos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0019571-16.2014.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, RODRIGO ABIB POLETO, ROGÉRIO PEREIRA NETO e OSCAR WONCHARTE FILHO, e são apelados WELLINGTON DAPRETO DIAS, MARCELO AVANÇO LIMA e CLADIVAN FRANCISCO DOS SANTOS.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITADAS AS PRELIMINARES, NEGARAM PROVIMENTO aos recursos defensivos e DERAM PROVIMENTO ao reclamo do MINISTÉRIO PÚBLICO para:

A) RECONHECER a presença da causa de aumento relativa ao tráfico interestadual de drogas, prevista no artigo 40, V, da Lei nº 11.343/06, e majorar as penas relativas ao crime de tráfico ilícito impostas a RODRIGO ABIB POLETO e OSCAR WOCHARTE FILHO, individualmente, a nove anos e quatro meses de reclusão e novecentos e trinta e três dias-multa; e as de ROGÉRIO PEREIRA NETO a catorze anos, seis meses e seis dias de reclusão e mil, quatrocentos e cinquenta e um dias-multa;

B) CONDENAR RODRIGO ABIB POLETO e OSCAR WOCHARTE FILHO, individualmente, a cinco anos, sete meses e seis dias de reclusão e a mil, trezentos e seis dias-multa; e ROGÉRIO PEREIRA NETO a oito anos, oito meses e dezesseis dias de reclusão e a dois mil e trinta e um dias-multa, no piso quanto ao último e OSCAR, e no valor unitário de meio salário mínimo no que respeita a RODRIGO, todos em regime fechado e por infração ao disposto no artigo 35, *caput*, combinado com o artigo 40, V, da Lei nº 11.343/06; e,

C) CONDENAR WELLINGTON DAPRETO DIAS a dezenove anos, dez meses e vinte e oito dias de reclusão e a dois mil, novecentos e oitenta e quatro dias-multa, no piso; e MARCELO AVANÇO LIMA e CLADIVAN FRANCISCO DOS SANTOS, individualmente, a catorze anos, onze meses e seis dias de reclusão e a dois mil, duzentos e trinta e nove dias-multa, no valor

Acesso ao Sumário

unitário mínimo, todos em regime fechado e por infração ao disposto no *caput* dos artigos 33 e 35, combinados com o artigo 40, V, da Lei de Drogas, na forma do artigo 69, do Código Penal, mantendo-se os demais termos da r. sentença. Expeçam-se mandados de prisão, imediatamente. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.732)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente sem voto), JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN e PINHEIRO FRANCO.

São Paulo, 10 de novembro de 2016.

JUVENAL DUARTE, Relator

Ementa: Apelação Criminal – Tráfico de drogas e associação para esse fim, interestaduais – Recursos das partes – Defesa – Preliminares de nulidade do processo e da sentença decorrentes de vícios insertos no auto de prisão em flagrante, inépcia da denúncia, juntada de documento (pela acusação) após o oferecimento de resposta escrita, violação ao disposto no artigo 212, do CPP, e ausência de fundamentação da r. *decisum*, por não ter enfrentado todas as teses defensivas – Inocorrência – Ausência de delegado durante a ação deflagrada por agentes da polícia federal por determinação superior que não compromete a validade do ato, mormente em razão do estado de flagrante – Inteligência dos artigos 301 e 303, do CPP – Vícios anteriores à denúncia que não maculam a ação penal – Denúncia que atende aos requisitos do art. 41, do CPP, e descreve as circunstâncias dos crimes e condutas imputadas aos acusados, permitindo o pleno exercício ao direito de defesa – Juntada de documento após a apresentação de resposta escrita à acusação que não configura vício algum, diante do teor do art. 231, do CPP, e do comprovado respeito ao contraditório – Prova relativa a fato apurado durante a fase administrativa que não inova a acusação – Postura adotada pelo magistrado durante a audiência que nada tem de inquisitiva, mas somente revela exercício do poder de instrução que lhe confere o art. 212, do CPP – Sentença fundamentada que preenche os requisitos

Acesso ao Sumário

legais e trás em seu bojo os elementos de convicção que levaram à solução adotada pelo magistrado, cuja incompatibilidade com as teses defensivas revela o não acolhimento daquelas – Preliminares rejeitadas – Mérito – Absolvição por insuficiência de provas – Redução das penas – Impossibilidade – Materialidade incontroversa - Autoria e culpabilidade evidenciadas pelo acervo acusatório – Roteiros defensivos contraditórios e inconsistentes que resultaram infirmados pelas demais provas – Palavras de policiais que gozam de credibilidade à míngua de prova idônea em sentido contrário – Recurso do Ministério Público – Condenação de todos os réus nos termos da denúncia (por tráfico e associação para esse fim) – Necessidade – Provas aptas a demonstrar o envolvimento de todos os réus nas condutas criminosas que lhes foram imputadas – Acusados presos em flagrante no momento em que descarregavam o entorpecente apreendido – Montante de droga apreendida em compartimento secreto de caminhão especialmente preparado para a finalidade ilícita que comprova a prévia associação dos réus para a prática, reiterada ou não, do tráfico ilícito – Majorante configurada – Transporte interestadual da carga proscrita confirmada pelo acusado OSCAR – Condenação decretada nos termos propostos pela acusação – Volume de droga, presença de maus antecedentes, reincidência específica e causa de aumento que justificam os aumentos aplicados e o *quantum* imposto – Circunstâncias e consequências dos crimes que obstam a concessão de qualquer benefício – Condenação por associação para o tráfico que afasta a aplicação do redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, por revelar inequívoca dedicação a atividade criminosa – Regime prisional fechado que se impõe, por ser o único adequado e suficiente para prevenção e repressão de crimes desta natureza – Análise de pleito de detração penal (CPP, art. 387, § 2º) e de impossibilidade de quitar a pena pecuniária que se reserva ao juízo da execução, pena de supressão de instância e violação ao duplo grau de jurisdição – Condenação em 2º grau que impõe

Acesso ao Sumário

a imediata expedição de mandado de prisão para o início da execução – Precedente do STF (HC nº 126.292/SP) – Recursos defensivos, não providos – Apelo da acusação, provido.

VOTO

RODRIGO ABIB POLETO, WELLINGTON DAPRETO DIAS (*Girafa*), MARCELO AVANÇO LIMA (*Marcelinho*), OSCAR WONCHARTE FILHO, CLADIVAN FRANCISCO DOS SANTOS e ROGÉRIO PEREIRA NETO (*Papagaio*) foram denunciados como incursos nos artigos 33*, caput*, e 35, *caput*, combinados com o artigo 40, V, da Lei nº 11.343/06.

WELLINGTON DAPRETO DIAS, MARCELO AVANÇO LIMA e CLADIVAN FRANCISCO DOS SANTOS foram absolvidos de tais imputações, com fundamento no artigo 386, VII, do Código Processo Penal.

RODRIGO ABIB POLETO, ROGÉRIO PEREIRA NETO e OSCAR WOCHARTE FILHO, a seu lado, foram condenados, (a) RODRIGO e OSCAR, individualmente, a oito anos de reclusão e a oitocentos dias-multa; e (b) ROGÉRIO a doze anos, cinco meses e dez dias de reclusão e a mil, duzentos e quarenta e quatro dias-multa, no piso no que tange a OSCAR e ROGÉRIO, e no valor unitário de meio salário mínimo no que se refere a RODRIGO, todos em regime fechado e por infração ao disposto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Inconformados, apelam.

OSCAR postula a redução das penas, mediante afastamento da majoração das básicas e aplicação do redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da mesma lei, bem a assim a redução da pena pecuniária, diante de sua situação financeira.

ROGÉRIO, a seu lado, aduz preliminares de nulidade do processo, por inépcia da denúncia, e da r. sentença, por ausência de fundamentação e por não ter enfrentado *convenientemente* todas as teses defensivas. No mérito, busca a absolvição com esteio no artigo 386 III, IV, V, VI e VII, do Código de Processo Penal.

RODRIGO também aduz preliminares de nulidade do processo, com fulcro em vícios verificados na prisão em flagrante, e por ter havido cerceamento de defesa, diante da juntada de documento após a apresentação da resposta escrita à acusação, e, ainda, por ter ocorrido violação ao disposto no artigo 212, do mesmo código procedimental, decorrente da *postura inquisitiva* (*sic*) assumida pelo magistrado durante a audiência. No mérito, postula a absolvição por insuficiência de provas e a redução das penas, tal como reclamada por OSCAR.

O i. representante do *parquet*, por sua vez, também recorre, postulando a

Acesso ao Sumário

condenação de todos os acusados, nos exatos termos da denúncia.

Regularmente processados os recursos, em sede de contrarrazões, as dd. defesas dos acusados MARCELO, CLADIVAN e ROGÉRIO postulam, em preliminar, o não conhecimento do recurso do Ministério Público, por falta de delimitação do inconformismo.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opina pelo provimento do reclamo da acusação.

É, em síntese, o relatório.

De início, não há se cogitar de não conhecimento do recurso interposto pelo Ministério Público, diante do pedido (expresso, diga-se) formulado ao final das razões de apelo, pois deixou claro o desejo de ... *ver condenados os Recorridos nos exatos termos da proposta acusatória* ... (*sic*, fl. 789), e é o quanto basta para que se conheça do inconformismo.

E as preliminares de nulidade do processo e da r. sentença não vingam porque, ao contrário do que se sustenta, o rito e as fases processuais foram regularmente observados, não se cogitando de violação aos princípios constitucionais do contraditório ou da ampla defesa.

Primeiro. Não há se falar de irregularidade da prisão em flagrante, por suposta ausência de autoridade policial responsável pela operação ou outras formalidades, como a reclamada *ordem de serviço*, pois, a rigor, inexiste previsão legal nesse sentido e, ainda, o estado de flagrante verificado na hipótese impunha aos policiais a pronta atuação (v. CPP, arts. 301 e 303), sem se olvidar que agiram por determinação de seus superiores hierárquicos, tanto que não se vislumbra nos autos qualquer ação da defesa para apurar, no âmbito da corregedoria competente, a conduta profissional dos agentes da lei.

Ademais, como sabido, eventuais irregularidades existentes no inquérito policial, peça meramente informativa, não contaminam a ação penal. Poderiam, no máximo, acarretar o relaxamento da prisão em flagrante, mas, evidentemente, não seriam suficientes para excluir os crimes nem a culpabilidade, sem desconsiderar que, na espécie, prejuízo algum restou demonstrado pela defesa, mesmo porque a condenação também está fundada em outros elementos de prova, como adiante se verá.

Segundo. Inviável o acolhimento da aventada inépcia da denúncia porque, ao contrário do que se sustenta, a peça atacada preenche os requisitos do artigo 41, do Código de Processo Penal, e contém descrição adequada das condutas típicas imputadas aos réus, tanto que lhes propiciou o amplo exercício do direito de defesa, não se vislumbrando, ainda, a ocorrência de cerceamento desse direito.

E não há como olvidar que eventual falha existente na inicial só deve ser declarada quando acarretar inequívoca deficiência, capaz de impedir a

Acesso ao Sumário

compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa, o que, no entanto, não se verifica no caso em tela, pois a denúncia está fundada nos depoimentos colhidos na fase inicial, descreveu os fatos e individualizou as condutas do acusados, assinalando que eles, ... *associados para o fim de praticarem o tráfico ilícito de entorpecentes, adquiriram, transportaram e guardaram 317,85kg ... de cocaína, embalados na forma de tabletes, com sacos plásticos transparentes e fitas adesivas, conforme auto de exibição e apreensão a fls. 20, laudo de constatação a fls. 31/34 e laudo químico toxicológico a fls. 109/113, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.* ... (*sic*, fl. 01- D).

Não bastasse, após prolatada a decisão de mérito, não mais cabe a alegação de inépcia da denúncia, devendo eventual ataque ser dirigido contra a sentença e não mais à peça acusatória.

Terceiro. Inexistiu, na espécie, a alegada inobservância das disposições do artigo 212, do Código de Processo Penal, máxime porque a modificação imposta pelo legislador cingiu-se tão-somente ao sistema de reperguntas, tornando mais direta a atuação das partes com relação aos depoimentos colhidos em audiência, em prol do contraditório.

O legislador não tolheu – e jamais pretendeu fazê-lo – o poder instrutório do juiz, tornando-o mero espectador na audiência que ele preside.

Ademais, não se pode desconsiderar que o juiz é o destinatário final da prova, pois a apreciará por ocasião da prolação da sentença, consoante o princípio da persuasão racional, a evidenciar que a lei processual penal lhe faculta poderes de instrução e sempre lhe facultou, aliás, reforçados com a reforma processual, sempre na busca da verdade real.

Assim, se o magistrado formula as suas perguntas aos depoentes, antes daquelas apresentadas pelas partes, ou as intercala ou, ainda, faz indagações na parte final do depoimento, tal proceder está inserto nos seus poderes de instrução e de presidência da colheita da prova, porquanto poderá, ainda, indeferir as questões impertinentes ou sem relação com a causa, de modo que tal sistemática poderá acarretar – no máximo – nulidade relativa, exigindo, para o seu reconhecimento, prova do efetivo prejuízo a quem a alega, sem evidenciar, como sustenta a d. defesa do acusado RODRIGO, que ... *o MM. Juízo de primeira instância assume a posição de Promotor de Justiça* ... (*sic*, fl. 947).

E, na hipótese, infere-se que a instrução em audiência seguiu o rito estabelecido no suso mencionado artigo, pois, como é possível ver nos registros digitais dos depoimentos, o e. magistrado concedeu às partes oportunidade de questionarem diretamente as testemunhas que arrolaram, interveio quando necessário e, ao final, procurou esclarecer os pontos que julgou pertinentes, evidenciando proceder imparcial, sereno, diverso, e muito, do que se sustentou,

Acesso ao Sumário

no sentido de que teria intimidado as testemunhas arroladas pelas dd. defesas e procurado complementar os relatos dos policiais.

Não bastasse, vale repisar uma vez mais, não houve qualquer demonstração de efetivo prejuízo à defesa dos acusados, com relação à forma como se colheu a prova, arguição que, aliás, sequer foi suscitada tempestivamente, na própria audiência nem nas alegações finais – concretizadas no mesmo ato processual –, razão pela qual se aceitou, tacitamente, o resultado, ainda que tivesse sido realizado de outra forma que não aquela aventada pelos réus como sendo a estabelecida pela legislação vigente.

Quarto. A eiva relativa à juntada de documento (relatório policial encartado a fls. 578/581) após o oferecimento da denúncia também não colhe, diante da expressa permissão legal contida no artigo 231, do Código de Processo Penal, valendo notar que, inequivocamente, foi dada oportunidade às partes adversas para se manifestarem a respeito da prova, como se infere do teor (deselegante, diga-se) das petições juntadas a fls. 590/594 e 603/607, nas quais se postulou o desentranhamento da peça, indeferido pelo e. magistrado, com acerto, nos seguintes termos, *verbis:*

(...)

Fls. 590/594 e 603/607: as partes podem, efetivamente, apresentar documentos em qualquer fase do processo, desde que garantido o contraditório - artigo 231 CPP.

Com efeito, no caso dos autos, não seria mesmo admissível a realização de qualquer diligência policial não requisitada pelo Juízo vez que, instaurada a ação penal, não mais vige o principio inquisitivo.

Assim, compreende-se tenha causado certa espécie à nobre Defesa o relatório de fls. 578/581, principalmente por ter sido encaminhado diretamente ao Ministério Público.

Em anterior ocasião já havia mencionado - fl. 582 - certa proximidade entre o Ministério Público e a Polícia Federal que, via de regra, não é muito útil ao devido processo legal. No caso particular dos autos, contudo, não verifico tal prejudicialidade. Algumas razões determinam a permanência da prova.

A primeira delas é que o conteúdo do documento comprova que não se trata de diligência nova encetada pela autoridade policial. Isto é, cuida-se de relatório de fatos ocorridos no curso da investigação policial e anteriormente à apresentação e recebimento da denúncia. Embora o documento seja materialmente novo, seu conteúdo não inova a acusação.

Segundo porque seu conteúdo, em análise meramente perfunctória, não discrepa, em essência, das declarações dos acusados e, a rigor, pouco acrescentam ao panorama da prova.

Finalmente porque, em vista do adiamento da audiência, requerido

Acesso ao Sumário

pelo MP, houve e ainda há tempo suficiente para o exercício da ampla ciência e defesa, pelos Nobres Defensores.

Por tais razões, mantenho-o nos autos. (*sic*, fl. 622).

(...)

Quinto. Por fim, não há falar-se em ausência de fundamentação da r. sentença, sob o pretexto de não ter enfrentado *convenientemente* as teses articuladas pelas partes porque, ao reverso, está motivada, preenche os requisitos legais e traz em seu bojo todos os elementos que formaram a convicção do magistrado, na medida em que expôs e justificou corretamente os motivos que o convenceram a respeito da procedência (parcial) da ação penal, não havendo, assim, qualquer vício a ser reconhecido, nem ofensa aos princípios constitucionais do contraditório ou da ampla defesa.

Não bastasse, é pacífico, inclusive nos Tribunais Superiores, o entendimento no sentido de que o disposto no artigo 93, IX, da Constituição Federal, e nos artigos 155, *caput*, e 381, III, do Código de Processo Penal, de forma alguma obrigam o julgador a refutar, um a um, todos os argumentos relacionados pela parte, por ocasião do acolhimento, ou não, de sua pretensão, despontando suficiente, antes, para fins de cumprimento dessa exigência, a indicação, ainda que de forma resumida, dos motivos de fato e de direito nos quais embasou sua decisão, como fez o e. juízo *a quo.*

E não há como negar que o magistrado, ao decidir pela condenação dos acusados e tendo exposto claramente as razões do seu convencimento, evidentemente, analisou todas as teses trazidas à baila pelas partes, decidindo-se por aquela que, no seu sentir, encontrou suporte no conjunto probatório.

A adoção fundamentada de uma das teses ventiladas nas alegações finais revela inequívoca rejeição dos demais temas articulados, e isso é o quanto basta.

Portanto, rejeitam-se as preliminares.

No mais, os acusados foram denunciados por tráfico interestadual e associação para esse fim porque, nas condições de tempo e lugar descritas na denúncia, previamente associados para o fim de praticarem o tráfico ilícito de entorpecentes, adquiriram, transportaram e guardaram cerca de 317,85 quilos de *cocaína*, embalados em formato de tabletes, substância entorpecente que determina dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Reza a inicial que os réus ... *se associaram para a realização do tráfico interestadual de drogas e, nesse sentido, ultimar a negociação de grande quantidade de entorpecente. Assim é que, após fechado o negócio, o denunciado OSCAR WONCHARTE FILHO ficou encarregado de realizar o transporte da droga de Ponta Porã/MS a São Paulo, no caminhão VW, modelo 24.250 CNC 6x2, de cor branca, de placas BTO-2487, sendo que a cocaína foi acondicionada*

Acesso ao Sumário

num compartimento oculto (fundo falso), especialmente preparado no assoalho da câmara frigorifica do caminhão. No dia marcado para o recebimento da droga, 27.02.2014, RODRIGO ABIB POLETO veio a São Paulo, procedente de Florianópolis/SC, se encontrar com os demais membros da associação. Após o desembarque no aeroporto de Congonhas, RODRIGO foi recebido pelo seu comparsa ROGÉRIO PEREIRA NETO, tendo ambos, então, deixado as dependências do aeroporto, numa S-10, cor branca, de placas OLF-8090. Os dois se dirigiram à Central de Abastecimento do Supermercado Pão de Açúcar, em Osasco, local em que encontraram o motorista OSCAR WONCHARTE FILHO, passando-lhe o endereço para o descarregamento da droga que ele transportara. De lá, rumaram ao galpão da Torcida Uniformizada Palmeiras (TUP), localizado na Praça Luiz Carlos Mesquita, Barra Funda, nesta cidade e comarca. Ali já os aguardavam, do lado de fora, os denunciados MARCELO AVANÇO LIMA e WELLINGTON DAPRETO DIAS, todos previamente ajustados e associados para a consecução do negócio espúrio. MARCELO aguardava no veículo GM-Vectra SD Collection, ano 2011, cor verde, de placas EUL-1975, estacionado na frente do galpão. E WELLINGTON aguardava no veículo GM-Astra, ano 2011, cor preta, de placas EWR-0537, estacionado no posto Ipiranga existente ao lado da quadra da TUP. Quando os denunciados RODRIGO ABIB POLETO, ROGÉRIO PEREIRA NETO e OSCAR WONCHARTE FILHO chegaram ao galpão com a droga, por volta das 2 horas do dia 28.02.2014, MARCELO AVANÇO LIMA e WELLINGTON DAPRETO DIAS uniram-se ao grupo para ingressarem juntos no galpão e efetivamente receberem a droga transportada. O denunciado CLADIVAN FRANCISCO DOS SANTOS, que aguardava os demais dentro do galpão, os recebeu e franqueou a sua entrada, bem como do caminhão que transportava a droga. Dentro do galpão, os seis denunciados, previamente associados que estavam, iniciaram o descarregamento da droga que estava no fundo falso do caminhão. Nesse momento, no entanto, policiais federais - que acompanharam toda a movimentação da associação, desde o desembarque de RODRIGO no aeroporto de Congonhas -, ingressaram no local e conseguiram os prender em flagrante delito e apreender a grande quantidade do entorpecentes. ... (*sic*).

A materialidade está estampada nos autos de prisão em flagrante, de exibição e apreensão e nos laudos de constatação prévia e de exame químico-toxicológico.

A autoria e culpabilidade também são certas, não obstante OSCAR tenha assumido a responsabilidade exclusiva pela droga e os demais réus negado envolvimento nos crimes que lhes foram imputados, nas duas fases, sempre assistidos por advogados, exceto RODRIGO, por ocasião do flagrante.

Na oportunidade, disse (RODRIGO) residir na cidade de São José, SC, onde atua no *ramo de alimentação*, como sócio de empresas de sua família, e

Acesso ao Sumário

também como ... *diretor da torcida Gaviões Alvinegros, do Figueirense Futebol Clube*... (*sic*). Na data dos fatos, desembarcou no *Aeroporto de Congonhas*, pelas 17h30, e ... *foi até o Shopping Tatuapé, encontrar-se com seu amigo residente em São Paulo/SP* ... (*sic*), ROGÉRIO PEREIRA NETO. Então, ele o levou à quadra da torcida uniformizada do *Palmeiras* (*TUP*), com sua camionete *S-10*, onde pretendia contratar escultor (e levá-lo à Florianópolis) ... *para terminar a preparação de um tripé da escola de samba da torcida do Figueirense* ... (*sic*), que desfilaria na segunda-feira seguinte, em Santa Catarina. Chegaram ao destino pelas 20h e foram recebidos por MARCELO AVANÇO LIMA e WELLINGTON DAPRETO DIAS, seus amigos há aproximadamente *dois ou três anos*, em decorrência de atividades (jogos e festas) relacionadas às torcidas que representam, os quais lhe apresentaram o escultor. Permaneceu no local dos fatos *por algumas horas* e, em horário que não soube precisar, ali estacionou um caminhão, certo que, em seguida, chegaram os policiais e determinaram que todos se deitassem no chão. Por fim, disse não saber a razão da abordagem, mesmo porque não conhecia o motorista do caminhão nem sabia que ele transportava a droga apreendida.

Em juízo, confirmou estar à procura de escultor para concluir o *tripé* anteriormente referido, não obstante o iminente risco de sequer haver carnaval na cidade, diante da ausência de verba, não liberada pela prefeitura do Município e pelo Governo do Estado, sem contar o *impasse* envolvendo a *Liga das Escolas* e a *Gaviões* (escola da qual é diretor) e *Mancha Azul*, razão pela qual contrataram advogado para impetrar *mandado de segurança* para solucionar a última questão. Para justificar sua presença em São Paulo, contou que, após deliberação do presidente e de um dos membros da *diretoria* da agremiação que integra (*Felipe e Carlos - Bola*), em reunião realizada na noite de quarta-feira, na praça pública existente em frente ao estádio de futebol, *Felipe* entrou em contato com membro da *Torcida Jovem do Santos* que lhe indicou o escultor Gelson, que estaria trabalhando na *TUP*. Carlos manteve contato com o presidente daquela entidade (*Marcelo*), mas ele disse não ter autonomia para liberar o profissional e pediu que enviasse alguém a São Paulo para resolver pessoalmente a questão, tarefa da qual foi incumbido. Antes de embarcar, *Felipe* lhe telefonou e disse que um membro da *TUP*, trajando *camiseta rosa e boné verde* o receberia no aeroporto. Após o desembarque, pelas 17h30, identificou a pessoa que foi recepcioná-lo pelas vestes informadas e, ao se aproximar, a reconheceu como sendo ROGÉRIO, colega de viagens relacionadas às atividades da torcida, que também se recordou dele. Em seguida, fez um lanche no *McDonald's* e foram direto para a sede da *TUP*, onde chegaram entre 20 e 21h e foi recebido pelo acusado MARCELO (*Marcelinho*), filho de um dos presidentes da entidade (*Marcelo pai*) com quem *Carlos* havia conversado. Então, tratou do assunto prioritário com o escultor, que se interessou pelo serviço, porém, disse depender de autorização do presidente *Ricardo*, que

Acesso ao Sumário

estava no estádio assistindo jogo do *Palmeiras*. Permaneceu no local jogando sinuca e bebendo cerveja com outros colegas e, pelas 23 ou 00h, chegaram *Ricardo*, WELLINGTON e outros torcedores, em *caravana*. Então, acertaram os detalhes da contratação (inclusive, valores), após *Ricardo* se assegurar que a ausência do escultor não lhe acarretaria problemas. Disse que sua passagem estava *remarcada* para 6h45 e pretendia *retornar* ao hotel, para tomar banho antes de embarcar. Não obstante, permaneceu no local dos fatos jogando sinuca e bebendo com colegas. Porém, em horário que não soube precisar, chegou um caminhão e estacionou nas dependências da entidade e, na sequência, surgiu um indivíduo armado que, de início, pensou tratar-se de *brincadeira* ou *membro de torcida rival*, mas, depois constatou ser agente da polícia federal, em razão do colete que trajava. Em seguida outros agentes dominaram o local e obrigaram cerca quarenta ou cinquenta pessoas que estavam na quadra a se deitar no chão. Nesse momento, não viu onde estavam os outros acusados. Após a localização da droga no interior do caminhão, perguntaram quem era o motorista e ele se apresentou, porém, ninguém assumiu a propriedade do material ilícito. Então, foi conduzido à delegacia com os outros agentes, mas disse não saber por que razão ou qual o critério adotado pelos policiais. Tentou explicar o motivo de sua presença no local, mas não lhe deram oportunidade.

WELLINGTON – inicialmente – disse ser motorista profissional, membro da torcida organizada e da *escola de Samba do Palmeiras, TUP*, desde 2010. Chegou à sede da entidade pelas 13h do dia 27.2.2014, para ajudar na confecção de alegorias, esculturas e fantasias para o carnaval. Estacionou seu carro (*GM/ Vectra*) na porta da *quadra* e, embora o veículo tenha sido utilizado pela diretora *Luciana* para buscar bandeiras e tecidos em sua casa, foi deixado no mesmo local onde estava estacionado. Por volta de 18h, saiu com um grupo de torcedores para assistir ao jogo do *Palmeiras*, no estádio do *Pacaembu.* Retornou cerca de três horas mais tarde (21h) e retomou suas atividades. Fazia parte do grupo encarregado de buscar os carros alegóricos estacionados no barracão da escola, situado sob o *viaduto Antártica*, para onde foi pelas 22h e retornou cerca de duas horas depois (0h), com o primeiro *carro*. Porém, havia um caminhão estacionado na quadra, o que impediu o ingresso do *carro alegórico*. Foi ao banheiro por volta de 1h e, ao sair, foi surpreendido pela presença de policiais federais, os quais determinaram que todos se deitassem no chão. Nesse momento,... *estava próximo ao caminhão branco*... (*sic*), circunstância que negou em seguida, assim como negou... *qualquer envolvimento no evento do qual resultou a prisão em flagrante* ...(*sic*), mesmo porque... *nunca teve nenhuma informação sobre a ocorrência de tráfico de drogas na escola de samba TUP* ... (*sic*). Por fim, disse conhecer os demais acusados em razão da participação em torcidas de clubes de futebol, exceto OSCAR, o motorista do caminhão.

Acesso ao Sumário

Em juízo, manteve a essência do roteiro inicial, mas alterou os horários

de saída e retorno da sede da torcida para ir ao jogo do *Palmeiras*, agora 19 e 22h, respectivamente, além de aduzir que MARCELO estava em sua companhia quando foi buscar o primeiro *carro alegórico* no barracão, por volta de meia noite, seguindo orientação da *CET*, em razão do fluxo de trânsito. Também inovou ao afirmar ter sido conduzido à delegacia para *averiguação* e, só então, ter sido informado a respeito da localização da droga.

MARCELO, a seu lado, declarou ao delegado de polícia que atua no comércio de roupas e é membro da *escola de samba TUP*, desde 1998. Na data dos fatos, chegou à sede da torcida pelas 16h, para ajudar nos preparativos para o desfile de carnaval, estacionou seu carro (*GM/Vectra*) em frente à quadra e só saiu por volta de meia noite para buscar os *carros alegóricos,* que estavam estacionados no barracão referido, com outros integrantes da agremiação. Retornou com o primeiro deles por volta de 1h e, antes de ir buscar outro, foi ao banheiro. Porém, quando saiu do recinto, foi abordado por policiais, os quais determinaram que se deitasse no chão, certo que não estava próximo ao caminhão ali estacionado, cujo motorista negou conhecer, mas somente os demais acusados, em razão do relacionamento com torcidas e escolas de samba.

Em juízo, disse ter recebido telefonema de *Girafa* (WELLINGTON) pedindo que fosse à sede da torcida auxiliar nos preparativos do carnaval, como vinha fazendo durante a semana, *virando madrugadas*, inclusive. Chegou ao local pelas 17h e, logo depois que outros integrantes da torcida saíram para assistir a partida de futebol do *Palmeiras*, recebeu telefonema informando que as *faixas não tinham entrado no jogo* (*sic*). Pediu que *Luciana* (integrante da torcida) fosse buscá-las com seu carro e continuou trabalhando. Por volta de meia noite, quando todos haviam voltado do jogo, saíram para buscar os *carros alegóricos* no barracão da escola. Trouxeram o primeiro e, quando estavam chegando com o segundo, surgiu um problema (não especificado) envolvendo o carro de *Rodrigo, o Paulista*. Então, foi abordado pelos policiais ao sair do banheiro, certo que, nesse momento, o caminhão já estava estacionado nas dependências da sede da torcida.

Acesso ao Sumário

CLADIVAN – inicialmente – disse ser garçom, mas estava trabalhando na manutenção da *Escola de Samba TUP*, desde 1999 ou 2000, razão pela qual conhece os coacusados MARCELO e WELLINGTON, integrantes da escola, assim como RODRIGO e ROGÉRIO, por já tê-los visto ... *uma ou duas vezes* ... (*sic*) na *quadra*. Na data dos fatos, havia muitas pessoas na sede da *TUP*, empenhadas nos preparativos para o desfile de carnaval, e também ajudava na confecção das esculturas e fantasias. Durante a madrugada, pela 1h, saiu com cerca de *dez ou doze pessoas* para buscar um carro alegórico no barracão da escola, situado sob o *Viaduto Antártica*. Quando retornou, havia um caminhão estacionado no interior da quadra da escola. Porém, enquanto conversava com *dois torcedores*, próximo ao portão, chegaram vários policiais ao local

e mandaram que todos se deitassem no chão. Na sequência, foi conduzido à delegacia, mesmo não tendo visto o que havia no interior do caminhão ou ter sido chamado para ajudar na descarga.

Em audiência, acrescentou que morava no local dos fatos e informou ter ido buscar o primeiro carro alegórico com MARCELO, WELLINGTON e outras pessoas. Quando retornaram, tiveram que deixá-lo na rua porque o caminhão já estava na quadra. Então, permaneceu no portão para colocar o *cone* na *Marquês de São Vicente* e os coacusados referidos foram buscar outro carro. Por fim, confirmou conhecer somente MARCELO, WELLINGTON e ROGÉRIO, certo que não mantinha *amizade fixa* com o último por conhecê-lo somente da *torcida.*

ROGÉRIO, por sua vez, disse à autoridade policial já ter sido processado por tráfico, no ano de 2004, ser profissional autônomo e possuir *uma perua de lotação* no bairro do Tatuapé. Admitiu conhecer os coacusados MARCELO e WELLINGTON, por serem diretores da *TUP*. Declarou-se amigo de RODRIGO, a quem conheceu há aproximadamente dois anos, durante visita a fornecedor de uniformes para *torcidas organizadas*. Na data dos fatos, recebeu telefonema dele informando que estava em São Paulo e pedindo que o levasse à sede da *TUP* porque procurava ... *alguém para fazer as esculturas para a escola de samba da torcida do Figueirense, em Florianópolis* (*sic*). Atendeu ao pedido do amigo e foi ao seu encontro no *Shopping Tatuapé*, de onde seguiram para a quadra da escola de samba com a sua camionete *S-10*, recém-adquirida, mediante permuta com *vagas de lotação*. Chegaram ao destino pelas 20h e, após verem as alegorias e fantasias em produção, RODRIGO conversou com o escultor que pretendia contratar. Durante a madrugada (entre 1 e 2h), um caminhão estacionou na quadra, mas não deu atenção porque pensou tratar-se de entrega de alegorias. Porém, pouco tempo depois, policiais ingressaram na sede da escola e o abordaram, assim como aos demais presentes na ocasião, mas... *não tinha conhecimento de que havia cocaína dentro do caminhão* ... (*sic*).

Em juízo, disse estar de folga na data dos fatos e, enquanto ajudava nos preparativos da escola de samba, *Valter* (a testemunha Valterlei) o abordou, por indicação de terceiros por trabalhar com transporte (*lotação*), e lhe perguntou se poderia buscar uma pessoa no aeroporto (identificada somente como sendo *integrante da torcida do Figueirense*) e trazê-la para a sede da *TUP*. Dispôs-se a ajudar e, embora não tenha mencionado qualquer contato com o passageiro, ficou acertado que se encontrariam na lanchonete *McDonald's* do aeroporto e o passageiro o identificaria pelas vestes que trajava na ocasião (*camisa rosa, chapéu verde e bermuda xadrez*). Ficou aguardado no ponto de encontro e, pelas 17 ou 17h30, o passageiro o abordou, quando, enfim, constatou tratar-se de RODRIGO, pessoa que conhecera em um fornecedor de *material da escola, da TUP* (*3ª Geração*). Então, cumprimentaram-se com aperto de mão, um abraço e conversaram durante a refeição que fizeram na mesma lanchonete. Por volta

Acesso ao Sumário

das 18 ou 18h30, seguiram direto rumo à sede da torcida, onde chegaram cerca de uma hora depois, em razão do trânsito. Negou, outrossim, ter sido seguido por algum caminhão ou se deslocado à cidade de Osasco antes de chegar à sede da *TUP*, destino de RODRIGO. Permaneceu no bar tomando cerveja e jogando bilhar com a *rapaziada*, enquanto RODRIGO foi acertar o serviço com o escultor, juntando-se ao grupo de amigos em seguida. Por volta de *uma hora, uma e pouco*, chegou o caminhão, mas continuaram tranquilos porque, além de não lhes dizer respeito, pensou tratar-se de mais um dos muitos caminhões que ali ingressaram para entregar fantasias e alegorias durante o dia. No entanto, *depois de uma hora, uma e meia*, chegaram os policiais gritando, fazendo *auê* (*sic*) e colocaram todos de *cara no chão* (posição em que permaneceram por aproximadamente duas horas). Nesse momento, estava no bar com RODRIGO e a *rapaziada*. CLADIVAN estava na frente da escola. WELLINGTON e MARCELO também estavam *por lá*, mas não soube precisar onde exatamente. Os policiais vasculharam o local por cerca de duas horas até encontrarem a droga, momento em que todos se cumprimentaram. Por fim, não soube informar por que razão a testemunha *Valterlei* negou – em seu depoimento – tê-lo informado a respeito do trajeto da viagem que lhe repassara.

OSCAR, por seu turno, declarou-se motorista profissional perante a autoridade policial e confessou ser o proprietário do caminhão em cujo interior foi apreendida a expressiva carga de *cocaína.* Disse ter sido contratado, pela quantia de R$ 15.000,00, para transportar a droga em tela da cidade de Ponta Porã, MS, à capital de São Paulo, mas alegou não se recordar o nome do contratante. Cerca de vinte dias antes da prisão, esteve na cidade de Campinas, SP, onde recebeu o *baú* com o compartimento secreto, especialmente preparado para a ocultação e transporte da droga. Aproveitou um frete de origem lícita, para transportar carne do *Frigorifico TBS*, situado no Estado do Mato Grosso do Sul, para o *supermercado Pão de Açúcar*, localizado em Osasco, SP, onde, após o descarregamento da mercadoria, uma pessoa (também não identificada – que fugiu ao perceber a presença dos policiais) o orientou no trajeto até o destino do entorpecente droga, explicitando tratar-se da *quadra da torcida do Palmeiras, TUP* (*sic*). Negou, porém, ter sido escoltado por uma camionete *GM/S-10*, assim como negou conhecer os demais acusados. Revelou, outrossim, que ... *ao chegar na quadra da TUP, já no interior do barracão, desbloqueou a porta traseira do caminhão, bem como o compartimento secreto onde estava a droga, para que algumas pessoas* (não identificadas) *fizessem o descarregamento do material proibido* ... (*sic*).

Em audiência, confirmou o teor da confissão extrajudicial e revelou que, na verdade, foi contratado para o transporte regular de drogas, tanto que o caminhão apreendido havia sido transferido para o seu nome com essa finalidade. Deveria trabalhar normalmente, auferindo ganhos com fretes de

mercadorias de origem lícita, porém, quando necessário, seria convocado para transportar entorpecentes, ocasião em que receberia R$ 15.000,00 pela tarefa, mas foi preso após sua primeira viagem. Na data dos fatos, foi contatado por indivíduo identificado pela alcunha *Cabelo*, que o guiaria pela cidade rumo ao destino da droga, inovando ao negar saber qual seria. Descarregou a carne que transportava pelas 18h e, em seguida, *Cabelo* chegou ao local na garupa de uma motocicleta, embarcou no caminhão e determinou que seguisse suas ordens. Ao chegarem à sede da TUP, Cabelo mandou estacionar no interior da quadra e, embora tenha relutado, diante do número de pessoas presentes na ocasião (cerca de quarenta ou cinquenta), obedeceu a ordem. *Cabelo* desembarcou, mandou que aguardasse, pois iria encontrar o *patrão* no posto de abastecimento existente nas imediações. Nesse ínterim, chegaram os policiais federais e determinaram que todos se deitassem no chão, o que, inicialmente, achou tratar-se de *brincadeira.* Enquanto eles dominavam os presentes e revistavam o caminhão, alguém bateu no portão (possivelmente o *dono da droga*, trazido por *Cabelo*), mas um dos policiais abriu o portão rapidamente e determinou que fosse embora. Na sequência, vasculharam o caminhão diversas vezes, por cerca de *uma hora e pouco*, até que um deles gritou: *bingo, achei, achei* (*sic*). Então, perguntaram quem era o motorista e se apresentou imediatamente. Foi questionado a respeito dos demais envolvidos na operação ilícita, mas nada revelou porque não sabia. Então, um deles indagou se todos os detidos deveriam ser conduzidos à delegacia e obteve a determinação, *possivelmente do delegado* (*sic*), no sentido de que escolhesse alguns, senão lhes daria muito trabalho. Por fim, disse ter conhecido os demais acusados somente no dia da prisão e assegurou que nenhum deles tem envolvimento com a droga.

No entanto, suas palavras não convencem porque, além de contraditórias e inconsistentes, foram infirmadas pelas demais provas, senão vejamos.

Os policiais federais FABIO TAKEBAYASHI ROMANO e ENRICO LUCCHETTI sempre informaram fazer parte do *núcleo de operações* da Polícia Federal e, na data dos fatos, foram designados pela *chefia* (*Marco Roberto*) para acompanharem indivíduo (identificado por fotografia que receberam) que desembarcaria no aeroporto de *Congonhas*, vindo de Santa Catarina, SC. Também foram informados que o *alvo* estaria envolvido em negociação de grande volume de drogas, razão pela qual a ação contou com cerca de dez agentes, distribuídos em quatro ou cinco viaturas descaracterizadas, certo que os depoentes ocupavam veículos distintos. Cumprindo a determinação da *chefia*, deslocaram-se ao aeroporto referido, onde presenciaram a chegada do acusado RODRIGO, entre 17 e 18h, e seu encontro com ROGÉRIO. Após lancharem no restaurante *McDonald's* existente no local, embarcaram na camionete *S-10*, conduzida pelo último, e circularam por diversos locais da cidade, notadamente pela zona leste e, em seguida, rumaram ao entreposto do grupo *Pão de Açúcar*,

Acesso ao Sumário

situado na cidade de Osasco, SP, certo que, durante todo o trajeto, os agentes ocupantes das viaturas que compunham a equipe, operando em sistema de rodízio para não serem identificados, sempre mantiveram contato visual com a *S-10*. No centro de distribuição, mantiveram certa distância e observaram o encontro da dupla com o acusado OSCAR, motorista de um caminhão frigorífico. Eles conversaram por cerca de quinze minutos e, a seguir, saíram em comboio rumo à sede da *Torcida Uniformizada do Palmeiras – TUP*. No destino, o veículo *S-10* foi estacionado em um posto de abastecimento vizinho, próximo a um veículo *GM/Astra*, cujo ocupante (MARCELO) desembarcou e ingressou com a dupla (RODRIGO e ROGÉRIO) na sede da torcida, logo após CLADIVAN abrir o portão da quadra para o caminhão estacionar, de ré. Então, após rápida análise da situação e elaboração do plano de abordagem, por aproximadamente quinze minutos, os depoentes e outros três agentes ingressaram na quadra da entidade e renderam todos os presentes, certo que os acusados estavam posicionados na parte traseira do caminhão, mantendo inequívoco contato visual com o material ilícito, já acessado, inclusive, no interior do compartimento secreto existente sob o assoalho, especialmente preparado para ocultar os *tijolos* de entorpecente, os quais, aliás, estavam sendo descarregados na ocasião. Cerca de dez ou quinze integrantes da escola de samba que trabalhavam nas alegorias e fantasias para o carnaval também foram abordados e contidos por medida de segurança, mas todos foram liberados ao final do ato, ante a ausência de indícios no sentido de que estivessem envolvidos com a atividade criminosa. Outros agentes da equipe, anteriormente posicionados em pontos distintos da cidade para a hipótese de alteração da rota do caminhão em tela, juntaram-se a eles após a abordagem. Questionados, os acusados se recolheram ao silêncio e foram presos em flagrante delito. Por fim, esclareceram que as informações que precedem as operações da polícia federal partem do serviço de inteligência, isto é, as ações envolvem setores diversos, razão pela qual não questionaram outros detalhes a respeito da ordem recebida da *chefia* na data dos fatos, aduzindo, ainda, que não registraram a ação por fotografias ou video em razão de sua dinâmica.

Acesso ao Sumário

E o delegado federal Mauro Ferreira Guimarães confirmou o procedimento da instituição, tanto que não estava presente no momento da abordagem, mas foi acionado – no plantão – para lavrar o flagrante, versando a respeito de prisão concretizada após vigilância de caminhão que transportava cerca de 320 kg de *cocaína*, cujos envolvidos foram surpreendidos no interior da sede da *Torcida Uniformizada do Palmeira – TUP*, enquanto descarregavam a droga.

De outra parte, as testemunhas arroladas pelas defesas procuraram corroborar os roteiros defensivos externados pelos recorrentes, porém, sem êxito.

O escultor Gelson dos Santos Coelho, arrolado pela defesa de RODRIGO, confirmou estar no local dos fatos e ter conversado *muito rápido* com o acusado

(apontado pelo advogado durante a audiência e indicado como sendo *Ricardo* ao ser indagado pelo Promotor de Justiça), entre 20 e 20h30, oportunidade em que orçou entre R$ 1.500,00 e R$ 2.000,00 a *escultura de um gavião* (medindo 3x4m), que poderia ser confeccionada em até um dia e meio, na sede da *TUP* ou em Santa Catarina, se o presidente *Marcelo* (não Ricardo, como declarou o réu) o liberasse. Em seguida, recolheu-se para descansar, mas, pouco tempo depois, foi acordado por agentes da polícia federal e conduzido à quadra, onde permaneceu deitado por cerca de uma hora e meia com outras trinta pessoas, aproximadamente, certo que desse grupo ninguém foi preso. Ouviu muito barulho durante as buscas e, em dado momento, notou que os policiais comemoraram a localização de algo que não precisou. Declarou conhecer WELLINGTON (apontado por seu advogado) porque era diretor da escola e estava envolvido com os preparativos para o carnaval e ajudava a manobrar (ou coordenar) os carros alegóricos. Não se recorda do motorista do caminhão nem se conversou com ele na ocasião.

Vital Joaquim Poleto, pai de RODRIGO, disse não saber o motivo da prisão do filho e informou que ele trabalha na área administrativa da empresa da família, do ramo de alimentação (*fast food*), embora não conste do contrato social, em razão de restrições cadastrais. Paralelamente, participa da torcida organizada do Figueirense (*Gaviões Alvinegro*), mas não soube informar detalhes da atividade ou da viagem que ele fez a São Paulo.

Carlos José Laus (*Bola*), presidente de honra da mesma *torcida* onde RODRIGO atuava como *relações públicas*, contou que, após reunião realizada na quarta-feira antes do jogo, em sua casa (não na praça em frente ao estádio, como informou o acusado), para resolver a questão relativa à escultura da escola de samba, o atual presidente (*Felipe*) entrou em contato com integrante da *Torcida Jovem do Santos* que lhe indicou um *carnavalesco* que poderia ajudá-lo, mas ele estaria trabalhando na *TUP*. Como conhece seu presidente (*Marcelão*), lhe telefonou (à tarde) e disse que mandaria *um cara* (RODRIGO) para acertar os detalhes da contratação. Durante a mesma conversa, indagou *Marcelão* se ele teria alguém para buscar RODRIGO no aeroporto e recebeu o contato telefônico de um taxista que o atenderia, na quinta-feira. Então, compraram a passagem na manhã do mesmo dia, certo que RODRIGO *voltaria na sexta, logo cedo*. Por fim, consignou que o acusado MARCELO é filho do presidente da *TUP, Marcelão*, anteriormente referido.

Sérgio Felipe Back (*Felipe*), atual presidente da *torcida* em tela, disse conhecer o acusado MARCELO em razão das atividades da agremiação, pois já o viu na arquibancada. Confirmou, outrossim, que RODRIGO (apontado em audiência) exercia a função de relações públicas na sua gestão e foi designado para resolver a questão do *tripé* em São Paulo, durante reunião realizada na véspera de jogo do *Figueirense*. Corroborou, ainda, a forma como chegaram ao

Acesso ao Sumário

escultor que contratariam, em conformidade com os relatos de Carlos (*Bola*), inclusive a respeito do contato telefônico do taxista Valterlei, com quem acertou os detalhes para que ele buscasse RODRIGO no aeroporto. Aduziu que a escultura seria *coisa simples*, pois o tripé já existia e era o mesmo já utilizado em anos anteriores, precisava somente de adequação para o tema do ano corrente, razão pela qual pretendiam contratar o profissional referido, de outro estado, como era hábito em Santa Catarina. A escola desfilaria no domingo, então, realizaram a reunião na quarta-feira, RODRIGO viajou no dia seguinte e retornaria na sexta-feira com a resposta a respeito da contratação. Se fosse positiva, comprariam a passagem no mesmo dia e a enviariam ao escultor, porém, a despeito da prisão de RODRIGO, não houve desfile, em razão de *decisão do Ministério Público*, cujos detalhes não soube informar.

José Libero Corregio, proprietário de empresa que fornece material (*uniformes*) a diversas torcidas organizadas (*Terceira Geração*) confirmou que RODRIGO era seu cliente, por indicação de membro da *Torcida da Gaviões*. Atendia diversas torcidas e era comum o encontro de seus membros na sede da empresa. RODRIGO esteve no local em diversas oportunidades (ao menos duas vezes por mês) e ali permanecia por cerca de duas a três horas elaborando o *produto* com a *modelista* e, em tais ocasiões, revelou-lhe que sua principal atividade profissional era ligada ao ramo de alimentação, mas, por *amor* (*sic*), também atuava em torcida de Santa Catarina. Informou já ter atendido pedido da *TUP* – oportunidade em que esteve com *Marcelo* (possivelmente o pai do acusado homônimo) por cerca de três horas – apenas uma vez, há aproximadamente oito meses, e parte da encomenda sequer foi retirada. Por fim, disse não conhecer o acusado WELLINGTON, apresentado por seu patrono em audiência como sendo diretor da *TUP.*

Augusto dos Reis Maurício, proprietário de micro-ônibus, disse conhecer ROGÉRIO (também apontado em audiência) em razão do trabalho que desenvolve (a testemunha) junto a uma cooperativa de transporte coletivo, certo que o acusado é somente coordenador da linha *Guarani-Metro Tatuapé*, pois não possui *ônibus.* Não soube informar, porém, se ele desenvolve outra atividade ou se possui veículo particular.

Acesso ao Sumário

O taxista Valterlei Oliveira Botelho, por sua vez, disse ter se inteirado a respeito dos fatos por meio de comentários somente. Instado, pela defesa, a relatar detalhes sobre *serviço* contratado com ***alguém do sul***, disse que, por ser taxista autônomo, distribui cartões sociais por onde passa e, no *dia 25 mais ou menos de fevereiro* (25.2.2014, dois dias antes da prisão, portanto), foi acordado, entre 7 e 8h, por telefonema de um *rapaz* (inicialmente não identificado, de origem desconhecida, pois negou ao Promotor de Justiça ter dito que se tratasse de *alguém do sul*) com quem acertou corrida ao aeroporto de *Congonhas,* onde deveria buscar um passageiro (não identificado), cujo destino

não lhe foi informado nem quanto tempo ficaria à sua disposição. Não ajustou o valor da viagem, pois seria cobrado por meio de taxímetro. Todavia, no decorrer do dia, surgiram viagens *mais vantajosas* que o impediram de cumprir o que havia combinado com o cliente referido. Então, passou na sede da *TUP*, entre 12 e 13h, (visita cuja razão não esclareceu, considerando que o cliente não lhe informou o destino do passageiro), onde, durante conversa com *o pessoal*, recebeu indicação de ROGÉRIO (identificado em audiência). Já o conhecia *de vista* e sabia que ele também trabalhava *com transporte* (isto é, era *coordenador de linha de lotação*). Então, conversaram a respeito da viagem e ficou acertado que ROGÉRIO, para ajudá-lo, buscaria o passageiro, mesmo não sabendo se ele (ROGÉRIO) dispunha de veículo próprio para o executar o transporte. Na sequência, telefonou ao contratante (agora identificado como sendo *Felipe*) e informou-lhe que não poderia buscar o passageiro como haviam combinado, mas a *corrida* seria realizada por outro motorista, seu conhecido, que poderia ser identificado pelas vestes que trajava (*camisa cor-de-rosa e boné verde*).

Luiz Felipe Bellegarde Silva disse ser integrante da *TUP* desde 2003, razão pela qual conhece WELLINGTON, por ser diretor. Na data dos fatos, chegou à sede da agremiação, entre 1 ou 2h, em companhia da testemunha Bruno Ferreira Guzzon, e, cerca de dois minutos depois, chegaram vários carros na contramão e foram abordados por policiais federais, enquanto conversavam com CLADIVAN no portão da quadra. Foram obrigados a permanecer deitados, próximo a um caminhão, com a *cara no chão*, por cerca de quatro ou cinco horas, com outras quarenta ou cinquenta pessoas. Durante esse período, ouviu muita conversa entre os policiais e barulho, certo que a droga foi encontrada cerca de duas ou três horas depois da abordagem, momento em que os agentes festejaram o feito.

Bruno Ferreira Guzzon prestou depoimento no mesmo sentido, mas destacou ter sido ameaçado pelos policiais de *levar tiro na cabeça* se olhasse para os lados. Também aduziu que somente não foi preso porque, segundo um policial lhe disse, *tinha muitas pessoas para levar e não tinha espaço* (*sic*, 7m10s).

Por fim, Rodrigo Lopes dos Santos (possivelmente o *Paulista* referido por MARCELO, em audiência), a seu lado, disse ter ido ao local dos fatos para ajudar no transporte dos carros alegóricos, que estavam estacionados no *barracão,* para a quadra, onde seriam finalizados. Fazia parte de uma das equipes de transporte junto com MARCELO, mas foi-lhe determinado que voltasse à quadra para retirar seu carro, que estava estacionado no interior da escola, junto a outro. Porém, ao chegar no local, uma pessoa desconhecida estava fechando o portão. Então, gritou para que o deixasse retirar o veículo, mas foi rendido pelo policial e obrigado a deitar-se no chão, junto com outros integrantes da escola (mais de dez pessoas), mas não soube indicar ao lado de quem permaneceu. Também ouviu

Acesso ao Sumário

muito barulho durante a abordagem, mas não sabia o que estava acontecendo, pois quem olhava para os lados era agredido, os policiais ameaçavam chutar e diziam que iriam estourar suas cabeças. Em dado momento (cerca de uma hora após a abordagem) houve muita comemoração, mas só soube o motivo quando o caminhão com drogas deixou o local, ao amanhecer.

Nesse contexto, em que pese o empenho das combativas defesas, a condenação dos réus reclamada pelo Ministério Público, nos termos da denúncia, é medida que se impõe, sobretudo diante do teor dos depoimentos dos policiais federais responsáveis pelas prisões em flagrante, pois, ao contrário do que se sustenta, confirmaram os termos da inicial acusatória e evidenciaram a responsabilidade criminal de todos os acusados no que tange aos crimes de tráfico ilícito interestadual e associação para esse fim, não se cogitando de contradição de relevo nem de viés sorrateiro, a revelar que merecem credibilidade e não podem ser simplesmente ignorados porque foram seguros e coerentes, desde o início, e, ademais, não tinham motivos para atribuir-lhes crimes de tal gravidade, sobretudo porque nada nesse sentido foi demonstrado pelas provas a cargo das dd. defesas, ao contrário, os relatos das testemunhas que arrolaram, inconsistentes e contraditórios, reforçam a convicção a respeito do envolvimento de todos eles nas empreitadas ilícitas, mormente porque tais depoimentos não se mostraram suficientes para infirmar os relatos dos policiais federais no sentido de que todos (inclusive, WELLINGTON, MARCELO e CLADIVAN) mantinham contato visual com a droga no momento da abordagem, em meio à descarga do material ilícito e, por conseguinte, estavam envolvidos com o entorpecente, razão pela qual foram presos em flagrante, em detrimento de outras tantas pessoas que estavam no mesmo sítio no momento da abordagem, mas foram liberadas, justamente porque nada indicava participação nos crimes em estudo.

E também não se vislumbra ilegalidade ou inconstitucionalidade no depoimento desses agentes porque, na condição de testemunhas, como qualquer pessoa (CPP, art. 202), prestam compromisso e estão sujeitos às penas por falso testemunho que, como visto, não tinham razão para incriminá-los, graciosamente, tanto que foram ouvidos em audiência e não foram contraditados no momento oportuno (CPP, art. 214).

E, diante da natureza e da variedade do entorpecente apreendido, da forma como estava embalado, a granel, em formato de tabletes, prontos para a distribuição em larga escala, aqui e em outro Estado da Federação, inequivocamente ao consumo de terceiros, e do sugestivo contexto fático em que ocorreu a prisão em flagrante – concretizada em razão de precisas informações levantadas pelo serviço de inteligência da Polícia Federal, acompanhadas de fotografia do acusado RODRIGO (denunciado, não por acaso, por envolvimento em crimes de idêntica natureza no seu Estado de origem, como se infere do ofício juntado a fls. 1036/1049), além de informar o horário que ele desembarcaria

no aeroporto de *Congonhas* para tratar, pessoalmente, da vultosa negociação, envolvendo mais de trezentos quilos de *cocaína*, que resultou frustrada em razão de diligente trabalho policial coroado com a prisão dos acusados no momento em que descarregavam as porções ilícitas no local dos fatos – infere-se, seguramente, que o entorpecente apreendido na ocasião se destinava ao comércio proscrito.

O artigo 33 da Lei de Tóxicos é de conteúdo múltiplo e descreve diversas condutas, bastando para a sua caracterização a prática de apenas uma delas. Na espécie, as condutas típicas *adquirir, transportar e guardar* – substância entorpecente para fins de mercancia, isto é, venda, distribuição ou entrega ao consumo de terceiros – ficaram configuradas e se subsumem perfeitamente ao tipo penal.

De outro vértice, também assiste razão ao Ministério Público quando reclama a condenação dos réus nos termos do artigo 35, *caput*, da Lei de Drogas, porque não restou dúvida acerca da existência de associação entre os acusados para a prática criminosa, especialmente diante da grandiosidade da operação comercial que se concretizaria neste Estado, envolvendo agentes de outros dois entes da Federação, marcada por grande esforço logístico e sofisticação, diante da utilização de caminhão frigorífico dotado de compartimento secreto especialmente preparado para o transporte de drogas (bem sucedido, diga-se, por não ter sido descoberto durante o longo trajeto que percorreu), a revelar, portanto, inequívoco, que estavam – sim – associados para a prática reiterada, ou não, do tráfico ilícito, sem deslembrar que a ação conjunta e coordenada multiplica o poder de ação desses criminosos, tornando a atividade mais lesiva à sociedade e à saúde pública.

E ainda que fosse possível crer que o acusado OSCAR (agraciado com caminhão de grande valor econômico para o fim específico de transportar drogas sempre que solicitado por seus *patrões*) tenha sido preso em sua primeira viagem, ou ainda que não tivesse ficado demonstrado o ajuste prévio entre os acusados, nem a prática reiterada de infrações, o tipo penal em comento não exige associação permanente para a sua caracterização, porquanto diz respeito à cooperação entre duas ou mais pessoas para a *prática reiterada, ou não*, da mercancia, evidenciando que basta uma ação criminosa executada com essa finalidade para que o crime conexo em tela se aperfeiçoe, independentemente da existência, ou não, do conluio antecedente e da ausência de reiteração de condutas destinadas ao tráfico.

Ou o transporte de grande quantidade de entorpecente num caminhão (preparado especialmente para tal finalidade, repise-se), que era escoltado por outro veículo, como no caso, não configura associação para o tráfico ilícito?

Em suma, respeitado o entendimento esposado em sentido contrário, a

Acesso ao Sumário

condenação dos acusados, também na parcela, é imperiosa.

Do mesmo modo, a causa de aumento relativa ao tráfico interestadual resultou configurada e foi comprovada, incontroversa, aliás, diante da expressa confissão de OSCAR a esse respeito, pois confirmou ter recebido a droga na cidade de Ponta Porã, MS, com a incumbência de entrega-la nesta capital.

Passa-se, pois, à dosimetria.

As sanções estabelecidas na r. sentença com relação ao crime de tráfico ilícito, exigem ajuste somente para se aplicar o aumento de 1/6 (fração que se justifica pelo tráfego entre somente dois Estados da Federação), decorrente da causa especial de aumento relativa ao tráfico interestadual, mantendo-se seus demais termos, ante o limite do inconformismo do *parquet,* uma vez que, a despeito do expressivo montante de entorpecente apreendido (317kg de *cocaína*, vale repisar), as básicas de RODRIGO, OSCAR e ROGÉRIO foram majoradas de modestos 3/5, perfazendo, pois (com o acréscimo de mais 1/6 referido alhures), com relação aos dois primeiros, individualmente, nove anos e quatro meses de reclusão e novecentos e trinta e três dias-multa, no piso no que tange a OSCAR e no valor unitário correspondente a meio salário mínimo no que se refere a RODRIGO, diante de sua condição de *empresário.*

Quanto a ROGÉRIO, ainda na primeira fase, suas penas foram acrescidas de mais 1/6, por ostentar maus antecedentes (fl. 14, do apenso) e, a seguir, de mais 1/3, diante da reincidência (específica) atestada pela certidão juntada a fls. 11/12, do mesmo apenso, concretizando-se, pois (também com o novo acréscimo de 1/6), catorze anos, seis meses e seis dias de reclusão e mil, quatrocentos e cinquenta e um dias-multa, no piso.

E, no que concerne aos acusados ora condenados por tráfico ilícito, impõe-se a manutenção dos mesmos critérios aplicados anteriormente, majorando-se suas básicas na mesma proporção (de 3/5) e aplicando-lhes o aumento de 1/6, em razão da causa de aumento, perfazendo, com relação a CLADIVAN e MARCELO (primários), individualmente, nove anos e quatro meses de reclusão e novecentos e trinta e três dias-multa, no valor unitário mínimo.

Quanto ao acusado WELLINGTON, suas reprimendas ficam majoradas, também na primeira fase, de mais 1/3, diante da presença de duas condenações definitivas aptas a configurar maus antecedentes (fls. 15 e 23, do apenso), uma das quais por crime de tráfico ilícito, o que impõe maior rigor na dosagem das penas, perfazendo, assim, com o aumento de 1/6 relativo à majorante, doze anos, cinco meses e dez dias de reclusão e mil, duzentos e quarenta e três dias-multa, no piso.

E, no que tange ao crime conexo (associação para o tráfico), em homenagem ao princípio da proporcionalidade, imperativa a majoração das penas com os mesmos aumentos aplicados ao crime de tráfico (em razão do montante de

Acesso ao Sumário

entorpecente, dos maus antecedentes, da reincidência e da causa de aumento), perfazendo, pois, no que respeita aos acusados primários, RODRIGO, OSCAR, CLADIVAN e MARCELO, individualmente, cinco anos, sete meses e seis dias de reclusão e mil, trezentos e seis dias-multa, no piso para os três últimos, e no valor unitário de meio salário mínimo no que concerne a RODRIGO, pela razão já exposta.

As sanções de ROGÉRIO, por ser portador de maus antecedentes e reincidente específico, perfazem oito anos, oito meses e dezesseis dias de reclusão e dois mil e trinta e um dias-multa, no patamar unitário mínimo.

Já as de WELLINGTON, portador de maus antecedentes, como se mencionou alhures, perfazem sete anos, cinco meses e dezoito dias de reclusão e mil, setecentos e quarenta e um dias-multa, no piso.

Somadas em razão do concurso material, as penas de RODRIGO, OSCAR, CLADIVAN e MARCELO totalizam, isoladamente, catorze anos, onze meses e seis dias de reclusão e dois mil, duzentos e trinta e nove dias-multa; as de WELLINGTON, dezenove anos, dez meses e vinte e oito dias de reclusão e dois mil, novecentos e oitenta e quatro dias-multa; e, por fim, as de ROGÉRIO, vinte e três anos, dois meses e vinte e dois dias de reclusão e três mil, quatrocentos e oitenta e dois dias-multa.

Inviável, diante do *quantum* ora estabelecido, bem assim das demais circunstâncias anteriormente explicitadas, a concessão de qualquer benefício aos réus, notadamente a aplicação do redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, diante da inequívoca dedicação de todos à criminalidade, evidenciada, sobretudo, pela condenação que ora se impõe pelo crime de associação para o tráfico; e a alteração da regência carcerária, porque correta a imposição de regime fechado para o início da expiação, por ser o único adequado, suficiente e condizente com agentes desta estirpe e, por conseguinte, para a prevenção e repressão de crimes desta natureza, pois nefastos à saúde pública, à vida, às famílias e à sociedade, porquanto, além dos malefícios ao indivíduo, o entorpecente e o seu comércio fomentam a prática de delitos, justamente para o fim de viabilizá-lo, atingindo patamares e consequências incomensuráveis.

Acesso ao Sumário

E embora não se desconheça o teor do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, não há se cogitar de sua aplicação imediata nesta seara, vale dizer, sem elementos concretos a respeito da existência (ou não) de outras condenações em desfavor dos acusados, do comportamento deles no cárcere e do efetivo lapso que permaneceram presos, a recomendar a prudência e o bom senso que a questão relacionada à detração penal, bem assim o pleito de redução das sanções pecuniárias reclamadas por OSCAR e RODRIGO, com esteio em aventada hipossuficiência, sejam analisados por primeiro pelo juízo das execuções, a fim de evitar supressão de instância e violação ao duplo grau

de jurisdição.

Em arremate, 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 mandados de prisão, *incontinenti*, em desfavor de WELLINGTON DAPRETO DIAS, MARCELO AVANÇO LIMA e CLADIVAN FRANCISCO DOS SANTOS, mesmo porque todos foram condenados a cumprir pena privativa de liberdade em regime fechado.

Por tais razões, REJEITADAS AS PRELIMINARES, NEGA-SE PROVIMENTO aos recursos defensivos e DÁ-SE PROVIMENTO ao reclamo do MINISTÉRIO PÚBLICO para:

A) RECONHECER a presença da causa de aumento relativa ao tráfico interestadual de drogas, prevista no artigo 40, V, da Lei nº 11.343/06, e majorar as penas relativas ao crime de tráfico ilícito impostas a RODRIGO ABIB POLETO e OSCAR WOCHARTE FILHO, individualmente, a nove anos e quatro meses de reclusão e novecentos e trinta e três dias-multa; e as de ROGÉRIO PEREIRA NETO a catorze anos, seis meses e seis dias de reclusão e mil, quatrocentos e cinquenta e um dias-multa;

B) CONDENAR RODRIGO ABIB POLETO e OSCAR WOCHARTE FILHO, individualmente, a cinco anos, sete meses e seis dias de reclusão e a mil, trezentos e seis dias-multa; e ROGÉRIO PEREIRA NETO a oito anos, oito meses e dezesseis dias de reclusão e a dois mil e trinta e um dias-multa, no piso quanto ao último e OSCAR, e no valor unitário de meio salário mínimo no que respeita a RODRIGO, todos em regime fechado e por infração ao disposto no artigo 35, *caput,* combinado com o artigo 40, V, da Lei nº 11.343/06; e,

C) CONDENAR WELLINGTON DAPRETO DIAS a dezenove anos, dez meses e vinte e oito dias de reclusão e a dois mil, novecentos e oitenta e quatro dias-multa, no piso; e MARCELO AVANÇO LIMA e CLADIVAN FRANCISCO DOS SANTOS, individualmente, a catorze anos, onze meses e seis dias de reclusão e a dois mil, duzentos e trinta e nove dias-multa, no valor unitário mínimo, todos em regime fechado e por infração ao disposto no *caput* dos artigos 33 e 35, combinados com o artigo 40, V, da Lei de Drogas, na forma do artigo 69, do Código Penal, mantendo-se os demais termos da r. sentença. Expeçam-se mandados de prisão, imediatamente.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008866-

71.2013.8.26.0606, da Comarca de Suzano, em que é apelante ED CARLOS GONCALVES 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 30.751)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), CAMILO LÉLLIS e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 8 de novembro de 2016.

IVAN SARTORI, Relator

Ementa: Apelação – Uso de documento falso – Autoria e materialidade bem comprovadas – Narrativa policial a corroborar a confissão judicial parcial – Atipicidade – Inocorrência – Conduta que feriu a fé pública – Entendimento já sumulado pela Instância Especial (Súmula 522) – Crime formal, que se consuma com a utilização do documento – Precedentes – Condenação que se sustenta – Penas mantidas – Confissão que nem era de ser considerada, diante da recidiva, que é preponderante, do flagrante e do confesso qualificado, conformada a acusação, todavia – Precedentes – Regime que se sustenta – Recurso desprovido.

VOTO

Ação penal em que incurso o réu no arts. 304 c.c. 297 "caput", ambos do Código Penal.

A r. sentença é de procedência, impostas as penas de 02 anos de reclusão, em regime semiaberto, e 10 dias-multa, unitário mínimo, negada substituição por restritiva de direitos.

Recorre a defensoria, buscando a absolvição, dada a atipicidade da conduta, quer pelo fato de o documento não ter sido exibido aos policiais, quer porque ausente dolo, dês que, foragido da Justiça, agiu o réu em autodefesa (fls. 132/5).

Contrarrazões às fls. 140/2.

A Procuradoria de Justiça é pelo desprovimento (fls. 151/3).

Recurso bem processado.

É o relatório, adotado, no mais, o de primeiro grau.

Acesso ao Sumário

A teor do termo circunstanciado de fls. 03/5, b.o. de fls. 06/8, auto de exibição e apreensão de fls. 09/10 e laudo documentoscópico de fls. 53/4, o réu foi pilhado por policiais militares porque fazia uso de documentos falsos.

É dos autos que agentes da lei, em patrulhamento de rotina, avistaram-no em atitude suspeita. Realizaram a abordagem, momento em que ele apresentou cédula de identidade e carteira nacional de habilitação em nome de "Alexandre de Souza Silva" RG nº (...) e CNH nº (...). Mas, ao ser indagado acerca de suas qualificações, o abordado entrou em contradição e acabou confessando sua verdadeira identidade.

Em solo policial, Ed Carlos alegou que "*sabia tratar-se de pessoa procurada por homicídio, e que face os fatos que antecederam o crime se viu despojado de seus documentos e que assim em São Paulo, conseguiu adquirir de pessoa desconhecida documento falso; entrementes não fez qualquer uso; que por ocasião da sua abordagem o declarante forneceu seus dados verdadeiros...*" (fl. 15).

Em juízo, confessou parcialmente a prática delitiva, afirmando que, de fato, tinha consigo a cédula de identidade e a carteira nacional de habilitação em nome de outra pessoa, mas com sua fotografia. Assim agia, pois estava sendo acusado em outro processo e, por conta disso, era constantemente ameaçado por policiais e bandidos. A única maneira que encontrou para se defender e se esconder foi a aquisição dos aludidos documentos. Em momento algum, utilizou as peças para prejudicar alguém. Comprou os documentos em 2010, no centro de São Paulo, e pagou R$ 200,00, cada um. Negou, contudo, que os tivesse exibido aos policiais, sendo que estes os encontraram dentro de sua carteira, que estava no interior do carro (mídia de fl. 97).

Mas, os policiais oficiantes foram firmes em seus testemunhos ao azo do flagrante, confirmando, em juízo, a versão antes apresentada, tudo em conformidade com a peça matriz. Asseveraram, inclusive, que o increpado exibiu os documentos e, depois de alguma dificuldade em responder perguntas, acabou confessando que eram falsos e que, desde 2.008, era procurado pela Justiça, em decorrência de um homicídio praticado contra um policial militar (fls. 13/4 e mídia de fls. 97).

E não é de suspeitar-se da narrativa dos policiais, em inexistindo fator ao revés e prestando eles compromisso como qualquer testemunha.

Nessa senda:

"(...) 4. Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal." (HC 217475, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 09/11/11).

E o simples fato de fazer o réu uso de documento falso, como no caso, já caracteriza o crime do art. 304.

Então, não se cuida de mera atribuição de falsa identidade, a justificar a tese da autodefesa.

E, mesmo que se tratasse do delito último, apenas para argumentar, essa tese já foi repudiada, há muito, até pela Suprema Corte, conforme segue:

> *"CONSTITUCIONAL. PENAL. CRIME DE FALSA IDENTIDADE. ARTIGO 307 DO CÓDIGO PENAL. ATRIBUIÇÃO DE FALSA INDENTIDADE PERANTE AUTORIDADE POLICIAL. ALEGAÇÃO DE AUTODEFESA. ARTIGO 5º, INCISO LXIII, DA CONSTITUIÇÃO. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL. CONFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE NO SENTIDO DA IMPOSSIBILIDADE. TIPICIDADE DA CONDUTA CONFIGURADA. O princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP). O tema possui densidade constitucional e extrapola os limites subjetivos das partes."* (RE 640.139/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 22.09.2011).

Diante disso, o STJ alterou sua posição e passou a acompanhar a orientação da Suprema Corte, editando, inclusive, a Súmula 522: "*A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa*".

Traga-se, inclusive, o laudo pericial de fls. 53/4, a expressar: "*Conquanto que os impressos da carteira nacional de habilitação, "espelho" nº 300594773 e Carteira de Identidade de R.G. nº (...), em nome de Alexandre de Souza Silva, citadas no capítulo peças de exame, apresentem elementos de segurança documental em sua confecção, ainda assim os mencionados documentos são espúrios. A natureza espúria dos aludidos documentos amparam-se: no tipo de impressão utilizada para numerar o impresso da carteira nacional de habilitação, e ainda pela existência de tarja sem holograma presente na CNH em apreço, sendo que a mesma diverge dos respectivos elementos utilizados nos documentos legítimos desta natureza; e na qualidade da perfuração mecânica da sigla do órgão de identificação sobre a fotografia do titular da Carteira de Identidade*".

Hialina, então, a prática delitiva, pois a conduta ofendeu claramente a fé pública.

No respeitante:

> *"(...) Apesar da ausência do documento falsificado nos autos, a contrafação foi bem comprovada. Há laudo de exame pericial realizado*

Acesso ao Sumário

sobre o documento encartado nos autos (fls. 15/19). Ademais, em momento algum insistiu a defesa na legitimidade do documento, preferindo argumentar no sentido de que CLAUDEMIR simplesmente não sabia que a CNH era falsificada. Tal alegação, por óbvio, é absurda. Impossível admitir que alguém acreditasse que alguém que "comprou uma carteira de habilitação de um indivíduo conhecido por 'Gambá' na cidade de Nova Londrina/PR, pagando a quantia de R$ 1.600,00" não tivesse ciência da falsidade do documento. As exigências para obter habilitação para a condução de veículo automotor são públicas e notórias, revelando-se inadmissível a alegação de que cria na veracidade e regularidade do documento, razão porque merece a condenação que lhe foi imposta" (Apelação nº 0050679-94.2012.8.26.0515, Rel. Otávio de Almeida Toledo, 5ª Câmara Extraordinária, j. 15/05/2015).

Registre-se, outrossim, que o delito em questão é formal e instantâneo, consumando-se com a simples utilização do documento, independentemente de qualquer proveito ou ocorrência de dano efetivo, já que o bem jurídico protegido é a fé pública.

E, ao contrário do que alega a defesa, a apresentação do documento se deu de forma espontânea e voluntária, quando solicitado pelos policiais.

No particular:

"(...) Sobre a tipicidade da conduta, anoto meu entendimento no sentido de que, se preferiu o agente exibir o documento falso aos policiais, fez inegável uso dele. Poderia, se quisesse, deixar de apresentá-lo, submetendo-se, daí, a consequências outras. Quer isso dizer que houve voluntariedade na sua ação. O dolo se acha, assim, demonstrado. Noutras palavras, entendo que a Lei não exige a espontaneidade do agente para a configuração do crime. Não fosse assim, estaria assegurada a impunidade a malfeitores; afinal, que situação teríamos se o policial, para bem fiscalizar, não solicitasse a documentação, sabedor de que, se o fizesse, o agente poderia exibir documento falso sem correr o risco de ser responsabilizado criminalmente? O agente, de sua parte, não o apresentaria, porque não foi instado a fazê-lo (!?) Bem diferente seria o caso do documento falso chegar às mãos do policial contra a vontade do agente (durante busca pessoal, por exemplo)" (Apelação nº 0021906-76.2012.8.26.0050, Rel. Souza Nery, 9ª Câmara, j. 27/08/2015).

Invoquem-se, ainda, precedentes desta Câmara:

"Uso de documento falso. Cédula de Identidade. Condição de falso estabelecida. Autoria incontroversa. Testigos incriminatórios de Policiais Militares. Confissão judicial, ademais. Prova boa à condenação. Ausência de dolo na conduta. Inocorrência. Atipicidade da conduta afastada.

Irrelevância de uso não espontâneo. Conduta típica. Apenamento e regime acertados. Impossibilidade de compensação da reincidência com a confissão espontânea. Apelo improvido" (Apelação Criminal nº 0114915-92.2012.8.26.0050, Rel. Des. Luis Soares de Mello, j. 24.02.2015);

"FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. (...). Os policiais militares Daniel Ribeiro Gonçalves e Vinícius Takeshi Sayki relataram que estavam em patrulhamento, quando receberam denúncia de que o réu estava no interior de um bar e que contra ele havia mandado de prisão expedido. Após diligências, localizaram o recorrente, que lhes apresentou uma cédula de identidade em nome de José Rodrigo da Silva. Indagado, o apelante, informalmente, admitiu a adulteração no documento (fls. 62, 98 e 208/209). (...). O acusado em seu interrogatório demonstrou que tinha ciência da falsidade do documento. Admitiu que era procurado pela Justiça e, por esse motivo, praticou o delito. (...). Ressalte-se que, para a caracterização do crime em análise exige-se apenas o dolo genérico, que compreende a ciência da falsidade do documento (JTJ LEX 216/305), circunstância esta que se observa no presente caso. Também não se diga que deve haver apresentação do documento para a configuração do delito. A consumação do crime tipificado no artigo 297, caput, do Código Penal ocorre com a falsificação ou adulteração do objeto material do tipo, qual seja, o documento público, sendo irrelevante a produção de qualquer outro resultado. (...) Não se exige, portanto, a produção de dano efetivo: basta a potencialidade do dano, uma vez que o bem jurídico protegido pela norma é a fé pública, violada com a falsificação ou adulteração do documento público. Inviável, nesse contexto, o acolhimento das pretensões absolutória ou desclassificatória." (Apelação Criminal nº 0002889- 98.2011.8.26.0079, Rel. Des. Willian Campos, j. 08.04.2014).

Como se não bastasse, a falsificação não se caracteriza como grosseira, pois, pela análise dos documentos apreendidos, cujas cópias se encontram a fl. 16, constata-se serem eles plenamente capazes de ludibriar o homem médio.

Nesse contexto, inafastável a condenação.

Passa-se ao exame das reprimendas.

As bases foram estabelecidas no mínimo, vale dizer, 02 anos de reclusão e 10 dias-multa, diária mínima.

Na segunda etapa, a recidiva (roubo majorado – fls. 06 e 08 do apenso) foi compensada com a atenuante da confissão.

Respeitado entendimento do douto magistrado, essa atenuante não era de ser considerada, haja vista o disposto no art. 67 do CP, a prever a preponderância da agravante computada (STF – Primeira Turma – HC 105.543, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 29.04.2014; STF – Segunda Turma – HC 120.677/SP, Rel.

Acesso ao Sumário

Min. Ricardo Lewandowsky, j. 02.04.2014).

A par do que, a jurisprudência afasta a circunstância atenuante da confissão, quando existe flagrante, como na espécie (STF – HC 101861/MS, Primeira Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe 09/05/2011; Apelação Criminal nº 0010999-62.2012.8.26.0302, rel des. Euvaldo Chaib).

Também, a confissão qualificada arreda a compensação e, no caso, o réu negou ter exibido os documentos falsos.

Conformou-se a acusação, todavia.

Elegeu-se o regime semiaberto, negada a substituição da corporal, dada a reincidência noticiada.

Em suma: mantém-se o r. édito monocrático, encampada sua motivação (art. 252 RITJ).

Nega-se provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0031594-63.2006.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante/apelado A.D.L., é apelado J.S.N. e Apelado/Apelante 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: "Negaram provimento aos recursos, expedindo-se mandado de prisão em desfavor de A.D.L. V.U." de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.984)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e ROBERTO SOLIMENE.

São Paulo, 10 de novembro de 2016.

SOUZA NERY, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Júri. Crime de homicídio duplamente qualificado, na forma tentada. Condenação de corréu decretada em primeira instância. Pretendida anulação do julgamento, sob o argumento de que a decisão dos jurados contraria a prova dos autos. Impossibilidade. A decisão não é manifestamente contrária à prova dos autos, porque encontra respaldo em uma das versões verossímeis existentes. Precedentes citados. O mesmo se diga em relação às qualificadoras, que foram bem

reconhecidas. Recurso defensivo desprovido.

Júri. Crime de homicídio duplamente qualificado, na forma tentada. Absolvição de corréu decretada em primeira instância. Pretendida anulação do julgamento, sob o argumento de que a decisão dos jurados contraria a prova dos autos. Impossibilidade. A decisão não é manifestamente contrária à prova dos autos, porque encontra respaldo numa das versões verossímeis existentes. Além disso, não há prova segura do envolvimento do acusado nos fatos. Precedentes citados. Recurso ministerial desprovido.

VOTO

Inconformados com a r. decisão de primeira instância,[1] que (1) condenou A.D.L. por envolvimento em crime de homicídio duplamente qualificado,[2] na forma tentada,[3] à pena de nove anos e quatro meses de reclusão,[4] decretando também a perda do cargo público de policial rodoviário federal, e (2) que absolveu J.S.N., com fundamento no artigo 386(IV), do Código de Processo Penal, tanto o sentenciado condenado quanto o representante ministerial apelam, cada um em busca da solução diversa.

O réu objetiva a anulação do julgado, sob o argumento de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova existente. Subsidiariamente, requer a redução da pena e/ou a imposição de regime mais brando.[5]

O **MINISTÉRIO PÚBLICO**, por seu turno, requer a anulação do julgamento em relação ao corréu absolvido, porquanto toda a prova existente o incrimina, devendo, por isso, ser submetido a novo julgamento. Também busca a manutenção da pena de perda do cargo público, já decretada em primeira instância.[6]

Os recursos foram regularmente processados, tendo recebido parecer, desfavorável ao da Defesa e favorável ao ministerial, da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É o relatório.

Os recursos não merecem, no meu entender, acolhida.

1 Fls. 2170-73, 2201-06, 2224-25, Juiz Dr. José Antonio Bernardo, cujo relatório fica adotado.

2 CP, art. 121, § 2º (I) e (IV); c/c arts. 20, § 3º; e 29, ambos também do CP.

3 CP, art. 14(II).

4 No regime inicial semiaberto.

5 Razões de recurso, fls.2374-84.

6 Razões de recurso, fls. 2263-305.

Acesso ao Sumário

A prova existente é desfavorável ao sentenciado, não havendo, daí, que se falar em decisão "manifestamente contrária à prova dos autos", o que significa dizer que a decisão tomada pelos jurados não é arbitrária nem está totalmente dissociada do conjunto fático-probatório.

Com efeito:

Há prova tanto da materialidade do crime quanto da autoria do sentenciado.

A vítima A. confirmou a ocorrência dos fatos. Disse ter sido abordada de surpresa pelo agente (E.), que queria matá-la. Ele quis efetuar vários disparos na sua direção, mas a arma falhou algumas vezes e, em outras, o disparo não a atingiu. Reagiu, tomando a arma do executor. Logo após, ele foi preso, tendo-o reconhecido pessoalmente.

Auto de exibição e apreensão da arma, de munições e de projéteis às fls. 379 e laudo pericial às fls. 411.

Não há, assim, nenhuma dúvida acerca da presença do dolo de matar, apesar de a vítima – felizmente – não ter sido alvejada em nenhuma ocasião.

Quanto ao envolvimento de A., está bem claro nos autos.

Segundo testemunhas ouvidas (O., W. e J.C.M.), A. tentou contratar, antes, outras pessoas para assassinar J.U., tendo sido por elas pessoalmente reconhecido – por uma, inclusive, no plenário do Júri. Elas, no entanto, desistiram de agir e devolveram a arma que seria usada no crime a A. Posteriormente, elas souberam da tentativa de homicídio, que são os fatos aqui apurados. Reconheceram, inclusive, a arma utilizada no crime, devidamente apreendida; ou, ao menos, consideraram-na muito semelhante àquela que tiveram em mãos.

E., o executor do crime, esclareceu, numa das ocasiões em que foi interrogado (fls. 394), ter sido contratado por um tal "L.", claramente enganando-se quanto ao apelido de A., vulgo "L.".

Considere-se, mais, que, além do fato de A. ter claramente interesse na morte de J.U. (como visto acima) – sabe-se que E. enganou-se, tomando A. por J.U. –, estava nas imediações no momento do crime. Interveio e abordou A., deixando – convenientemente – E. evadir-se. Não contava que E. seria incontinenti, detido por policiais militares, que também estavam nas imediações.

A negativa do sentenciado restou isolada no conjunto probatório.

Nessa conformidade, só por esses elementos mencionados, entendo que a decisão dos jurados se harmoniza com a prova carreada, não havendo, por consequência, que se falar em decisão "manifestamente contrária à prova".

Sem prejuízo, anoto que, de qualquer forma, dentre as versões verossímeis existentes nos autos, é lícito ao Júri decidir com base numa delas. No caso, ele optou pela versão sustentada pela acusação, por entender ser, no mínimo, a mais crível.

Acesso ao Sumário

A respeito, reitero meu entendimento inúmeras vezes manifestado:

Não se pode dizer que a decisão seja manifestamente contrária à prova dos autos, vez que encontra respaldo, no mínimo, em uma das versões verossímeis existentes. A respeito, vejam-se estes diversos julgados selecionados:

> JÚRI. EXISTÊNCIA DE TESES ANTAGÔNICAS. OPÇÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA POR UMA DAS VERSÕES. JURADOS QUE SE MANIFESTAM COM APOIO EM ELEMENTOS PROBATÓRIOS PRODUZIDOS NOS AUTOS. LEGITIMIDADE DESSA OPÇÃO. ABSOLVIÇÃO PENAL DO RÉU. REFORMA DO VEREDICTO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, QUE O CONSIDEROU MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS (CPP, ART. 593, III, "d"). OFENSA AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS DO JÚRI (CF, ART. 5º, XXXVIII, "c"). PRECEDENTES. "HABEAS CORPUS" DEFERIDO PARA RESTABELECER A DECISÃO ABSOLUTÓRIA PROFERIDA PELO CONSELHO DE SENTENÇA.
>
> – O julgamento efetuado pelo Conselho de Sentença realiza- se sob a égide do sistema da íntima convicção (RTJ 132/307), que, além de dispensar qualquer fundamentação, acha-se constitucionalmente resguardado tanto pelo sigilo das votações quanto pela soberania dos veredictos (CF, art. 5º, inciso XXXVIII, "b" e "c").
>
> – Embora ampla a liberdade de julgar reconhecida aos jurados, estes somente podem decidir com apoio nos elementos probatórios produzidos nos autos, a significar que, havendo duas ou mais teses ou versões, cada qual apoiada em elementos próprios de informação existentes no processo, torna-se lícito ao Conselho de Sentença, presente esse contexto, optar por qualquer delas, sem que se possa imputar a essa decisão dos jurados a ocorrência de contrariedade manifesta à prova dos autos.
>
> – A decisão do júri somente comportará reforma, em sede recursal (CPP, art. 593, III, "d"), se não tiver suporte em base empírica produzida nos autos, pois, se o veredicto do Conselho de Sentença refletir a opção dos jurados por uma das versões constantes do processo, ainda que ela não pareça a mais acertada ao Tribunal "ad quem", mesmo assim a instância superior terá que a respeitar. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais em geral.[7]
>
> Optando os jurados por uma das vertentes hipotéticas da verdade dos fatos, fundadas pela prova, contra ela não decidem, menos ainda de forma manifesta, mormente quando o decisum está apoiado da prova produzida em juízo, sob as garantias do contraditório.[8]
>
> HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO TORPE E RECUSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA – PEDIDO DE NOVO JULGAMENTO,

7 STF, HC 107.906/SP.

8 STJ, HC 45.825-0/PE, j. 14.2.2006. Veja-se também: STJ, HC 70.962- SP.

Acesso ao Sumário

COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 593, INCISO III, ALÍNEA "D", DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – DECISÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI QUE OPTA POR UMA DAS VERSÕES CONSTANTES DAS PROVAS DOS AUTOS – Proferido o veredicto do Júri com base nas provas dos autos, de forma não arbitrária, descabe a realização de novo julgamento – RECURSOS NÃO PROVIDOS.[9]

É de doutrina e jurisprudência que se a decisão do Júri está amparada em alguma versão razoável existente nos autos, não pode ser anulada. Embora não seja admitida versão inverossímil ou arbitrária, é assegurado, no entanto, aos jurados optar por uma das versões plausíveis de interpretação sobre os fatos, opção que deve ser acatada, em respeito à soberania do Júri.[10]

A opção dos jurados por uma das versões existentes não autoriza a anulação do julgamento, sob pena de restar violado o Princípio da Soberania do Júri.[11]

JÚRI – Decisão contrária à prova dos autos – Inocorrência – Eleição pelos jurados de uma entre as teses explanadas pela acusação e defesa, com apoio nos elementos de convicção levados a Plenário – Recurso não provido.[12]

JÚRI - Decisão contrária à prova dos autos - Homicídio qualificado - Motivo fútil e meio cruel - Afastamento - Inadmissibilidade - Materialidade e autoria comprovadas - Soberania das decisões do tribunal do júri - Artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea "c", da Constituição Federal - Adoção pelos jurados de uma das vertentes possíveis - Decisão não anulada - Artigo 593, inciso III, alínea "d", do Código de Processo Penal - Alegação da defesa de que o réu cometeu o homicídio sob o efeito de álcool - Descabimento - Provas carreadas demonstrando que o acusado sabia o que estava fazendo, sendo que não há nos autos laudo que comprove a aventada embriaguez - Dosimetria da pena mantida, bem como o regime inicial fechado para cumprimento - Recurso desprovido.[13]

JÚRI - Conselho de sentença - Condenação por homicídio qualificado consumado e desclassificação delitiva quanto ao tentado - Acolhimento de uma das correntes probatórias - Soberania dos veredictos - Preservação - Necessidade - Recurso não provido.[14]

Nessa conformidade, entendo que a condenação criminal deve ser

Acesso ao Sumário

9 TJSP, Apelação nº 9000007- 50.2005.8.26.0554.

10 TJSP, Ap. Crim. 215.177-3.

11 TJRJ, AP. Crim. 2008.050.00172.

12 TJSP, Apelação n. 990.10.419877-1 - Sumaré - 15ª Câmara de Direito Criminal - Relator: Jair Martins - 05/05/2011 - 11086 – Unânime.

13 TJSP, Apelação n. 0269827-08.2009.8.26.0000 - São Paulo - 6ª Câmara de Direito Criminal - Relator: Marco Antonio Marques da Silva - 16/12/2010 - 11298 – Unânime.

14 TJSP, Apelação n. 990.10.169890-0 - São Vicente - 10ª Câmara de Direito Criminal - Relator: Otávio Henrique de Sousa Lima - 16/09/2010 – 19507 – Unânime.

mantida.

Quanto às qualificadoras, também encontram suporte na prova. Efetivamente, há prova de que o executor do crime agia mediante promessa de recompensa, como por ele próprio admitido, e também que a vítima foi pega de surpresa. Foi abordada de inopino e sem possibilidade de defender-se, sobrevindo a tentativa de assassinato, que foi renovada outras vezes.

Quanto à acusação de J.S., penso que os jurados acolheram uma das teses ou versões verossímeis existentes nos autos, não havendo, por isso, que se falar em "decisão manifestamente contrária à prova", como acima anotado.

Com efeito:

As menções ao envolvimento de J.S. nos fatos, quando existentes, se restringem a falas *extrajudiciais* de testemunhas e implicados, as quais não restaram confirmadas por prova colhida sob o crivo do contraditório.

A narrativa desenvolvida pela Acusação nas suas razões de apelação, por razoável e bastante convincente, poderia até justificar a manutenção, em grau de recurso, de uma decisão condenatória tomada pelo corpo de jurados, porquanto se trata de versão verossímil existente nos autos. Mas não justifica, a meu juízo, a anulação de decisão soberanamente tomada pelo Tribunal do Júri, visto que tão extrema medida exigiria existência de *decisão arbitrária e totalmente divorciada* dos elementos colhidos – como acima explanado –, o que não ocorre.

J.S. sempre negou envolvimento nos fatos.

Não desconheço que os diálogos por ele travados com seus interlocutores – como descrito nas razões recursais – são bastante suspeitos, mas não provam claramente sua responsabilidade criminal.

Ele também mantinha, é certo, laços estreitos de relacionamento com A. e, segundo consta, era desafeto de J.U. – ou, pelo menos, tinha muitas divergências com ele. Sabe-se que também ele se prontificou a prestar assistência jurídica, por interposta pessoa, a E. logo após saber que este foi preso, o que também parece suspeito.

Tais provas circunstanciais, por indicativas de culpa, poderiam até embasar uma condenação criminal, mas não autorizam a anulação de julgado proferido pelo Tribunal Popular. Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. 1. CONSELHO DE SENTENÇA QUE ACOLHEU TESE DE LEGÍTIMA DEFESA. ACÓRDÃO QUE DETERMINA A REALIZAÇÃO DE NOVO JULGAMENTO POR CONSIDERAR A SENTENÇA CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. PLEITO DE RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. 2. ORDEM CONCEDIDA.
>
> 1. Não cabe aos tribunais analisar se os jurados decidiram bem ou mal, mas apenas verificar se a decisão do Tribunal Popular está completamente

Acesso ao Sumário

> divorciada da prova dos autos. Isso porque reserva-se ao Júri a faculdade de apreciar os fatos e de, na hipótese de versões e teses porventura discrepantes, optar pela que lhe pareça mais razoável. Assim, ainda que existam duas versões amparadas pelo material probatório produzido nos autos, deve ser preservado o juízo feito pelos jurados no exercício de sua função constitucional. 2. No caso, foram sustentadas duas versões defensivas, de desclassificação do delito e de legítima defesa, tese essa que foi acolhida pelo Conselho de Sentença e que se mostrou, segundo o Tribunal a quo, manifestamente contrária à prova dos autos. 3. *Habeas corpus* concedido para restabelecer a sentença.[15]

Cabe, a propósito, a advertência de Guilherme de Souza Nucci, a seguir transcrita:

> **Decisão manifestamente contrária à prova dos autos** (...) é a hipótese mais controversa e complexa de todas, pois, em muitos casos, constitui nítida afronta ao princípio constitucional da soberania dos veredictos. É certo (...) que o duplo grau de jurisdição merece conviver harmoniosamente com a soberania dos veredictos, mas nem sempre, na situação concreta, os tribunais togados respeitam o que os jurados decidiram e terminam determinando novo julgamento, quando o correto seria manter a decisão. (...) Consideramos que a cautela, na anulação das decisões do júri, deve ser redobrada, para não transformar o tribunal togado na real instância de julgamento dos crimes dolosos contra a vida.[16]

Mantenho, assim, a decisão dos jurados quanto à absolvição de J.S.

Quanto à pena imposta a A., foi bem dosada em primeira instância.

O redutor aplicado pela tentativa (de 1/3), além de ter sido bem justificado em primeira instância (fls. 2.172), guarda também relação com o fato de E. ter tentado matar a vítima várias vezes – sabe-se que algumas vezes a arma falhou e, em outras, errou o alvo. Além disso, a vítima, em certo momento, reagiu, entrando em luta corporal com o seu algoz.

No que respeita ao regime prisional, foi levado em conta o disposto no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, conforme se lê às fls. 2.205.

Quanto à decretação da perda do cargo público, foi bem justificada em primeira instância, conforme fls. 2.202. Além disso, decorre de previsão legal expressa, prescindindo de pedido da parte. Tampouco há necessidade de que ele conste da denúncia. Nesse sentido:

> (...) CONDENAÇÃO CRIMINAL - PERDA DO CARGO PÚBLICO - DENÚNCIA - SILÊNCIO E IRRELEVÂNCIA. Sendo a perda do cargo público, conforme disposto no artigo 92 do Código Penal, consequência da condenação, mostra-se dispensável a veiculação, na denúncia, de

Acesso ao Sumário

15 STJ, HC 201.812-SP.

16 *Código de Processo Penal Comentado* (Rio de Janeiro: 2014, 13ª ed.), p. 1137.

pedido visando à implementação.[17]

(...) 7. A possibilidade de perda do cargo público não precisa vir prevista na denúncia, posto que decorre de previsão legal expressa, como efeito da condenação, nos termos do artigo 92 do Código Penal. 8. Ordem denegada.[18]

O C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292-SP, ocorrido em 17 de fevereiro de 2016, decidiu afastar a exigibilidade do trânsito em julgado para o recolhimento do condenado à prisão, afirmando peremptoriamente a possibilidade do cumprimento da sentença condenatória após o julgamento da apelação (execução provisória de acórdão penal condenatório), como segue:

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. 1. 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. 2. *Habeas corpus* denegado.

A questão, aliás, voltou à baila no julgamento posterior das ADC 43 e 44, quando o E. Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, reafirmou seu entendimento quanto à perfeita convivência entre o princípio constitucional da presunção de inocência e o cumprimento, ainda que provisório, de condenação imposta e confirmada.

Determino, portanto, a expedição imediata do competente mandado de prisão em desfavor do sentenciado condenado, para início do cumprimento da pena que lhe foi imposta.

Destarte, pelo meu voto, proponho que se negue provimento aos recursos, expedindo-se mandado de prisão em desfavor de A.D.L.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3000362-42.2013.8.26.0083, da Comarca de Aguaí, em que é apelante WELLINGTON PEREIRA DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

17 STF, HC 93.515-PR.

18 STJ, HC 81.954-PR.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO ao recurso para ANULAR todos os atos posteriores à publicação da primeira sentença (absolutória), prevalecendo esta, sem prejuízo de eventual restauração, dentro de seus limites, da prova perdida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7137)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente), CARLOS MONNERAT e MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 24 de novembro de 2016.

ALCIDES MALOSSI JUNIOR, Relator

Ementa: PENAL. APELAÇÃO. ROUBO MAJORADO. CONDENAÇÃO. RECURSO DA DEFESA.

Pleito para confirmação de primeira sentença, de absolvição. *Provimento*. Existindo sentença absolutória, adequadamente publicada, não se permite a prolação de uma nova. Posterior constatação de defeito na gravação dos depoimentos de testemunhas que autoriza simples restauração, com limites, sem possibilidade de realização de nova prova (pela existência de sentença proferida), utilizada, inclusive, para fundamentar uma segunda sentença, em sentido contrário, ou seja, condenatória. Desrespeito ao princípio de *inalterabilidade da sentença*. Aplicação subsidiária do artigo 505 do Código de Processo Civil. Nulidade de atos posteriores à primeira sentença que se faz necessária, sem prejuízo de restauração adequada, dentro dos limites legais.

Provimento.

VOTO

VISTO.

Trata-se de recurso de **APELAÇÃO** interposto pelo acusado **WELLINGTON PEREIRA DOS SANTOS** contra sentença penal condenatória proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Aguaí (publicada em 18 de novembro de 2014 – fls. 197).

Segundo o descrito na inicial acusatória, o **apelante** foi denunciado por

Acesso ao Sumário

infração ao artigo 157, §2º, I, do Código Penal, porque, na manhã de 14 de maio de 2013, na Rua Joaquim de Paula Cruz nº 606, cidade e comarca de Aguaí, subtraiu, para ele, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma branca (faca) contra **Maria José Barroso Pereira**, 01 (uma) bolsa feminina de couro, preta, e R$ 96,00 (noventa e seis reais) em dinheiro, além de 01 (um) aparelho celular, marca Cony/Ericson, valores estes últimos que estavam no seu interior (da bolsa).

Depreende-se que a vítima caminhava pelo local, carregando a bolsa, quando foi abordada pelo apelante, que lhe exigiu que a entregasse a ele. Contudo, não foi atendido. Então, ele apontou uma faca contra a vítima, determinando que lhe entregasse o bem. Nesse momento, atemorizada, obedeceu, entregando-lhe a *res*. De posse dela, fugiu o larápio do local. Consta que o apelante acabou preso, em flagrante, pela prática de outro roubo, utilizando-se do mesmo *modus operandi*. Ainda, foi reconhecido, pessoalmente, pela vítima.

Após o devido processamento, o **apelante** foi **absolvido**, com fulcro no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal (fls. 121/123). Em **segunda sentença** proferida, no entanto, foi **condenado**, por incurso no artigo 157, §2º, I, do Código Penal, à pena de **07 (sete) anos, 03 (três) meses e 03 (três) dias de reclusão, e pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, piso mínimo** (fls. 192/196).

Pretende o **apelante** a absolvição, alegando que em nenhum momento admitiu a autoria do delito, nem foi realizado qualquer trabalho investigativo ou trazido aos autos testemunhas a demonstrar razão para sua condenação. Outrossim, não foi o réu apreendido com qualquer bem ou objeto. E mais, afirmou a vítima que o réu usava um gorro de lã escura. Como, então, poderia identificá-lo? Por fim, não foi reconhecido em Juízo. E embora tenha sido proferida sentença **absolvendo-o**, por um problema técnico nos arquivos, foi realizada nova audiência, onde o reconhecimento do réu se deu por foto, apesar de sua presença física. E, assim, o mesmo Juiz que havia julgado improcedente o caso, veio a condená-lo. Aduz que não há que se aceitar tal disparate pois a improcedência do caso (primeira sentença), foi publicada em audiência. Desse modo, ilegal sua condenação. Assim, requer a confirmação da sentença de fls. 192/196, que o absolveu (fls. 217/222).

Certidão de trânsito em julgado para o Ministério Público em 1º de dezembro de 2014 (fls. 209).

Contrarrazões às fls. 224/229, com manifestação da douta Procuradoria Geral de Justiça pelo improvimento do recurso (fls. 172/175).

É o relatório.

Foi, de fato, proferida sentença absolutória, mas, em razão de não se poder acessar os depoimentos colhidos, porque inaudíveis, para registro e eventuais

Acesso ao Sumário

recursos, novos foram realizados/colhidos (nova instrução), com diferença, entretanto, no declarado pela vítima, o que determinou, por fim, no lugar da sentença anterior, uma nova, desta feita, condenatória.

Cumpre ressaltar que o problema surgido, de uma segunda sentença, desta feita condenatória, no lugar da anterior, absolutória, surgiu porque, no depoimento da vítima, na primeira instrução, que se perdeu (inaudível), como registrado na própria sentença, a vítima, quando ouvida, não reconheceu a pessoa do acusado (portanto, pessoalmente), apresentando-se com dúvida a respeito, apesar de reconhecimento ter existido na fase de inquérito policial, porém, por fotografia (fls. 123). Na nova oitiva realizada, porém, não reconhecendo o réu pela fotografia, pessoalmente, ao contrário, afirmou, de forma diversa da vez anterior, que o reconhecia.

Em que pese a evidente dúvida pelo comportamento duvidoso da vítima, especificamente nos reconhecimentos realizados, indiferente tal questão, o caso é acolhimento do recurso, com anulação da sentença condenatória, prevalecendo a primeira sentença, absolutória.

Conforme se verifica do teor do artigo 505 do Código de Processo Civil:

Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo:

I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

II - nos demais casos prescritos em lei.

Ainda, com base no artigo 712 e 715, §§1º e 5º, do Código de Processo Civil, quando trata de restauração de autos:

Art. 712. Verificado o desaparecimento dos autos, eletrônicos ou não, pode o juiz, de ofício, qualquer das partes ou o Ministério Público, se for o caso, promover-lhes a restauração.

...

Art. 715. Se a perda dos autos tiver ocorrido depois da produção das provas em audiência, o juiz, se necessário, mandará repeti-las.

§ 1º Serão reinquiridas as mesmas testemunhas, que, em caso de impossibilidade, poderão ser substituídas de ofício ou a requerimento.

...

§ 5º Se o juiz houver proferido sentença da qual ele próprio ou o escrivão possua cópia, esta será juntada aos autos e terá a mesma autoridade da original.

Acesso ao Sumário

A matéria, prevista igualmente no Código de Processo Penal (artigos 541/548), também deixa clara a viabilidade de nova colheita de prova, com reinquirição de testemunhas, "**caso ainda não tenha sido proferida a**

sentença" (artigo 543, I), consignando-se, ainda, que "**até a decisão que julgue restaurados os autos, a sentença condenatória em execução continuará a produzir efeito, desde que conste da respectiva guia arquivada na cadeia ou na penitenciária, onde o réu estiver cumprindo pena, ou de registro que torne a sua existência inequívoca**" (artigo 548), ficando claro que, havendo certeza, no caso, de sentença absolutória, não há falar em uma "segunda" sentença, inclusive, no caso, contrária à primeira.

Desse modo, já tendo sido proferida sentença, pela MM. Juíza, Dra. Renata Barros Souto Maior Baião, onde julgou improcedente a ação, absolvendo o apelante Wellington Pereira dos Santos, com fulcro no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, deveria, **em razão das provas serem constatadas inaudíveis pela Serventia,** haver designado alguma forma de restauração, se possível (confirmação do que constava naquela prova), mas não nova colheita (porque, frisa-se, já proferida sentença).

Sendo inviável uma nova colheita de prova testemunhal (poder-se-ia **confirmar** o teor dela por outros meios, mas claramente vedada uma nova instrução), obviamente mais inviável ainda uma nova sentença, pois, ao prolatar a primeira, o juiz cumpriu seu ofício jurisdicional. Em desrespeitando tal regra, estará incorrendo, pois, em desrespeito ao **princípio da inalterabilidade da sentença**, já que o caso não se enquadra em quaisquer das hipóteses previstas no artigo 505 do Código de Processo Civil, aqui aplicado subsidiariamente.

Assim:

*PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ERRO MATERIAL. POSSIBILIDADE DE CORREÇÃO A QUALQUER TEMPO. EXCEÇÃO AO **PRINCÍPIO** DA **INALTERABILIDADE** DA **SENTENÇA**. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO MANTIDA NA INTEGRALIDADE. - Sendo clara a ocorrência do erro material, é permitido ao magistrado sua correção de oficio e a qualquer tempo; - O art. 476 do CPC consolida a exceção ao **principio** da **inalterabilidade** da **sentença**; - Recurso conhecido e improvido; - Decisão mantida na integralidade* (Agravo de Instrumento AI 40038269020148040000 AM 4003826-90.2014.8.04.0000 – Tribunal de Justiça do Maranhão – Relator Desembargador Paulo Sergio Velten Pereira – Processo 69042012 MA, julgamento em 11 de abril de 2012).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRINCÍPIO DA INALTERABILIDADE DA SENTENÇA. RETRATAÇÃO DO JULGADO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. ESTABILIZAÇÃO SUBJETIVA DA LIDE. RETIFICAÇÃO DO POLO PASSIVO. IMPOSSIBILIDADE.

De acordo com o princípio da inalterabilidade, publicada a sentença, o juiz não mais poderá modificá-la, salvo nas hipóteses de correção de mero erro material ou erro de cálculo e em virtude do julgamento de embargos de declaração. Não é permitido ao julgador, ao apreciar os

Acesso ao Sumário

embargos de declaração opostos contra a sentença que reconheceu a ilegitimidade passiva, reabrir toda a fase instrutória para retificar o polo passivo, porquanto, diante da citação do réu originariamente indicado pela associação de moradores, ocorreu a estabilização subjetiva da lide (CPC, 264). Detectado que o pedido formulado em juízo fora deduzido em face de pessoa que não teria legitimidade para satisfazer o interesse do titular da relação jurídica de direito material, não é lícito ao autor, em seu exclusivo interesse, postergar o processo. Não se tratando de hipótese permitida em lei, a sucessão processual é vedada após a citação e, não sendo caso de litisconsórcio necessário, a superveniente cumulação subjetiva é indevida. A economia processual não é um fim em si mesmo, não podendo ser utilizada como subterfúgio para que o devido processo legal e as demais garantias de uma das partes sejam aviltadas em benefício exclusivo do outro litigante, o que traduziria evidente ofensa ao princípio da paridade de armas. Conhecimento e provimento do recurso (Agravo de Instrumento nº 00052618720138190000 RJ 0005261-87.2013.8.19.0000, Nona Câmara Cível, Des. Rogério de Oliveira Souza, publicada em 15 de agosto de 2013).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ***PRINCIPIO*** *DA* ***INALTERABILIDADE*** *DA* ***SENTENÇA****. NULIDADE. Em que pese a prolação da sentença não mais representar o encerramento da função jurisdicional do juiz em primeira instância, diante da nova fase processual de cumprimento de* ***sentença****, a atual sistemática processual civil ainda adota o* ***principio*** *da* ***inalterabilidade*** *da* ***sentença****, porque, após sua publicação, o juiz só poderá alterá-la, ou para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo; ou por meio de embargos de declaração. Reveste-se de nulidade absoluta o ato do juiz que, após a prolação e publicação da sentença, acaba por anulá-la, ainda que seja para reconhecer nulidade de citação e dos atos processuais subsequentes* (10024075066266002 1 MG 1.0024.07.506626-6/002(1), TJ/MG Des. José Flavio de Almeida, julgamento 29/10/2009, publicado 16/11/2009).

Dessa feita, tendo sido publicada a primeira sentença em audiência, encerrou-se a função jurisdicional da MM. Juíza "a quo" (ressalvada a possibilidade da ***restauração***, como já colocado, porém, com **limites**, pela existência da sentença, absolutória no caso), devendo, pois, ser decretada a nulidade à partir da nova prova, até a segunda sentença, prevalecendo a primeira sentença, sem prejuízo, se o caso, da instauração de "restauração", que não implica em realização de nova instrução, servindo apenas para reconstituição do que foi perdido.

Acesso ao Sumário

Pelo exposto, por meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso para **ANULAR** todos os atos posteriores à publicação da primeira sentença (absolutória), prevalecendo esta, sem prejuízo de eventual restauração, dentro de seus limites, da prova perdida.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0001444-34.2011.8.26.0309/50000, da Comarca de Várzea Paulista, em que é embargante P.R.S., é embargado COLENDA 10ª CÂMARA DO 5º GRUPO DE DIREITO CRIMINAL.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, acolheram os embargos, com efeito infringente, para decretar a absolvição do embargante, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, vencido o Relator, que os rejeitava. Acórdão com o 3º Juiz, Desembargador Francisco Bruno. Expeça-se alvará de soltura clausulado.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.266)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores NUEVO CAMPOS (Presidente sem voto), FRANCISCO BRUNO, vencedor, CARLOS BUENO, vencido e FÁBIO GOUVÊA.

São Paulo, 10 de novembro de 2016.

FRANCISCO BRUNO, Relator Designado

Ementa: Embargos de declaração. Divergência. Conhecimento, deferido efeito infringente. Reanálise da prova. Benefício da dúvida que se impõe. Palavra isolada da vítima, no tocante à autoria, que – ressalvado o entendimento diverso – não pode ser aceita. Dúvida, também, quanto à efetiva existência do crime. Embargos acolhidos para absolver o acusado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Embargos de declaração (fls. 411 e ss.) contra acórdão (fls. 405 e ss.) que negou provimento à apelação de P.R.S., mantendo a condenação a quinze anos de reclusão, regime inicial fechado, por infringência do art. 217-A do Código Penal. Insiste o digno Defensor que o laudo prova a existência do crime, mas não a autoria.

O eminente Relator houve por bem ouvir novamente a douta Procuradoria Geral de Justiça, que se manifestou pelo não conhecimento (fls. 417).

É o relatório.

De início, faço um **mea culpa**, e apresento sinceras desculpas aos doutos Relator e Revisor e, principalmente, às partes. Como terceiro juiz, não tenho vista dos autos; assim, limito-me a ler os votos proferidos pelo eminente Des. Carlos Bueno. Faço-o com muito cuidado, como são testemunhas os componentes da Câmara e vários advogados; não foram raras as ocasiões em que pedi vista de processos por ele relatados – não obstante ser ele, reconhecidamente, o melhor juiz da Câmara e um dos melhores, se não o melhor, desta Corte.

Neste caso, porém, cometi um equívoco – indesculpável, reconheço desde logo, apesar do pedido de indulgência que, até por dever de educação, formulei. É que, em ocasião particularmente tumultuada, confundi-me ao ler o voto e, onde constava a idade da vítima como dois anos, eu li doze. Ao perceber o equívoco (quando dos embargos), tive a cautela de pedir vista.

E, verificando cuidadosamente os autos, quero ressalvar meu entendimento no sentido de que a condenação contraria o princípio da dúvida razoável, que tem de beneficiar, sempre e sempre, o acusado. Faço-o com profundo respeito pelo eminente Relator; toda a Câmara sabe de minha profunda estima (que se iniciou como admiração) por ele.

Não posso deixar de ressaltar, porém, que o haver ele, de forma quase inédita, ouvido novamente a douta Procuradoria Geral de Justiça mostra que também teve, quando menos, alguma dúvida posterior à decisão.

E, a meu ver, não sem razão.

Antes de mais nada, algumas considerações acerca da possibilidade conceder efeito modificativo a embargos de declaração. Para fazê-lo, nada melhor do que usar um magnífico voto do próprio Des. Carlos Bueno. ("Magnífico voto", em se tratando de Sua Excelência, é quase um pleonasmo; "quase", porque, a toda a evidência, ele está sujeito à regra inexorável do "**errare humanum est**" – embora com pouca frequência quase desumana.)

Nos embargos de declaração (relativos a processo do Colendo Órgão Especial, proc. nº 2205847-43.2015.8.26.0000/50.005), ele consignou:

> Faço aqui a ressalva, necessária, de que votei pelo provimento do agravo regimental, base destes embargos. (…) Estou portanto à vontade para rever o posicionamento, mesmo porque existe previsão em nosso Regimento Interno (arts. 135, § 4º [no voto, por evidente erro material, constou § 3º], e 141).
>
> (…)
>
> "Tanto a doutrina como a jurisprudência têm admitido força modificativa e infringente a embargos declaratórios em casos excepcionais, reconhecendo, assim, a possibilidade de extrapolação do âmbito normal da eficácia do referido recurso, quando utilizado para sanar omissões, contradições ou equívocos manifestos, ou ainda quando existe fato novo

Acesso ao Sumário

constitutivo, modificativo ou extintivo do direito que influa no julgamento da lide, ainda que tal implique modificação do que foi decidido no julgamento embargado" (TRF da 2.ª Região, AC 200250020004805/RJ, rel. Des. Fed. Fernando Marques, julgamento em 24 de março de 2010).

"Nas instâncias ordinárias, o fato novo constitutivo, modificativo ou extintivo do direito que influa no julgamento da lide pode ser alegado na via de embargos de declaração, devendo ser considerado pelo Tribunal ***a quo***" (STJ, AgRg no REsp 1.059.503/PR, rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 6 de outubro de 2008).

Superior Tribunal de Justiça, com referência ao Supremo Tribunal Federal: "(…) é cabível a concessão de efeitos infringentes aos embargos de declaração ante a presença de fato superveniente que seja hábil para alterar o resultado do julgamento. Essa possibilidade encontra amparo normativo no que dispõe o art. 461 do Código de Processo Civil" (EDcl no AgRg no REsp 1392773/MG, rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 10 de setembro de 2015). [Também aqui, houve erro datilográfico: onde se lê "art. 461", leia-se "art. 463", correspondente ao art. 494 do atual CPC.]

"Os embargos declaratórios podem ter efeitos modificativos se ao suprir-se omissão outro aspecto da causa tenha de ser apreciado como consequência necessária". Esse o entendimento de Nelson Nery Júnior na obra ***Código de Processo Civil Comentado***, 3.ª ed., p. 783, com farta ilustração doutrinária e jurisprudencial referendando a tese.

A teor do art. 462 do Código de Processo Civil [atual art. 493, ***caput***] a constatação de fato superveniente que possa influir na solução do litígio deve ser considerado pelo Tribunal competente para o julgamento, sendo certo que a regra processual não se limita ao juízo de primeiro grau, porquanto a tutela jurisdicional, em qualquer grau de jurisdição, deve solucionar a lide na forma como se apresenta no momento do julgamento.

"O órgão jurisdicional, em qualquer grau de jurisdição, deve levar em consideração a ocorrência de fatos supervenientes à propositura que tenham força suficiente para influenciar no resultado da controvérsia, sob pena de incorrer em omissão" (EDcl no REsp 487.784/DF, DJE de 30 de junho de 2008).

Verifica-se, portanto, que a decisão foi tomada no âmbito de embargos declaratórios.

A doutrina vem sistematicamente afirmando a aptidão dos embargos declaratórios a produzir efeitos modificativos. Nesse sentido a ilustração feita por Luís Guilherme Aidar Bondioli em sua obra ***Embargos de Declaração***, Coleção Theotonio Negrão, ed. 2007, p. 223.

O efeito modificativo d decisão embargada emerge como um mecanismo essencial e indispensável ao julgador, como condição para a própria efetividade dos embargos declaratórios.

Antônio Carlos de Araújo Cintra: "(…) qualquer restrição que se oponha

Acesso ao Sumário

> a essa força modificativa dos embargos de declarações nos estritos limites necessários à consecução de sua finalidade específica constituirá artificialismo injustificável, que produzirá a mutilação do instituto" (***Sobre os Embargos de Declaração***, p. 17).
>
> Segundo a obra ***Código de Processo Civil***, de Theotonio Negrão (e outros), 42.ª ed., p. 515, o fato novo pode ser alegado em embargos de declaração a fim de se modificar a decisão embargada.

É certo que o voto se refere a "fato novo"; e, em algumas citações, há também referências à superveniência dele. Porém, nem todo fato novo é necessariamente superveniente; ademais, aqui, a idade da vítima, **para mim** (e talvez não só para mim), constituiu sim fato novo. Mais ainda tendo em vista o que determina o art. 1.022, III, do Código de Processo Civil, já que o equívoco por mim cometido decorreu de erro material de minha parte (leitura equivocada).

Assim, e justificada, a meu ver, **quantum satis** a possibilidade – e mais que isso, necessidade (ante a imperatividade do **in dubio pro reo** – dos efeitos infringentes dos embargos, passo a fundamentar minha mudança de entendimento.

Em primeiro lugar, não creio – e neste aspecto discordo até mesmo do combativo Defensor – sequer que se possa dizer comprovada a existência de crime; ao menos acima de dúvida. Esta pode, talvez, ser menos que razoável; porém, a assertiva peremptória do insigne perito parece-me, quando menos, temerária.

Com efeito, não há dúvida de que a vítima apresenta lesões nas regiões vulvar e anal. E é natural que assim o seja; se não, nem ao menos haveria o processo. E, também pode-se aceitar a certeza de terem sido causadas por "ação mecânica vulnerante de compressão, deslizamento e fricção de instrumento contundente" (cf. laudo, fls. 16).

Porém, daí a afirmar, com certeza, que esse instrumento é um "membro viril ereto, durante ato libidinoso" (loc. cit.) vai uma distância muito grande. Parece-me, com todo o respeito pelo experto, um típico silogismo falacioso: as lesões foram causadas por um instrumento do tipo "x"; o pênis ereto é um instrumento do tipo "x"; logo, as lesões foram causadas por um pênis ereto.

Mas é claro que, numa creche, há várias crianças, de idades variadas e naturalmente curiosas; há, também, vários tipos de objetos do tipo "x". Assim, impossível afastar a possibilidade – muito real – de que os ferimentos tenham decorrido durante uma brincadeira dentre elas (para não mencionar a possibilidade, também muito possível, de **bullying**). E como descartar que a vítima, sentindo dor ao serem-lhe trocadas as fraldas, tenha atribuído a isso as lesões, que poderiam ter ocorrido antes? (Pois, se ocorreram, p. ex., durante uma brincadeira, por certo doeram menos na hora que posteriormente.)

Admita-se, porém, para argumentar, que o laudo esteja certo. Qual,

indago, a prova de autoria, acima de dúvida razoável? Não se pode afirmar com certeza (a não ser baseado em interpretação da palavra da vítima – e, acerca desta, falarei abaixo) sequer que as lesões tenham ocorrido na creche; muito menos, portanto, que tenham sido – mesmo nesta hipótese – provocadas pelo acusado: consta dos autos (ao menos, nada o desmente) que ele não era o único homem que ali trabalhava.

Em síntese: a única evidência em que se baseia a condenação são as declarações da vítima, que, segundo tenham sido prestadas no inquérito – fls. 9 e 11 – ou em Juízo – fls. 175 e 176 –, são comprometedoras em maior ou menor grau.

Não importa, porém. Não tenho dúvida de que tanto a vítima quanto as depoentes que lhe narraram as palavras foram absolutamente honestas; criam sinceramente no que afirmavam. Isso, de toda a sorte, nada significa: alguém acreditar sinceramente em algo que viu, ou pensa ter visto, está longe de constituir segurança da verdade.

Já relembrei, em diversos votos, experiência conduzida já no Séc. XVIII por nosso velho conhecido Franz von Liszt, em Berlim, durante uma de suas aulas (experiência depois repetida de várias formas e por várias pessoas; tanto que passou a fazer parte do folclore acadêmico). O grande penalista discorria acerca de um livro quando, de repente, um aluno grita: "Eu queria esclarecer esse assunto do ponto de vista da moralidade cristã!". Outro aluno intervém: "Não posso permitir isso!"; o primeiro pula, gritando: "Você me insultou!". O segundo fecha o punho e exclama: "Se você disser outra palavra…"; o outro saca de um revólver, e ambos se atracam. O professor tenta apartá-los e ouve-se um disparo, causando tumulto geral. Neste instante, von Liszt acalma a todos e explica que tudo foi um teatro, e pede-lhes que escrevam um relato, o mais exato possível, do que aconteceu.

Desnecessário dizer que ninguém, **ninguém**, conseguiu fazer um relato realmente fiel do sucedido: o menor número de equívocos correspondeu a vinte e seis por cento, e o maior a oitenta por cento; a média de erros foi de cinquenta por cento.

Esta experiência é narrada por Hugo Münsterberg, em **On the Witness Stand Essays on Psychology and Crime**, Nova Iorque: Doubleday, Page & Company, 1913, pp. 49/50. Esse autor, alemão radicado nos Estados Unidos, foi um dos primeiros a tentar compreender o mecanismo da memória das testemunhas. E note-se que a experiência de que estamos falando foi levada a efeito com adultos, universitários que, em princípio, estavam com toda a atenção voltada para o que ocorria.

Ora, neste caso temos, como evidência, a **palavra isolada** de uma criança de **dois anos**. Qual a segurança, acima de dúvida razoável, que sua evidente

Acesso ao Sumário

sinceridade seja garantia de veracidade?

Em outro livro excelente (**Jeopardy in the Courtroom – A Scientific Analysis of Children's Testimony**, Washington: American Psychological Association, 10.ª ed., 2009, p. 302; as traduções são minhas), Stephen J. Ceci e Maggie Bruck lembram que, apesar do que comumente se pensa, os julgamentos das bruxas de Salem não foram realizados por fanáticos supersticiosos. Pelo contrário; as crenças ali esposadas eram "bastante razoáveis, dadas suas crenças culturais e as motivações políticas e culturais então prevalentes". Também não se deram de forma arbitrária e descuidada; pelo contrário, "os aldeões adotaram precauções razoáveis para evitar falsas condenações" (e os autores dão exemplo de pelo menos uma das medidas adotadas – muito mais cautelosa dos que as hoje adotadas no reconhecimento pessoal de suspeitos em nosso País).

E tudo começou, não custa lembrar, devido à declarações de diversas garotas (chamadas, desde então, de "**Circle Girls**); as idades variavam de 5 a 16 anos (ob. cit., p. 8). E, sem dúvida, foram todas absolutamente convincentes; e não é para menos: na ocasião, acreditavam sinceramente no que disseram. Na verdade, a retratação de uma delas, catorze anos depois, é tocante (ob. cit., pp. 303/304).

Pois bem: temos, aqui, como única prova sólida de autoria, a declaração de uma garota de **dois anos**; sua sinceridade nada significa; sua memória é, quando menos, pouco confiável; por fim, sua capacidade de comunicação verbal é praticamente inexistente.

Como disse recentemente um eminente Desembargador desta Corte, em voto muito criticado pela imprensa, é facílimo dizer, em classes de aula, em artigos doutrinários e em jornais, ser "preferível absolver culpados que condenar um inocente". Difícil, na verdade, é fazê-lo (contrariando, reconheço, não só a chamada "vontade popular" – na verdade, a opinião da imprensa –, mas nossos próprios instintos). Porém, devo julgar segundo minha consciência, e, sendo pai e tendo sido criança, conheço bem a fértil capacidade imaginativa infantil. Daí por que, ante a prova produzida, não posso deixar de deferir o benefício da dúvida.

Ante o exposto, por meu voto, **acolho** os embargos e, dando-lhes efeito infringente, **absolvo** P.R.S., com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Determino, ainda, a expedição de alvará de soltura, com a cláusula de praxe.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0007432-21.2009.8.26.0272/50000, da Comarca de Itapira, em que é embargante ANDRÉ LUIS FERREIRA BUENO, é embargado 10ª CÂMARA CRIMINAL EXTRAORDINÁRIA.

ACORDAM, em 10ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram parcialmente os embargos de declaração, com efeito modificativo, para restabelecer a absolvição do ora embargante da imputação de violação do artigo 35, da Lei nº 11.343/06, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, restando mantido, no mais, o v. acórdão embargado (fls. 791/791), ou seja, a sua condenação às penas de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, de valor unitário mínimo, pela infração do artigo 33, da Lei nº 11.343/06; cumpra-se a parte final do dispositivo do acórdão embargado (fls. 797), expedindo-se mandado de prisão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.809)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores NUEVO CAMPOS (Presidente) e OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO.

São Paulo, 18 de novembro de 2016.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Embargante absolvido em primeiro grau do crime de associação para o tráfico. Apelo ministerial provido por esta Câmara para condenação do embargante por tal delito. Absolvição dos corréus do crime da associação para o tráfico, em autos desmembrados, mantida por outra Câmara da Corte, ocorrendo o trânsito em julgado do v. acórdão para a acusação. Possibilidade de restabelecimento da absolvição do embargante, nos termos da sentença, haja vista a inexistência de associação de uma só pessoa, conferindo-se efeito modificativo aos embargos de declaração ora manejados. Inexistência, quanto aos demais pedidos, de omissão, obscuridade, contradição ou ambiguidade a ser sanada. Acórdão embargado que analisou os pontos relevantes das questões apresentadas. Nítida intenção de reabrir a discussão da matéria. Execução provisória da pena antes do trânsito em julgado

Acesso ao Sumário

da condenação confirmada em segunda instância. Possibilidade. Sentença condenatória que apenas permitiu ao embargante apelar em liberdade, não condicionando a expedição de mandado de prisão ao trânsito em julgado da condenação. "Reformatio in pejus" inexistente. Recursos constitucionais (especial e extraordinário) desprovidos de efeito suspensivo. Precedentes do STF e do STJ. Decisão recente do Plenário do STF, nas ADCs 43 e 44, possibilitando a execução da pena após a confirmação da condenação em segundo grau, como no caso. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, para o fim de se restabelecer a absolvição do embargante, com relação ao crime do artigo 35, da Lei nº 11.343/06, mantido, no mais, o v. acórdão embargado.

VOTO

Vistos.

Trata-se de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO oferecidos por ANDRÉ LUIS FERREIRA BUENO ao v. acórdão de fls. 789/797 que, por votação unânime, negou provimento ao recurso defensivo e acolheu parcialmente o apelo ministerial para condenar o ora embargante, também pela infração do artigo 35, da Lei nº 11.343/06, às penas de 03 (três) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 700 (setecentos) dias-multa, de valor unitário mínimo, e, relativamente ao crime previsto no artigo 33, da Lei nº 11.343/06, afastar o redutor previsto § 4º deste dispositivo, elevar as suas penas a 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, de valor unitário mínimo, e fixar o regime inicial fechado para o resgate da sanção corporal, com determinação para a expedição de mandado de prisão.

Sustenta o embargante que o v. acórdão é contraditório, uma vez que os corréus Mauro e Tales, com relação aos quais o feito havia sido desmembrado, foram absolvidos por v. acórdão da 13ª Câmara Criminal da Corte, já transitado em julgado para a acusação, quanto ao crime de associação para o tráfico. Afirma que a sua condenação, nesta parte, não pode subsistir, devendo ser restabelecida a absolvição decretada em primeiro grau, pois inexiste associação de uma só pessoa. Contesta, ainda, o cancelamento da aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, no caso do tráfico, e a determinação para a expedição de mandado de prisão antes do trânsito em julgado do v. acórdão embargado.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Os embargos comportam parcial acolhimento.

Consoante se infere do v. acórdão encartado às fls. 804/811, proferido pela Colenda 13ª Câmara Criminal deste Tribunal, ora juntado pela Defesa, os corréus Mauro Aparecido Schionato Bernardes e Tales de Freitas foram condenados apenas com relação ao crime de tráfico de entorpecentes, tendo sido mantida a absolvição deles quanto à associação para o tráfico.

Tendo em vista que o embargante e aqueles acusados eram os únicos réus neste processo, e diante do entendimento diverso do eminente Relator dos apelos interpostos pelo órgão ministerial em autos desmembrados, decidindo pela manutenção da absolvição de Mauro e Tales por este crime, com trânsito em julgado para o Ministério Público (conforme consulta no *site* deste Tribunal de Justiça), carece de lógica, sobretudo porque aquela decisão não foi fundada em motivos de caráter exclusivamente pessoal, a condenação do embargante por associação para o tráfico com outros réus que, a seu turno, foram absolvidos da mesma infração, cometida no mesmo contexto fático, razão pela qual a absolvição do ora embargante deve ser restabelecida, até mesmo por interpretação analógica do artigo 580, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido: ***"TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO. Pleito de extensão da decisão que absolveu corréus em sede de apelação oriunda de processo desmembrado, relativamente ao crime de associação. Possibilidade. Aplicação do art. 580 do CPP. Ausência de qualquer distinção de caráter pessoal entre os condenados. Extensão da absolvição à peticionária relativamente ao crime de associação. Manutenção da condenação relativamente ao tráfico. Quantidade de drogas (1.317 kg a granel e 240 pinos 441,0 g - ambos de cocaína) e circunstâncias da prisão a revelar dedicação a atividade criminosa. Não incidência do redutor do art. 33, § 4º da Lei de Drogas, em que pese a primariedade e bons antecedentes da peticionária. Pedido revisional parcialmente deferido"*** (Revisão Criminal nº 0080723-84.2015.8.26.0000, 8º Grupo de Câmaras Criminais, Rel. Des. Otávio de Almeida Toledo, j. em 04/08/2016).

Com relação aos demais pedidos, os embargos não comportam acolhimento, uma vez que o v. acórdão embargado manifestou-se expressamente acerca das questões suscitadas nas razões de inconformismo, dando aos recursos a solução reputada adequada pela Turma Julgadora.

E, no caso, examinadas de forma clara e motivada as questões suscitadas, não há campo para nova discussão acerca dos fundamentos do v. acórdão embargado, conforme se pretende, tendo em vista que "***os embargos de declaração prestam-se às hipóteses do artigo 535 do Código de Processo Civil e não para rediscutir os fundamentos do acórdão embargado***" (STF, AI-AgR-ED 600070/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJe 04.04.2008).

Ainda, conforme decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal, "***os***

Acesso ao Sumário

embargos de declaração, quando regularmente utilizados, destinam- se, precipuamente, a desfazer obscuridades, a afastar contradições e a suprir omissões que se registrem, eventualmente, no acórdão proferido pelo Tribunal. Os embargos declaratórios, no entanto, revelam-se incabíveis, quando a parte recorrente a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão ou contradição, vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa, com evidente desvio e subversão da função jurídico-processual para que se acha especificamente vocacionada essa modalidade de recurso" (AI-AgR-ED 653882/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 02.09.2008).

Destaque-se, apenas para que não se alegue novos vícios, que o v. acórdão elencou as razões pelas quais cancelava a aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 (vide fls. 796), isto é, considerando-se a apreensão de farta quantidade de droga (cerca de nove quilos de *maconha*) e de balança de precisão na moradia do ora embargante, além das denúncias anônimas que o vinculavam ao comércio espúrio, o que evidencia que este acusado não se tratava de traficante pequeno e eventual, ao qual o benefício em tela é destinado.

Da mesma forma, a decisão de primeiro grau condenou o embargante a cumprir a pena privativa de liberdade em regime inicial semiaberto e não condicionou a expedição de mandado de prisão ao trânsito em julgado da condenação, permitindo-lhe, apenas e tão somente, "apelar em liberdade" (fls. 719), além do que o v. acórdão da Sexta Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça concedeu-lhe singelamente o direito de "responder o processo em liberdade" (fls. 815/824).

Diante disso, inexistente, na espécie, *reformatio in pejus*, pois, de acordo com precedente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, aplicável ao caso em exame, "***se a sentença repressiva concede ao apenado apenas o direito de "apelar em liberdade", sem destacar que a sua prisão deve acontecer tão-somente após o trânsito em julgado da condenação, a determinação do seqüestro corporal após esgotadas as vias ordinárias não configura reformatio in pejus***" (HC 96.575/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 04.08.2008).

Ademais, os recursos cabíveis contra a decisão condenatória de segundo grau, como no caso, ou seja, o extraordinário e o especial, não possuem efeito suspensivo (art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90), o que possibilita a execução imediata da pena. A propósito da questão, "***a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo***" (HC 91.675/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 07.12.2007).

Acesso ao Sumário

Finalmente, ao indeferir as liminares requeridas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44, o Colendo Supremo Tribunal reafirmou recentemente, por maioria de votos, pelo Plenário da Corte, o entendimento assentado no julgamento do HC nº 126.292 de que a execução da pena privativa de liberdade após a confirmação da condenação em segunda instância não ofende o princípio da não culpabilidade.

Portanto, com relação aos pleitos concernentes ao tráfico de entorpecentes, pelo qual restou condenado o embargante, inexiste no v. acórdão embargado qualquer obscuridade, omissão ou contradição a ser sanada, estando esgotada a prestação jurisdicional por parte desta Egrégia Câmara.

Ante o exposto, acolho parcialmente os embargos de declaração, com efeito modificativo, para restabelecer a absolvição do ora embargante da imputação de violação do artigo 35, da Lei nº 11.343/06, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, restando mantido, no mais, o v. acórdão embargado (fls. 791/791), ou seja, a sua condenação às penas de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, de valor unitário mínimo, pela infração do artigo 33, da Lei nº 11.343/06; cumpra-se a parte final do dispositivo do acórdão embargado (fls. 797), expedindo-se mandado de prisão.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 2128536-39.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente FRANCISCO RIVELINO NASCIMENTO e Impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª 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 36.691)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente) e CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 18 de outubro de 2016.

EUVALDO CHAIB, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: HABEAS CORPUS – PLEITO QUE BUSCA A ANULAÇÃO DO ADITAMENTO DA DENÚNCIA – ALEGAÇÃO DE QUE O ARQUIVAMENTO POR ATIPICIDADE DE PROVAS PRODUZ COISA JULGADA – SUPERVENIÊNCIA DE PROVAS SUBSTANCIALMENTE NOVAS QUE ADMITE A REABERTURA DA PERSECUÇÃO PENAL – NOVOS RELATOS DANDO CONTA DA INTENÇÃO LASCIVA DE PRATICAR O DELITO DE ESTUPRO – INEXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA – ORDEM DENEGADA.

VOTO

A Defensora Pública Paula Hungria Aagaard impetra *habeas corpus* em favor de FRANCISCO RIVELINO NASCIMENTO, sob a alegação de que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal por parte do r. Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de SÃO PAULO, nos autos do Processo nº 104/2016, em face do recebimento do aditamento da denúncia formulado pelo representante do Ministério Público.

Pleiteia a anulação da decisão que recebeu o aditamento à peça matriz. Sustenta que o paciente foi investigado pelos delitos de roubo, dano qualificado e estupro. Ao apresentar cota de oferecimento da denúncia, requereu o arquivamento dos autos em relação ao crime de estupro, registrando não ter restado evidenciada a finalidade lasciva do denunciado, anotando as cautelas de praxe e sem prejuízo do disposto no art. 18 do Código de Processo Penal. Defende que, acolhido o arquivamento, operou-se o trânsito em julgado em relação à decisão, configurando coação ilegal à liberdade de locomoção o posterior aditamento da denúncia, no curso da instrução criminal, imputando ao paciente a prática do crime contra a dignidade sexual.

A liminar foi indeferida (fls. 198/199).

Dispensadas as informações pelo r. Juízo apontado como autoridade coatora, a douta Procuradora de Justiça Dra. Maria Lúcia Ribas, opina pela denegação da ordem (fls. 203/208).

É o relatório.

A ordem deve ser denegada.

O paciente foi inicialmente indiciado pela prática dos crimes de dano qualificado, de roubo e de estupro.

Porém, o representante do Ministério Público promoveu o arquivamento dos fatos relativos ao delito de estupro, por entender que não estava presente o intuito lascivo, o que foi homologado pelo eminente Magistrado.

Acesso ao Sumário

No entanto, após a realização da audiência de instrução, a apontada autoridade coatora abriu vista dos autos ao *Parquet* para que aditasse o crime de estupro, o que foi levado a cabo, sendo recebida a emenda a exordial.

Daí a impetração do presente *writ*, com a finalidade de anular o acréscimo operado pelo aditamento, ao argumento de que o arquivamento inicial está acobertado pela coisa julgada.

Com efeito, a decisão que promoveu o arquivamento dos fatos relativos ao delito de estupro foi enfática ao excepcionar a previsão do artigo 18 do Código de Processo Penal.

Destarte, o surgimento de provas substancialmente novas admite o desarquivamento do feito, permitindo a continuidade da persecução penal. Por identidade de razões, surgindo prova nova em Juízo deve-se permitir o aditamento da denúncia.

No caso dos autos, sobreveio o relato de que *"além de apalpar as nádegas e seios das vítimas, de maneira lasciva,* ***pois chegou a levantar as blusas das vítimas e tocar nos seios de ambas, insinuando que iria manter conjugação carnal com as duas, dentro do banheiro"*** – fls. 166.

Ora, a alteração substancial do contexto probatório legitima o aditamento da denúncia, pois o arquivamento anterior estava calcado em quadro fático diverso e, portanto, não há que se falar em violação da coisa julgada.

Os precedentes jurisprudenciais que deram ensejo à tese de que o arquivamento por atipicidade do fato não admite a reabertura da persecução penal tem como escopo assegurar a segurança jurídica da decisão, impedindo que a mera alteração do juízo de valor incidente sobre o mesmo fato gerador dê azo a infindáveis investigações.

Certamente não se trata da hipótese em apreço, pois, os relatos foram substancialmente novos, ainda que provenientes das mesmas testemunhas.

Neste sentido, pontuais os ensinamentos de DENILSON FEITOZA: "*Provas novas, segundo o STF, são somente aquelas que produzem alteração no panorama probatório dentro do qual foi concebido e acolhido o pedido de arquivamento do inquérito. A nova prova há de ser substancialmente inovadora, e não apenas formalmente nova. Se uma testemunha anteriormente ouvida no inquérito policial for novamente ouvida e disser as mesmas coisas, estaremos diante de uma prova nova formalmente, mas não substancialmente nova. Para que a prova seja substancialmente nova, a referida testemunha deverá dizer algo novo, por exemplo que efetivamente viu o investigado matar dolosamente a vítima, coisa que anteriormente, não havia dito*" – Direito Processual Penal, 2010, página 192.

Portanto, ausente a teratologia apontada, não há como acolher a pretensão irrogada.

Acesso ao Sumário

Diante do exposto, pelo meu voto, denega-se a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 2174557-73.2016.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é paciente MATHEUS HENRIQUE DE OLIVEIRA e Impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem, nos termos que constarão do acórdão. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.121)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DA SILVA (Presidente sem voto), FRANÇA CARVALHO e CARDOSO PERPÉTUO.

São Paulo, 20 de outubro de 2016.

DE PAULA SANTOS, Relator

Ementa: HABEAS CORPUS – Execução Criminal – Pleito de afastamento do caráter hediondo do crime de tráfico privilegiado, a fim de modificar a fração utilizada no cálculo de benefícios – Novo entendimento do C. STF externado no julgamento do HC nº 118533/MS, no sentido de afastar a natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas – Decisão do Juízo impetrado manifesta e frontalmente contrária ao entendimento específico do plenário do C. STF, que há de prevalecer – Ordem concedida, para determinar que no cálculo de penas não se considere hediondo o crime de tráfico de drogas na modalidade privilegiada (parágrafo 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06).

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de pedido de *habeas corpus* impetrado por ALEXANDRE ORSI NETTO a favor de MATHEUS HENRIQUE DE OLIVEIRA, condenado como incurso no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, contra ato do Juízo do DEECRIM da Comarca de Sorocaba, consistente no indeferimento de pedido de retificação do cálculo da pena.

Sustenta o impetrante, em síntese, que o Juízo aplicou à condenação pelo crime de tráfico privilegiado o mesmo tratamento dado aos delitos hediondos, inclusive quanto os requisitos para a concessão de benefícios. Alega que no julgamento do Habeas Corpus nº 118.533, o plenário do STF proferiu decisão afastando a natureza hedionda do tráfico privilegiado. Afirma que não se está respeitando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Alega que deve ser observada a correta individualização da pena. Pleiteia a retificação dos cálculos.

Negada a medida liminar (fls. 62/63), foram requisitadas informações da autoridade apontada como coatora, que as prestou (fls. 67/68).

Opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não conhecimento da impetração ou, se analisado o mérito, pela denegação da ordem (fls. 80/82).

É o relatório.

Insurge-se o impetrante contra decisão do Juízo do DEECRIM da Comarca de Sorocaba, que, para efeito de cálculo de penas concernente à aquisição de benefícios, decidiu por considerar hediondo o crime de tráfico de entorpecentes privilegiado (fls. 58).

Apesar da matéria debatida ser relativa a Execução Criminal, o mérito será analisado por meio deste *Habeas Corpus*, visto que, além de se cuidar de questão meramente de direito, a decisão do douto Juízo impetrado é manifesta e frontalmente contrária a entendimento específico do plenário do C. Supremo Tribunal Federal, o qual deveras merece prevalecer, podendo-se vislumbrar, então, patente constrangimento a ser revertido.

Nesse diapasão, pronunciou-se o Pretório Excelso sobre o tema, recentemente, ao conceder a ordem nos autos do *Habeas Corpus* nº 118533/MS, para o fim de "afastar a natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas":

> *"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90. 4. Ordem concedida"* (HC 118533/MS, Tribunal

Acesso ao Sumário

Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 19.09.2016).

Com efeito, tem-se que esse novo entendimento externado pela Suprema Corte veio solidamente fundamentado e traçou balizamento a ser observado para regência da matéria. Destarte, merece guarida a pretensão do impetrante.

Diante do exposto, **concede-se a ordem**, para se determinar que no cálculo de penas não se considere hediondo o crime de tráfico de drogas na modalidade privilegiada (parágrafo 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06).

ACÓRDÃO

Vistos relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 2207854-71.2016.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é paciente ARLETTE KALAIGIAN KAHVEGIAN, Impetrantes ISMAR MARCILIO DE FREITAS NETO e PEDRO AUGUSTO DE PADUA FLEURY.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A ORDEM impetrada em prol de Arlette Kalaigian Kahvegian. V.U. Sustentou oralmente o Advogado Dr. Pedro Augusto de Padua Fleury e usou da palavra o Exmo. Sr. Procurador de Justiça Dr. Marcio Jose Lauria Filho. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.921)**

O julgamento deve a participação dos Exmo. Desembargadores RICARDO TUCUNDUVA (Presidente) e ZORZI ROCHA.

São Paulo, 10 de novembro de 2016.

MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA, Relator

Ementa: HABEAS CORPUS – SONEGAÇÃO FISCAL – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – INÉPCIA DA DENÚNCIA – INOCORRÊNCIA – DESCRIÇÃO DO FATO TÍPICO, SUAS CIRCUNSTÂNCIAS E OS SUPOSTOS AUTORES – REQUISITOS DO ARTIGO 41, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL SATISFEITOS – AUSENTES AS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 395, DO MESMO DIPLOMA LEGAL – ORDEM DENEGADA.

HABEAS CORPUS – SONEGAÇÃO FISCAL – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – OBTENÇÃO DE INFORMAÇÕES FINANCEIRAS PELO FISCO

Acesso ao Sumário

– FATO QUE NÃO CARACTERIZA QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO – PRÉVIA NOTIFICAÇÃO AO CONTRIBUINTE NECESSÁRIA SOMENTE QUANDO INSTAURADO PROCESSO ADMINISTRATIVO – EXIGÊNCIA DISPENSADA NA HIPÓTESE DE PROCEDIMENTO – ORDEM DENEGADA.

VOTO

Ismar Marcilio de Freitas Neto e **Pedro Augusto de Padua Fleury**, Advogados, impetram ordem de "***habeas corpus***" em prol de ***ARLETTE KALAIGIAN KAHVEGIAN***, contra ato da MMa. Juíza de Direito Erika Fernandes Fortes, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campinas – SP.

Pleiteiam os impetrantes, em síntese, o trancamento da ação penal, alegando inépcia da denúncia e ilicitude das provas que a embasam.

Dispensou-se a vinda de informações da autoridade apontada como coatora, em face das cópias traídas aos autos pelos impetrantes (fls. 1517).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 1520/1523).

É o relatório.

A paciente foi denunciada pela prática, em tese, do crime previsto no artigo 1º, inciso I. c.c. o artigo 11, ambos da Lei nº 8.137/90, por diversas vezes, porque segundo a denúncia, no período compreendido entre janeiro de 2006 e dezembro de 2008, nas dependências da empresa "Peebles Confecções Ltda.", estabelecida na Rua 13 de Maio, nº 386, Centro, cidade e comarca de Campinas, e em suas filiais, juntamente com o sócio Roberto Missak Kahvegian, previamente ajustados, suprimiu o pagamento de ICMS no valor não atualizado de R$ 591.722,81 (quinhentos e noventa e um mil, setecentos e vinte e dois reais e oitenta e um centavos), conforme apurado no AIIM nº 3.126.753, omitindo informações à autoridade fazendária.

Pretendem os impetrantes, via o presente remédio heroico, o trancamento da ação penal.

Mas razão não lhes assiste.

Diante de elementos suficientes configuradores da prática delituosa é dever funcional do órgão do Ministério Público apresentar denúncia, para que no momento oportuno, qual seja, a ação penal, sob o crivo do contraditório, sejam minuciosamente apurados os fatos e seus autores.

Como estabelece o artigo 395, do Código de Processo Penal, a denúncia só poderá ser rejeitada quando "for manifestamente inepta; faltar pressuposto

Acesso ao Sumário

processual ou condição para o exercício da ação penal; ou faltar justa causa".

O juiz não pode trancar a ação penal por meio de habeas corpus a pretexto de não estar provado no inquérito policial aquilo que a acusação se propõe a demonstrar na instrução, se na denúncia descreve fato que constitui crime (RTJ 75/454).

A denúncia descreve o fato típico, suas circunstâncias e os supostos autores, preenchendo, assim, os requisitos do artigo 41, do Código de Processo Penal, suficientes neste primeiro momento.

Além disso, o reclamo envolve questões de alta indagação, que ensejam análise de matéria probatória e de mérito, o que se torna impossível nos estritos limites da via eleita.

AÇÃO PENAL - Trancamento pretendido em "Habeas corpus" - Alegação de falta de justa causa e inépcia da inicial - Matéria dependente de exame de provas - Impossibilidade de apreciação pela via eleita - Denúncia, ademais, que descreve o crime em tese - Ordem denegada (STJ) RT 685/366.

HABEAS CORPUS - Trancamento da ação penal - Alegação de falta de justa causa - Necessidade da desconformidade entre a acusação e os elementos probatórios os quais lhe dão base - Impossibilidade de exame minucioso e aprofundado de provas na via estreita do referido writ - Denúncia instruída com os elementos indispensáveis que permitem a apuração do crime em tese e que garantem o contraditório e a ampla defesa Inteligência do art. 41 do CPP (TRF - 2ª Reg.) - RT 808/713.

Portanto, presentes os requisitos legais mínimos para a propositura e recebimento da ação penal, a valoração da conduta do réu deve ser feita após o final da instrução processual, na sentença de mérito.

Da mesma forma, não se vislumbra ilicitude na prova produzia.

O artigo 6º, da Lei Complementar 105, de 10- de janeiro de 2001, estabelece que "*As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente*." (grifos nossos)

Assim, não há necessidade de instauração de processo administrativo, com prévia citação do contribuinte, sendo possível a consulta de dados bancários pelo Fisco através de procedimento fiscal, com se verifica no presente caso.

Além disso, ao contrário da interpretação que os impetrantes buscam dar à decisão do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 601.314,

não condiciona o acesso das informações bancárias do contribuinte pelo Fisco à sua prévia notificação, o que é exigido somente quando instaurado processo administrativo, como acima explicitado.

À guisa de esclarecimento, no referido Acórdão, Relatado pelo Ministro Edson Fachin, a Suprema Corte entendeu que o acesso à informações financeiras pelos Órgãos de Administração Tributária, visando verificação da regularidade da tributação, não caracteriza quebra de sigilo bancário e violação dos direitos individuais.

Destacamos do Aresto:

"O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o translado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal" (ementa – fls. 02).

Portanto, a possibilidade de acesso aos dados bancários dos contribuintes sem prévia autorização judicial é medida plenamente adequada às novas finalidades de promover uma fiscalização eficiente e que possa alcançar a todos os contribuintes, indistintamente, mesmo aqueles sem acesso aos mais sofisticados meios de estruturação financeira. Ela confere maior efetividade à fiscalização, contribuindo para estimular a adimplência voluntária, incrementar a arrecadação e promover a justiça fiscal. Também torna mais difícil a vida dos devedores contumazes, que pretendem extrair vantagens competitivas indevidas da sonegação de tributos, da evasão fiscal e da omissão de receitas. Isso tudo, sem falar na possibilidade de rastreamento e cruzamento dos dados relativos aos fluxos financeiros, inclusive mediante troca de informações entre países, como mecanismo de combate ao terrorismo e ao tráfico internacional de drogas e armas. (Voto - fls. 67)

Assim é o posicionamento do Ministro Luís Roberto Barroso:

O direito à intimidade e à proteção da vida privada dos indivíduos são direitos fundamentais de extrema relevância, já que se ligam diretamente aos valores da liberdade e da dignidade humana, pilares de qualquer Estado que se pretenda democrático e de direito.

Contudo, considero que a oposição do sigilo bancário à Administração Tributária não tem relação direta com tais garantias constitucionais, conforme se entende nas principais democracias do mundo - e isso foi enfatizado em mais de um dos pronunciamentos.

De todo modo, ainda que assim não fosse, o sigilo de informações financeiras, a meu ver, não se encontra no núcleo essencial do direito à intimidade e, portanto, é passível de restrição razoável pelo legislador, principalmente com o objetivo de compatibilizá-lo com o dever fundamental de pagar tributos, a

Acesso ao Sumário

isonomia tributária e a capacidade contributiva.

Sendo assim, verifica-se que o legislador não desbordou dos parâmetros constitucionais ao exercer sua relativa liberdade de conformação, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação, pela Administração Tributária, às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se uma transferência do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal. (fls.46).

Também consignamos a manifestação do Ministro Teori Zavascki:

"Quanto à segurança dessas informações, o que a Lei prevê não é quebra de sigilo. Já foi acentuado aqui também: a Lei, expressamente, autoriza, no art. 6º, às autoridades e aos agentes fiscais tributários da União, dos Estados e Municípios, examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras. O que se afirma na Lei é que o Fisco tem autorização para examinar os dados bancários, não para quebrar sigilo. O sigilo não é quebrado, pelo contrário. Aqui, o que a Lei disciplina, entre seus vários artigos, é um sistema para que, nesse exame, não se quebre o sigilo.

É claro que pode haver risco de vazamento desses dados, como pode haver risco de vazamento desses dados pelas próprias instituições financeiras, por outros agentes que já têm acesso a esses dados. Por exemplo, o Banco Central tem amplo acesso, há muitos anos, a todas as operações de todas instituições financeiras, inclusive dos particulares. E pode haver vazamento. Ontem se afirmou aqui da tribuna, que não é uma exclusividade nacional o vazamento de informações sobre contribuintes." (Voto fls. 87/88).

Em conclusão, não se vislumbra qualquer ilegalidade ou constrangimento no ato da MMa. Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campinas – SP.

Pelo exposto, **DENEGO A ORDEM** impetrada em prol de ***Arlette Kalaigian Kahvegian.***

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 2207926-58.2016.8.26.0000, da Comarca de Limeira, em que é paciente EDVALDO GOMES DOS SANTOS e Impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem com

DETERMINAÇÕES. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.128)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), AMARO THOMÉ e CARLOS MONNERAT.

São Paulo, 17 de novembro de 2016.

ROBERTO SOLIMENE, Relator

Ementa: Habeas Corpus. Furto qualificado e falsidade ideológica. Excesso de prazo. Prisão que remete a 18.11.2015. Réu que se identificou como determinada pessoa, tida como primária e sem antecedentes. Informações judiciais que, no entanto, explicaram suspeitas tidas como fundamentadas de que o paciente se fez passar por outro e que, na verdade, até já fora condenado, e, por isso, transferido para estabelecimento prisional distinto, naquela condição, pendente o prosseguimento dos autos para realizar-se, primeiro, sua legitimação para, somente ao depois proceder-se a sua citação.

Não pode invocar excesso de prazo na formação da culpa quem se atribui identidade que não confere com a realidade. Atraso imputado ao próprio paciente. Irrelevância agora, diante de tais circunstâncias, do fato de não se ter envolvido em fato grave, ausente qualquer indicativo de periculosidade.

Denegação da ordem com determinação, para que o feito, em 1º grau, prossiga, sem prejuízo da paralela legitimação do paciente e, se o caso, nova citação ao depois, assinalado prazo de vinte dias para apuração da identidade do acusado e imediata submissão da conclusão ao MM Juiz.

VOTO

Relatório

Habeas Corpus impetrado pela Defensoria Pública em prol de Edvaldo Gomes dos Santos, que alega ser primário e de bons antecedentes, sequer envolvido em fato grave, sem indicadores de periculosidade (nada mais do que denunciado por cometimento, em concurso de agentes, de um crime de furto qualificado, sendo a "res substracta" composta de estepe, macaco, extintor

Acesso ao Sumário

de incêndio, trava de ferro, pares de sapatos e aparelho para alisar cabelos), contexto a autorizar o relaxamento de sua custódia preventiva, aliás, sequer devidamente fundamentada.

Processado sem liminar (fls. 207/212) e prestadas informações judiciais (fls. 215/217), o r. parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça é pela denegação da ordem.

É o relatório.

Voto n. 34.128

Concisão não é sinônimo de carência de fundamentos, quanto mais tendo sido adotada na origem a cautela e o comedimento no linguajar exatamente para não antecipar veredictos e incorrer em nulidades. Inclusive, revelou-se absolutamente despropositado examinar a prova para outros fins, se não para constatar o quanto posto no art. 312 do CPP. Nem se desassocie tais indicativos de outros destacados nas informações judiciais.

Igualmente oportuna a transcrição de parte do julgamento, no E. Superior Tribunal de Justiça, RHC 1745/MG, rel. o Min. Edson Vidigal, j. 18.3.1991: "(...) o decreto de prisão preventiva deve narrar com precisão e concisão os fatos, de modo a que a fundamentação legal resulte bem ajustada a pretensão judicial (...)". Ademais, mesma fonte, no julgamento do RHC 8341/SP (confira-se no DJ 26.4.1999, p. 113), predicou expressamente que um "(...) Decreto conciso não quer dizer decreto vazio de fundamentação. Concisão é objetividade. A fundamentação de um decreto de prisão preventiva não se afere pela quantidade de palavras utilizadas pelo Juiz (...)".

E esta é a situação da demanda em tela.

Ainda na origem, disse, a MM Autoridade Judicial, que o paciente fora brindado com arbitramento de fiança e que, uma vez recolhido o valor e autorizada a expedição de alvará de soltura (item 4, fl. 215 "in fine"), tudo fora revogado. Ocorreu que, antevista identidade falsa (há, inclusive, notícia de que houve aditamento da exordial pelo "Parquet" - item 1, fl. 215), revogou-se a liberdade provisória mediante fiança dado que diverso seria o nome do paciente (Valdecir Aparecido Barbosa, vide item 5 de fl. 216 "in limine"), pessoa "com condenações por outros processos e que, inclusive, foi transferido de penitenciária para cumprimento de pena" (cf. fl. 215, item 5, segundo parágrafo).

Acesso ao Sumário

Ou seja, a prisão não mais tem a ver com o fato originário, mas com a suspeita de que se atribuiu nome diverso do verdadeiro para ocultar o próprio passado, o que, cf. expressou o MM Juiz, "demonstra não ter a menor intenção de contribuir com a Justiça, muito menos de que irá comparecer a todos os atos do processo e manter seu endereço atualizado" (item 5, terceiro parágrafo, de fl. 216).

Não se pode simplesmente imputar ao Estado-juiz a responsabilidade pela

demora no começo da instrução deste processo, eis que na origem as autoridades (em acordo com as informações judiciais) estão correndo para apurar a real identidade do paciente (fl. 216, item 5, quarto parágrafo).

Respeitosamente, somente se cogitaria a existência de constrangimento ilegal quando o excesso de prazo fosse motivado pelo descaso injustificado do juízo, o que evidentemente não se verifica na hipótese presente. E veste como luva para o caso julgado do E. Superior Tribunal de Justiça, esclarecendo que: "Os prazos indicados para a consecução da instrução criminal servem apenas como parâmetro geral, porquanto variam conforme as peculiaridades de cada processo, razão pela qual a jurisprudência uníssona os têm mitigado à luz do princípio da razoabilidade" (STJ, RHC 44.513/CS, 5ª T., relª. Minª. Laurita Vaz, DJe de 01/07/14). Neste mesmo sentir: STJ, HC 283.984/PE, 5ª T., rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 01/08/14; STJ, RHC 47.724/BA, 5ª T., rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 01/08/14).

Notadamente o argumento ganha realce quando há referências expressas à identidade do acusado e à gravidade do que alegadamente teria tentado fazer para frustrar a aplicação da lei, então não mais valendo falar em primariedade, bons antecedentes, residência fixa, profissão definida, etc., como argumentos para se revogar prisão preventiva.

A esta altura é de relevo transcrever trechos de v. arestos do Col. Supremo Tribunal Federal, absolutamente coerentes com a hipótese em tela e pelos *quais "(...) A circunstância de o paciente ser primário, ter bons antecedentes, trabalho e residência fixa não se mostram obstáculos ao decreto de prisão preventiva, desde que presentes os pressupostos e condições previstas no art. 312 do CPP"* (HC 98.113/RJ, 2ª T., rel. Min. Ellen Gracie, J. 9.2.2010 e HC 83.148/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJ 02.09.2005).

Não mais temos específica atenção para um furto supostamente qualificado, mas para a referência judicial de que estamos diante de alguém que se apresenta com nome estranho ao seu, para ocultar condenações anteriores. A propósito, o E. Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou em casos análogos no sentido de que *"(...) Não há ilegalidade na manutenção da prisão preventiva quando demonstrado, com base em fatores concretos, que a segregação se mostra necessária, dada a gravidade da conduta incriminada (...)"* (RHC 41298 / MG – rel. Min. Jorge Mussi – 5ª T. – j. 22.10.2013). Aliás, a questão acha-se pacificada, visite-se aos escaninhos do E. Superior Tribunal de Justiça: RHC 40114/MG – rel. Min. Laurita Vaz – 5ª T – j. 8.10.2013; HC 263823/SP – rel. Min. Assussete Magalhães – 6ª T – j. 3.10.2013; AgRg no RHC 35590/SP – rel. Min. Marco Aurélio Bellizze – 5ª T. – j. 10.9.2013. E mais ainda: STF, RT 670/359; STJ RSTJ 118/349, RT 753/570; TJSP, JTJ 226/312, 231/292.

Por estas razões, na hipótese destes autos, só as alternativas do art. 319 do

Acesso ao Sumário

CPP são evidentemente insuficientes.

Em suma, não há ilegalidade na prisão preventiva porque demonstrado, com base em fatores concretos enumerados nas informações judiciais, que a medida se mostrava necessária, a bem da ordem pública, esta vulnerada ante a incerteza sobre a identidade do paciente, **o que não quer dizer que o Estado-juiz se acha dispensado de proceder com diligência**, relevante tenha empenho na urgente legitimação do acusado, para o que **de rigor o seguimento da instrução, na origem, sem prejuízo da legitimação, que deve concluir a identidade do acusado em vinte (20) dias, determinações que ora são feitas pela turma julgadora.**

Ante o exposto, denego a ordem com **DETERMINAÇÕES.**

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2176227-49.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é impetrado MM. JUIZ(A) DE DIREITO DA VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DO FORO CENTRAL.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a segurança. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.227)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCO ANTÔNIO COGAN (Presidente) e CARLOS MONNERAT.

São Paulo, 20 de outubro de 2016.

GRASSI NETO, Relator

Ementa: Mandado de Segurança – Indeferimento de pedido de medidas protetivas – Inexistência de violação a direito líquido e certo – Não viola direito líquido e certo o indeferimento de pedido formulado pela impetrante, no sentido do deferimento de medidas protetivas, se não restar minimamente comprovada nos autos a necessidade e urgência do deferimento de tais medidas protetivas.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos,

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado pelo Ministério Público de São Paulo, contra decisão proferida pelo MM. Juízo da Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher do Foro Central Criminal, Comarca de São Paulo, que indeferiu pedido de medidas protetivas de urgência elaborado pelo impetrante, em face de Gualberto da Silva Gomes e em favor de Thays Sposito da Silva.

Informa o impetrante ter sido, contra a referida decisão, interposto recurso em sentido estrito, sendo que o presente mandado de segurança teria por escopo a antecipação dos efeitos da tutela recursal, de tal modo a ensejar liminarmente a concessão de medidas protetivas de urgência.

Indeferida a liminar (fls. 42) e prestadas as informações pela autoridade apontada como coatora (fls. 45/49), manifestou-se a D. Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da segurança.

É o Relatório.

Denega-se o *mandamus.*

Segundo consta, Gualberto da Silva Gomes e Thays Sposito da Silva foram namorados por aproximadamente um ano sendo que não tiveram filhos do relacionamento.

De acordo com o relatado pela vítima, o seu ex-namorado a teria agredido e proferido ameaças em seu desfavor por diversas vezes, chegando até mesmo a mantê-la em cárcere privado.

Em 24 de dezembro de 2015, Gualberto teria agredido Thays com socos no rosto e puxões de cabelo, fato este que ensejou a elaboração do boletim de ocorrência de fls. 15/16.

Em 28 de julho de 2016, Thays compareceu na Promotoria de Justiça e solicitou medidas protetivas de urgência contra o réu, dizendo não ter requerido estas por ocasião da lavratura do boletim de ocorrência, pelo fato de não ter sido devidamente orientada (fls. 17/18).

O Ministério Público solicitou, então, à autoridade apontada como coatora a aplicação das seguintes medidas protetivas de urgência, previstas no art. 22, III, "a", "b" e "c", da Lei n. 11.340/06: proibição de aproximação da vítima e de seus familiares, fixando-se limite mínimo de distância; proibição de contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; e proibição de frequência a determinados lugares, quais sejam, residência e trabalho da vítima (fls. 10/14).

A autoridade tida como coatora indeferiu as medidas protetivas de

Acesso ao Sumário

urgência solicitadas (fls. 23/26), sob a seguinte fundamentação:

> [...] embora os fatos retratados pela requerente sejam graves e, em tese, seja possível extrair dos seus relatos a plausibilidade do deu direito nos termos do artigo 7º, I e II, da Lei n. 11.340/06, não está presente a urgência do pedido, que seria essencial para o deferimento do pedido. Nesse sentido, consta dos autos que o requerido supostamente praticou as agressões físicas e as ameaças ao longo do relacionamento, mas segundo a própria requerente, esta situação apenas mudou um pouco depois que o requerido foi chamado a prestar declarações na delegacia, vez que até então acreditava ser um blefe da vítima e sua família (fls. 10).
>
> E neste ponto, não há notícias recentes da prática de qualquer conduta do requerido que justifique a concessão das medidas protetivas de urgência em favor da requerente nesta oportunidade, mormente depois de mais de seis meses da lavratura do boletim de ocorrência, o que seria essencial para o deferimento do pedido.
>
> Diante deste contexto, é necessário enfatizar que a concessão das medidas protetivas de urgência importa em severa restrição ao direito de locomoção da parte, de forma que somente poderá ser concedida quando presentes os requisitos legais, o que não aconteceu até o momento (fls. 24/25).

O Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito da referida decisão (fls. 31/40) e pretende com o presente *mandamus* a concessão de efeito suspensivo ao recurso, com o **escopo de antecipar os efeitos da tutela recursal, de tal modo a ensejar liminarmente a concessão de medidas protetivas de urgência pretendidas.**

A decisão que indeferiu as medidas pleiteadas não merece, contudo, qualquer reparo, pois **não viola direito líquido e certo o indeferimento de pedido formulado pelo impetrante, no sentido do deferimento de medidas protetivas, eis que não restou minimamente comprovada nos autos a necessidade e urgência do deferimento de tais medidas.**

Acesso ao Sumário

Não há, com efeito, urgência, pois a vítima pediu as medidas protetivas mais de 06 meses após o último episódio de violência contra ela praticado. Não foi relatada, outrossim, a ocorrência de novas agressões ou ameaças. Ausente, portanto, o *periculum in mora.*

Como se tal não bastasse, não há nos autos nenhuma prova das referidas agressões e ameaças, além das palavras da vítima. Não há tampouco *e-mail*, mensagem, ou relato de testemunha, em que pese Thays ter mencionado que os episódios de violência se estenderam por todo o relacionamento amoroso. Inexiste sequer o termo de interrogatório do agressor, embora a própria vítima tenha afirmado ter sido ele ouvido na Delegacia de Polícia. Não está presente,

assim, o *fumus boni iuris.*

Destaque-se ainda que as medidas pleiteadas podem, sim, interferir significativamente na esfera de liberdade do ofensor, pois, como a própria vítima relatou, "o requerido mora bem próximo de sua casa", sendo que "frequentam os mesmos lugares" (fls. 18).

Diante do exposto, ausentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, denega-se a segurança.

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 1031726-68.2015.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é recorrente/querelante A.R.S., são querelados E.P.N. e D.B.B. e Recorrido 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: "Deferiram a gratuidade judiciária e negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3.348)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente sem voto), MARCO ANTÔNIO COGAN e LOURI BARBIERO.

São Paulo, 6 de outubro de 2016.

CARLOS MONNERAT, Relator

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. Calúnia praticada na presença de várias pessoas ou por meio que facilite sua divulgação e mediante paga ou promessa de recompensa. Querelados são a executada e o advogado desta nos autos de cumprimento de obrigação de fazer (ação de regulamentação de visitas), em que o querelante é exequente. Manifestação escrita em impugnação, narrando que o querelante já havia sido processado por posse de maconha no ano de 2003. Rejeição da queixa-crime, por ser o fato verdadeiro. Falta de justa

Acesso ao Sumário

causa. Defesa objetiva o recebimento da inicial e o prosseguimento da ação penal. Impossibilidade. Fato atípico. Calúnia é a falsa imputação de fato criminoso a outrem. Ausência de elementos mínimos para a continuidade da ação. A rejeição era mesmo de rigor. Deferida a gratuidade judiciária. Negado provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto por A.R.S. contra a r. decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de São José dos Campos, cujo teor rejeitou a queixa-crime intentada em face de D.B.B. e E.P.N., imputando-lhes a prática do crime de calúnia cometido na presença de várias pessoas ou por meio que facilite sua divulgação e mediante paga ou promessa de recompensa, previsto no artigo 138 c/c artigo 141, inciso III e parágrafo único, todos do Código Penal (fls. 403/404).

O recorrente requer a concessão dos benefícios da gratuidade judiciária e, no mérito, o recebimento da inicial e o regular prosseguimento do feito (fls. 409/418).

Apresentadas contrarrazões (fls. 419/422), o Ministério Público manifestou-se pela manutenção do julgado que rejeitou a queixa-crime (fls. 423/425).

Mantida a decisão hostilizada (fl. 427), opinou a Douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do recurso (fls. 430/434).

RELATADOS, passo a decidir.

Preliminarmente, cumpre apreciar o pedido de gratuidade de justiça.

Sobre o tema, entende-se que a simples declaração, prevista na Lei 1.060/50, feita pelo interessado de que sua situação econômica não lhe permite vir a juízo sem prejuízo de sua manutenção ou de sua família, basta para o acesso ao benefício da assistência judiciária gratuita.

In casu, apesar de a miserabilidade jurídica ter sido refutada pelos querelados, que afirmam ser o querelante ex-magistrado, advogado com OAB regular e residir com seu genitor em um dos bairros mais luxuosos da cidade, a petição inicial foi instruída com declaração do ora recorrente e comprovação de que se encontra desempregado (fls. 323/352), além de haver execução de alimentos em seu desfavor, mais um indício de hipossuficiência.

Desse modo, e tendo em vista a observância ao princípio constitucional de acesso à Justiça, concedo-lhe o benefício da gratuidade de justiça.

A r. decisão que rejeitou a queixa-crime deve permanecer incólume.

Acesso ao Sumário

Narra, em suma, a exordial, que, em 23 de novembro de 2015, nos autos do cumprimento de sentença referente ao direito de visitas do querelante em relação a sua filha já adolescente, que tramita perante a 2ª Vara Cível da Comarca de Cotia, o querelante teve sua honra objetiva atingida, quando a mãe de sua filha, E.P.N., e seu advogado, D.B.B., na peça de defesa, consignaram em escrito: "*Este pai tão abnegado que respondeu processo criminal pego com maconha no ano de 2003* (sic)".

Noticia que, como a calúnia foi perpetrada em processo judicial, o Magistrado, o Promotor de Justiça e os servidores do Juízo tiveram conhecimento do fato, havendo a possibilidade de maior divulgação, já que cometido o delito pela *internet*. Ademais, uma vez que D. é patrono de E., também teria sido praticado mediante paga ou promessa de recompensa.

Consta, também, que houve o *animus caluniandi*, pois a reputação do querelante, ora recorrente, não era o objeto do procedimento, mas sim o cumprimento da decisão que regulamentou seu direito de visita a sua descendente. Narra que o fato a que se referem os querelados ocorreu há mais de dez anos e que foi absolvido da imputação do delito previsto no artigo 16 da Lei 6.368/76, então vigente, por sentença penal irrecorrível, que declarou extinta sua punibilidade, nos moldes do artigo 76, da Lei 9.099/95.

Com a inicial, foram juntados diversos documentos, dentre eles, cópias dos autos do cumprimento de sentença da obrigação de fazer e a peça na qual foi redigida a ofensa caluniosa, assim como os autos de execução de alimentos contra o querelante, além de documentos relacionados ao procedimento criminal, no qual o querelante chegou a ser denunciado como incurso no artigo 16 da Lei 6.368/76, sendo declarada extinta sua punibilidade (fls. 18/322).

Infrutífera a tentativa de conciliação entre as partes (fl. 386), o Ministério Público apresentou parecer (fl. 397/398), o qual foi acolhido pelo Juízo monocrático, que rejeitou a queixa-crime por falta de justa causa (fls. 403/404).

Em que pesem as razões elencadas nas razões recursais do querelante, nenhum reparo merece a decisão guerreada.

Isto porque, como bem apontou o Magistrado *a quo*, sem adentrar na celeuma de quando se inicia o processo (oferecimento ou recebimento da denúncia), mesmo porque utilizado pelos querelados em sentido amplo (quiçá, sem técnica), a frase tida como caluniosa descreve evento que realmente ocorreu.

Os documentos juntados por ele próprio, quais sejam, boletim de ocorrência, denúncia, audiência preliminar de proposta de transação penal e sentença de extinção de punibilidade (fls. 90/100 e 163/165) dão conta de que o fato não foi imputado falsamente pelos querelados ao querelante.

Tal descrição em ação cível, na qual não se tratava da reputação do querelante, não torna episódio que realmente ocorreu em calunioso, pois este

Acesso ao Sumário

necessita da falsidade para se configurar. Aliás, essa discussão apenas caberia se o querelante tivesse imputado aos querelados o delito de injúria ou de difamação, para, então, ser debatida eventual imunidade judiciária (artigo 142, inciso I, do Código Penal).

Ainda assim, da leitura da referida peça processual, observa-se que tal frase e outros dados do passado do querelante foram ali elencados, com o intuito de se modificar os termos da regulamentação de visitas, mesmo que ali não fosse o meio mais técnico, denotando-se a ausência do *animus caluniandi* (fls. 83/89).

Pois bem.

A questão de fundo cinge-se ao fato de que a frase considerada caluniosa pelo querelante jamais poderia ser tida por criminosa, porque, de plano, verdadeira.

Para a configuração do crime de calúnia é necessário que o agente atribua à vítima a prática de conduta típica que não corresponda à verdade (falsidade do fato) ou de que tenha conhecimento de que o ofendido é inocente (falsidade da autoria), à luz do disposto no artigo 138 do Código Penal.

Cezar Roberto Bitencourt leciona que "*Para que o fato imputado possa constituir calúnia, precisam estar presentes, simultaneamente, todos os requisitos do crime: a) imputação de fato determinado qualificado como crime; b) falsidade da imputação; c) elemento subjetivo - 'animus caluniandi'. A ausência de qualquer desses elementos impede que se possa falar em fato definido como crime de calúnia*." (Cezar Roberto Bitencourt, *in* Tratado de Direito Penal, vol. 2, 3ª ed, São Paulo, Saraiva, 2003, p.342).

No presente caso, é notório que o recorrente foi "*pego com maconha em 2003*" e que "*houve processo criminal*", expressão esta que, como outrora afirmado, foi usada com amplitude, uma vez que o órgão acusatório ofereceu denúncia, sendo extinta sua punibilidade após o cumprimento de benefício previsto na Lei 9.099/95, e não absolvição, como afirma.

Saliente-se que em momento algum os recorridos asseveraram que o recorrente foi condenado por ter sido "pego com maconha em 2003". Tão só exerceram o direito de se expressarem em autos protegidos pelo segredo de justiça, demonstrando, também, a ausência do dolo de caluniar.

É imperiosa a justa causa para o início da persecução penal.

Todavia, as palavras caluniosas apontadas pelo ora recorrente aos recorridos são apenas a narração de fatos passados daquele.

A justa causa para a propositura da ação penal, seja ela pública ou privada, manifesta-se por elementos indicativos suficientes da existência do crime e de quem seja o seu autor.

Não há qualquer elemento de convicção capaz de evidenciar a existência

do crime.

Por essa razão, a rejeição da queixa-crime era mesmo de rigor.

Ante o exposto, defere-se a gratuidade judiciária e nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0049182-53.2010.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente DIEGO ALARCON CLEMENTE, é recorrido 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 parcial provimento ao recurso em sentido estrito interposto por Diego Alarcon Clemente para que, cassada a decisão monocrática prolatada, prossiga com a tramitação da ação penal contra o mesmo ajuizada. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão**. (Voto nº 29.825)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCO ANTÔNIO COGAN (Presidente), LOURI BARBIERO e GRASSI NETO.

São Paulo, 20 de outubro de 2016.

MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PLEITO DEFENSIVO DE ABSOLVIÇÃO DO RECORRENTE, DIANTE DA COMPROVAÇÃO DE SUA INOCÊNCIA QUANTO AOS CRIMES QUE LHE FORAM IMPUTADOS.

DENÚNCIA ESTRIBADA NO ART. 1º, II E V, DA LEI Nº 8.137/90, NA FORMA DO ART. 71, DO CP.

CASO EM QUE, HAVENDO COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E EXISTINDO INDÍCIOS DE AUTORIA, HÁ QUE SER RETOMADA A MARCHA PROCESSUAL, DIANTE DA NÃO APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL – INTELIGÊNCIA DO VERBETE 438 DO STJ.

PRETENSÃO RECURSAL DE ABSOLVIÇÃO DO RECORRENTE, ATRAVÉS DESTA DECISÃO, QUE NÃO VINGA, POR ABSOLUTA FALTA DE

Acesso ao Sumário

AMPARO LEGAL, VEZ QUE VIOLA O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.

Recurso parcialmente provido.

VOTO

1 – Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Diogo Alarcon Clemente contra decisão da MMª. Juíza da Quarta Vara Criminal Central da Comarca de São Paulo, pela qual foi extinta a sua punibilidade pelo reconhecimento da incidência da prescrição em perspectiva, ou virtual, quanto ao delito pelo qual foi denunciado, previsto no artigo 1º, II e V, da Lei nº 8.137/90, na forma do artigo 71, do Código Penal (fls. 752/755 e 766).

Aduz a Defesa do recorrente que a r. decisão deve ser reformada para que ele seja absolvido sumariamente, argumentando que as provas produzidas na fase inquisitiva permitem a conclusão de que "a queixa da Municipalidade geradora da abertura do inquérito não se sustentava, conforme, aliás, constou do relatório subscrito pelo Delegado que presidiu o processo nessa fase inicial" (fl. 771), acrescentando que, diante desse quadro, o reconhecimento da prescrição incide em "clara violação a honra e a imagem do acusado" (fl. 771vº), havendo que ser decretado o *non liquet* (fls. 770/772).

Em contrarrazões alega o doutor Promotor de Justiça que a r. decisão deve ser mantida, vez que a análise da prescrição precede a do mérito da ação, que fica, assim, prejudicada, somando-se a tal que a prova produzida impediria a pretendida absolvição sumária, no mais destacando que "mesmo a prescrição virtual reconhecida poderia ser objeto de recurso da acusação não fosse a sua indiscutível inutilidade prática" (fl. 779).

Em juízo de retratação foi mantido o édito monocrático (fl. 780).

E a douta Procuradoria de Justiça, em r. parecer da lavra do doutor Augusto Eduardo de Souza, foi no sentido de ser desprovido o recurso interposto, por entender que, reconhecida a prescrição virtual, não há que se falar em análise de mérito (fls. 784/787).

Este em síntese, é o relatório.

2 – No caso concreto, há que se prover parcialmente o recurso.

Depreende-se, da leitura dos autos que ao recorrente foi imputada, em tese, a prática de crimes fiscais no período compreendido entre os anos de 2003 a 2006, consistentes em suprimir impostos devidos ao Município de São Paulo, com emprego de fraude à fiscalização tributária, mediante a transferência simulada da sede da empresa, da qual era proprietário, para o Município de Embu, para fim de recolhimento de ISS naquela Comarca, cuja alíquota, na época, era bem menor do que a aplicada nesta Capital, onde se manteve estabelecido, e com toda a sua atuação empresarial, instalando naquele município, em verdade uma

Acesso ao Sumário

empresa de "fachada", tão somente para o fim acima descrito, em dissonância com o estabelecido no Decreto-lei nº 37.923/99, que fixa as regras para o recolhimento do imposto, o que, em tese, segundo a denúncia, constitui burla ao art. 1º, II e V, da Lei nº 8.137/90, em continuidade delitiva.

Certidões de inscrição das dívidas ativas encontram-se juntadas as fls. 277/331, e o laudo pericial de levantamento dos valores de impostos que deixaram de ser recolhidos as fls. 713/717.

E da farta documentação juntada aos autos se denota a existência de indícios suficientes de autoria a ensejar a tramitação da ação penal, na forma do art. 41, do CPP, observando-se que, nesta fase, a absolvição sumária somente é cabível nas situações descritas no art. 397, do CPP, não vislumbradas na espécie.

Recebida a denúncia a fl. 731, foi o recorrente intimado a apresentar sua defesa preliminar, o que fez as fls. 735/740, na qual requereu o reconhecimento da prescrição, ou que fosse absolvido sumariamente, refutando as acusações lançadas na exordial.

E em que pese as argumentações expendidas, repita-se, era o caso de ser confirmado o recebimento da denúncia, visando a ampliação da análise probatória, complexa por sua natureza, inexistindo, *a priori*, as condições para a pretendida absolvição sumária, que, demais, não há que ser promovida fora do âmbito da ação penal, sequer iniciada em Primeiro Grau, no bojo deste recurso em sentido estrito, por absoluta falta de amparo legal, não apenas porque o pleito é de natureza meritória, e nesses termos não há que se abordar tal matéria, desde logo, de forma originária, em Segundo Grau, mormente em sede deste recurso em sentido estrito, sob pena, inclusive, de supressão de jurisdição.

Demais, sob esse prisma, o recurso em sentido estrito ofertado não encontra guarida (com antecipação de julgamento de mérito) dentro das hipóteses taxativas do art. 581, do CPP, sendo pertinente, todavia, o afastamento, que se faz devido, da prescrição virtual recepcionada em Primeiro Grau, de maneira a coibir a possibilidade do recorrente de exercer seu direito à ampla defesa, e inclusive demonstrar, eventualmente, sua inocência.

Acrescente-se a tal que o argumento empregado para por fim, de forma precoce, à ação penal, ainda no seu nascedouro, não se presta a tal.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou, ao julgar o *habeas corpus* n.º 66.913, no sentido de que a pretensão do "**trancamento da ação penal, pela extinção da punibilidade decorrente da prescrição da pretensão punitiva, sendo a pena a ser ainda concretizada em futura sentença é inadmissível, pois antes da sentença a pena é abstratamente cominada e o prazo prescricional se calcula pelo máximo, não podendo ser concretizada por simples presunção**".

Não é em sentido diverso o entendimento sedimentado no Superior

Acesso ao Sumário

Tribunal de Justiça, acima já referido: - "**Delira da lógica e da legislação de regência pretender-se obter declaração de extinção da punibilidade pela prescrição retroativa, ponderada em face da pena concretizada, se a ação criminal a que foi submetido o paciente ainda tende de julgamento em Primeira Instância**" (RHC 2.032 – Rel. ANSELMO SANTIADO – RT 703/349).

Da mesma forma manifestação do extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: - "**É inadmissível reconhecimento antecipado da prescrição, assentada na pena a ser concretizada em sentença futura. Acarretando a extinção do processo-crime por falta de interesse de agir do titular da ação penal, vez que inspirada em mera suposições, e sem apoio nos preceitos do CP que disciplina as modalidades da prescrição**" (AC – Rel. RIBEIRO MACHADO – RJD 14/126).

Isto posto, dá-se parcial provimento ao recurso em sentido estrito interposto por Diego Alarcon Clemente para que, cassada a decisão monocrática prolatada, prossiga com a tramitação da ação penal contra o mesmo ajuizada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 3024929-44.2013.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é recorrente/querelante URIGELZO DE ARAUJO SANTOS, é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, Querelados JOÃO GILBERTO FERNANDES DA COSTA, LUIZ GONZAGA CESAR FILHO, CYNTHIA DE MORAES, MARCELO PARADA, ANTONIO FERNANDO PINHEIRO PEDRO, FABIANA PEIXOTO DE MELLO, ANDRE SACCO JUNIOR, CARLOS ALBERTO SURIANO DO NASCIMENTO e CARLOS NASCIMENTO.

ACORDAM, em 5ª 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 32.264)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente) e TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 27 de outubro de 2016.

PINHEIRO FRANCO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Queixa-crime. Calúnia e difamação, por

três vezes, na forma do artigo 141, inciso III, do C. Penal. Rejeição liminar em face do reconhecimento da ausência de justa causa e, ainda, da *Ilegitimidade ad processum* ante a inobservância, no instrumento de mandato, das disposições do artigo 44, do C. P. Penal. Eiva que restou suprida em face da aposição, também e na peça inicial, da assinatura dos querelantes. Hipótese, contudo, em que a decisão recorrida não comporta reforma quanto ao mérito. Análise dos elementos colhidos que não se prestam para a caracterização do dolo voltado ao propósito de caluniar e de difamar. Jornalistas e pessoas entrevistadas nas reportagens (Advogados especialistas em direito ambiental e em direito aeronáutico, Vereador e representante ambiental de dado Partido Político) que se limitaram a narrar as implicações decorrente da continuidade de obras de heliporto, inobstante tivesse sido deferida licença prévia e de instalação para a construção, no local, de um centro para a manutenção de aeronaves, turbinas e motores de aviação. Exposição, assim, pelos querelados e no exercício de suas profissões e de suas atividades, de fatos revestidos de evidente interesse público. Interesse de agir, ademais e quanto ao administrador não sócio da pessoa jurídica, não evidenciado, até porque seu nome não foi uma única vez citado no curso das várias reportagens. Caso ademais, de ofensa ao princípio de indivisibilidade da ação penal privada, uma vez que a querelante, pessoa jurídica, não incluiu, no polo passivo da queixa-crime, todos os repórteres responsáveis pelas reportagens com conteúdo, em tese, ofensivo à sua honra. Decisão recorrida, inobstante a superação da eiva relativa à representação processual, que não comporta, quanto ao mérito, reforma. Recurso improvido.

VOTO

Recurso em Sentido Estrito interposto contra decisão que rejeitou queixa-crime oferecida pelo recorrente, em nome próprio e na qualidade de administrador não sócio da empresa *Helibase Serviço Comércio e Manutenção Aeronáutica Ltda*., em face de Carlos Alberto Suriano do Nascimento, João Gilberto Fernandes da Costa, Luiz Gonzaga Cesar Filho, Cynthia Benini de

Acesso ao Sumário

Moraes, Marcelo Parada, Antonio Fernando Pinheiro Pedro, Fabiana Peixoto de Mello, André Sacco Junior e Carlos Alberto de Carvalho Thadeo, com vistas à apuração dos crimes de calúnia e difamação.

Sustenta o recorrente que a decisão atacada comporta reforma. Diz que, na qualidade de administrador, ele, Urigelzo de Araújo Santos, ofereceu queixa-crime em 28 de agosto de 2013 visando à apuração de supostos crimes de calúnia e difamação cometidos em reportagens televisivas, nas quais se imputou à pessoa jurídica por ele administrada a execução de diversas condutas inverídicas e até mesmo criminosas. Pontua que o Ministério Público se manifestou contrariamente ao prosseguimento do feito, alegando suposta irregularidade no que tange ao disposto no artigo 44, do C. P. Penal, apontando, ainda, ausência de dolo específico para a caracterização dos delitos, assim como ausência de tipicidade material. Pondera que acolhendo a supracitada manifestação, em 26 de setembro de 2014, decidiu a E. Magistrada pela rejeição da queixa-crime por ausência de justa causa, entendendo que as imputações dirigidas à pessoa jurídica foram genéricas e inaptas para a demonstração do dolo específico necessário à caracterização dos delitos. Pontua, contudo, que a decisão recorrida comporta reforma. Destaca que no tocante à irregularidade decorrente da inobservância das disposições do artigo 44, do C. P. Penal[1], a mesma restou devidamente suprida na própria inicial, ante a presença de assinatura dele, representante legal da pessoa jurídica. Diz que há mais de meio século o Pretório Excelso já decidiu pela irrelevância de tal previsão legal, insistindo que no caso presente há outra situação que, ao se manter a importância da narrativa do fato, é reconhecida pelos Tribunais Superiores como apta a suprir tal narrativa, ou seja, a presença da assinatura do querelante ou de seu representante legal a constar da própria queixa-crime. No mérito, diz que fundamentando a rejeição da queixa-crime, a E. Magistrada proferiu decisão justificada, sobretudo, na ausência de dolo específico dos querelados em ofender a honra da pessoa jurídica, o que obstaria, segundo o entendimento, a existência de justa causa para a ação penal privada. Destaca que no tocante a justa causa, sua conceituação, até hoje, é tida como controversa no âmbito processual penal, vindo o entendimento doutrinário majoritário a conceituá-la, entendendo-a presente, desde que constatada a presença de elementos mínimos que anunciem a existência do crime. A despeito disso, ressalta que a decisão recorrida não se absteve à análise de tais requisitos, indo, inclusive, muito além, atrelando a existência da justa causa da ação a uma suposta inexistência do *animus difammandi* e *caluniandi* por parte dos querelados. Assevera, porém, que a verificação dos elementos constituintes do dolo (vontade e consciência sobre o fato) não pode acontecer em um primeiro

Acesso ao Sumário

1 Art. 44. A queixa poderá ser dada por procurador com poderes especiais, devendo constar do instrumento do mandato o nome do querelante e a menção do fato criminoso, salvo quando tais esclarecimentos dependerem de diligências que devem ser previamente requeridas no juízo criminal.

momento, isto é, ao ensejo da análise das condições da ação, oportunidade na qual deve, tão somente, ser examinada a presença de meros indícios de tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Aduz que a E. Magistrada, desta feita, invadiu seara de análise probatória e pressupôs ausência de dolo específico sem justificativa ou fundamentação adequada. Alega que a constatação sobre a existência ou não do dolo, por depender de apreciação mais aprofundada sobre a subjetividade do autor, requer análise sobre as provas colhidas no decorrer da instrução, não havendo campo para o estudo, tão somente, da exposição narrada na peça inicial, que trouxe apenas requisitos mínimos de materialidade e autoria para configurar a justa causa penal. Não obstante e ainda que fosse este o momento para a verificação ou não da existência do dolo específico (determinando pela intenção de ofender a honra da vítima), pondera que, a despeito do entendimento posto na decisão, no tocante ao suposto cunho genérico das imputações lançadas, o fato é que elas, no mínimo e diretamente ofensivas à reputação da pessoa jurídica, foram proferidas com a nítida intenção de desacreditá-la publicamente. Aduz ainda que há um limite devidamente estabelecido entre o *animus narrandi* garantido constitucionalmente ao jornalista, e a exacerbação desse direito pela prática do jornalismo irresponsável e consistente na disseminação de imputações sabidamente falsas a uma pessoa jurídica, acusando-a não só a ir de encontro à lei como também a representar perigo aos moradores da região. Aduz que, no caso e a partir do momento que se imputa a outrem um crime ou a prática de condutas que já foram devidamente provadas como falsas, extrapola-se o âmbito do chamado "jornalismo responsável" com a clara intenção de macular a honra de outrem perante a sociedade, tudo a caracterizar, diversamente do entendimento posto na sentença recorrida, o *animus injuriandi*. Buscam, pois, o prosseguimento da ação penal privada (folhas 367/377).

Processado o recurso, com respostas e mantida implicitamente a decisão (folha 535), subiram os autos. Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça pelo improvimento (folhas 540/544).

É o relatório.

Urigelzo de Araújo Santos, "em nome próprio e também na qualidade de administrator da *Helibase Serviço Comércio e Manutenção Aeronáutica Ltda*." ajuizou esta queixa-crime contra os jornalistas Carlos Alberto Suriano Nascimento, João Gilberto Fernandes da Costa, Luiz Gonzaga Cesar Filho, Cynthia Benini de Moraes e, ainda, contra o Diretor de Jornalismo do Sistema Brasileiro de Televisão, Marcelo Parada; os advogados Antonio Fernando Pinheiro Pedro e Fabiana Peixoto de Mello; Sua Excelência, o Vereador da Câmara Municipal de Osasco, André Sacco Junior e, ainda, contra Carlos Alberto de Carvalho Thadeo, representante ambiental do Partido Trabalhista Brasileiro, buscando a condenação de todos pelos crimes de calúnia e difamação, por três vezes e com a causa de aumento do artigo 141, inciso III,

Acesso ao Sumário

do C. Penal. Isso porque eles, de alguma forma, supostamente teriam veiculado ou contribuído para a veiculação, por três vezes e em noticiários televisivos, de notícias sabidamente falsas dando conta da existência de supostas e inúmeras irregularidades no processo de construção de um heliponto na Comarca de Osasco, maculando, assim, a honra dele, Urigelzo, bem como a da pessoa jurídica por ele administrada.

A decisão atacada houve por bem rejeitar a queixa, fundada, principalmente, na ausência de justa causa, acenando ainda a E. Magistrada com a ilegitimidade *ad processum*, uma vez que a procuração juntada aos autos não atendia ao disposto no artigo 44, do C. P. Penal (folhas 339/340).

Daí o inconformismo dos querelantes, que perseguem a reforma, com o recebimento da queixa-crime, instaurando-se, consequentemente, a ação penal privada.

Pois bem.

De início, observo que o vício apontado pelo E. Magistrada, em razão da ausência de satisfação do requisito previsto no artigo 44, do C. P. Penal, consistente na ausência de menção do fato criminoso no instrumento de mandato, restou suprido. E isso porque os querelantes, juntamente com seus procuradores, assinaram a peça inicial, na qual há a exposição dos fatos criminosos praticados, em tese, pelos querelados. Não sendo absoluta, a eiva pôde, como não espécie, ser sanada.

De outro lado, e a despeito das imprecisões constantes na peça inicial da queixa-crime e, ainda, no instrumento de mandato, até porque a pessoa jurídica possui capacidade para, em nome próprio, postular em juízo, o fato é que a *Helibase Serviço Comércio e Manutenção Aeronáutica Ltda.* também integra o polo ativo da ação, tudo a autorizar as necessárias retificações.

Feitas tais considerações iniciais, no mérito razão não assiste aos querelantes, falecendo a URIGELZO DE ARAUJO SANTOS interesse de agir. E isso porque, ainda que na oitava alteração e consolidação do contrato social da pessoa jurídica, celebrada em 31 de março de 2013, tenha ele passado a figurar como administrador não sócio da *Helibase Serviço Comércio e Manutenção Aeronáutica Ltda.* (folha 25/33), o fato é que ele, na condição de pessoa física, não foi uma única vez citado nas reportagens, com conteúdo supostamente ofensivo à honra, veiculadas na mídia televisiva em agosto do mesmo ano, bastando assisti-las para comprovação da assertiva. Não bastasse isso, a inicial da queixa-crime não traz, em seu bojo, elementos capazes, ainda que mínimos, a demonstrar ou a comprovar que o teor das reportagens, concretamente, tivesse sido capaz de atingir sua honra, maculando-a. É dizer: a mera condição de administrador não sócio de pessoa jurídica, cuja imagem pública tenha sido supostamente arranhada, não induz a ilação no sentido de que, com isso, houve

Acesso ao Sumário

também ofensa à honra pessoal de seu administrador, mormente quando este não foi uma única vez citado nas reportagens televisivas, insisto e repito.

No tocante às supostas ofensas à honra da pessoa jurídica, é caso de reconhecimento, de plano, da extinção da punibilidade dos querelados em razão de afronta ao princípio da indivisibilidade da ação penal privada, com lastro nas disposições do artigo 48 e 49, do C. P. Penal e, ainda, do artigo 104, do C. Penal.

E isso porque, conforme se infere do conteúdo da mídia anexada aos autos ao ensejo da manifestação, na fase do artigo 520, do C. P. Penal, dos querelados Carlos Alberto Suriano do Nascimento, Luiz Gonzaga Cesar Filho, Cynthia de Moraes, João Gilberto Fernandes da Costa e Marcelo Parada, verifica-se que a emissora SBT, de há muito, já veiculava, em seus noticiários e desde, ao menos, outubro de 2012, matérias alusivas às supostas irregularidades que permeavam a construção do empreendimento (mídia digital a folha 282). E ao assistir tais reportagens, voltadas também ao propósito de denunciar as supostas irregularidades que permeavam a obra, insisto, extrai-se a conclusão que seria de rigor também a inclusão, no polo passivo da queixa, ao menos das também repórteres Simone Queiroz e Carolina Aguaidas, o que não ocorreu. Noutras palavras: em face da necessária observância do princípio da indivisibilidade da ação penal privada, a falta de indicação de um ou de alguns dos responsáveis pelas alegadas ofensas implica em renúncia ao direito de queixa e na extinção da punibilidade do delito.

E isso porque ao se considerar que o processamento e o julgamento dos crimes contra a honra exigem o manejo de ação penal privada, vige, entre os supostos coautores, o princípio da indivisibilidade, de modo que a renúncia em favor de um (ou a mais de um) deles, necessariamente e consoante as disposições do artigo 49, do C. P. Penal e, ainda, do artigo 104, do C. Penal, estende-se aos demais, gerando, quanto a estes e da mesma forma, a extinção da punibilidade com lastro no artigo 107, inciso V, deste Diploma.

Mesmo que fosse o caso de superar-se referido óbice processual – e não é – verifico, em exame sumário, que os fatos narrados pelos querelantes na inicial da queixa não se amoldam aos tipos penais previstos nos artigos 138 e 139, do C. Penal. E isso porque as manifestações dos querelantes, entendidas ofensivas, foram proferidas no âmbito do exercício de suas profissões e atividades, sem propósito outro que não o de informar. Demais disso, é possível aferir, ainda, que tais declarações, de inquestionável interesse público, encontraram suporte em fatos que guardavam coerência com a realidade, revestidos de gravidade, visto que denotassem irregularidades no projeto da querelante, voltado à construção não de uma reles oficina de manutenção de aeronaves, turbinas e motores de aviação (conforme declaração feita à CETESB quando da concessão da licença prévia e de instalação, concedida após o início das obras – folha 75), mas, verdadeiramente e conforme as declarações do próprio sócio proprietário

Acesso ao Sumário

da *Helibase Serviço Comércio e Manutenção Aeronáutica Ltda*., de um dos maiores heliportos do Brasil, com capacidade para 200 aeronaves e 150 pousos e decolagens diários, o que, segundo ainda representante da querelante, seria capaz, conforme declarou ao ensejo de feira aeronáutica, de desafogar o Aeroporto Campo de Marte, cuidando ainda o empreendimento de uma "obra sem volta, independente do governo". E no esteio do que se infere das matérias jornalísticas, o conteúdo delas não se revestiu do ânimo de caluniar e de difamar, revestindo-se, ao revés, do propósito de aferir-se se a obra, em face de tal constatação (construção de um grande heliporto ao invés de uma reles oficina de manutenção) estava sendo feita em obediência aos ditames administrativos e legais que deveriam reger a construção de empreendimento com tamanha envergadura, de porte em muito superior àquele inicialmente declarado.

Dentro desse quadro, e ainda que sanado o vício alusivo à irregularidade da representação dos querelantes, inatacável a decisão atacada no que toca a rejeição liminar da queixa-crime em face da ausência de justa causa.

Pelo meu voto, pois, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0003795-75.2015.8.26.0620, da Comarca de Taquarituba, em que é recorrente EDE CARLOS ROCHA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.592)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DA SILVA (Presidente), DE PAULA SANTOS e FRANÇA CARVALHO.

São Paulo, 17 de novembro de 2016.

MOREIRA DA SILVA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Recurso em sentido estrito – Direito Processual Penal – Insurgência contra a r. decisão que indeferiu o benefício da suspensão condicional do processo – Incabimento – Recorrente que ostenta maus antecedentes – Legislação clara ao estabelecer

que o benefício é dedicado a quem "não tenha sido condenado por outro crime" (art. 89, § 3º, Lei 9.099/95), não fazendo qualquer distinção entre primariedade e maus antecedentes – Pretensão recursal improvida.

VOTO

1. Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto por **Ede Carlos Rocha**, nos autos do processo 0003795-75.2015.8.26.0620, em trâmite na Vara Única da Comarca de Taquarituba, inconformado com a r. decisão de fls. 38/39 que indeferiu o beneficio da suspensão condicional do processo, com fundamento no artigo 89 da Lei nº 9.099/95.

Inconformado, requer a reconsideração da r. decisão e a manutenção do benefício (fls. 2/9).

Processado e contra-arrazoado o recurso, em que o Ministério Público pugnou pelo improvimento, o MM. Juiz *a quo* manteve a r. decisão impugnada, manifestando-se a d. Procuradoria Geral de Justiça, preliminarmente, pelo não conhecimento e, no mérito, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

2. A preliminar arguida pela douta Procuradoria Geral de Justiça não comporta acolhida.

Cumpre salientar que, ao contrário do sustentado pelo ilustre representante da Procuradoria Geral de Justiça, o entendimento majoritário da jurisprudência é no sentido de que a decisão que concede ou indefere a suspensão condicional do processo é mesmo atacável através de Recurso em Sentido Estrito, em razão da interpretação analógica do artigo 581, XI do Código de Processo Penal, que prevê o cabimento desse recurso da decisão que conceder, negar ou revogar a suspensão condicional da pena.

Nesse sentido:

"... cabível interposição de recurso em sentido estrito contra decisão que, ex vi da Lei 9.099/95, concede ou nega suspensão do processo, por admitir o Estatuto Adjetivo Penal, em regra, interpretação extensiva e, na lacuna, involuntária da lei, a analogia e os princípios gerais de direito".[1]

E ainda:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DECISÃO QUE REVOGA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. EXISTÊNCIA DE RECURSO PRÓPRIO. CABIMENTO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. I - Contra decisão que concede, nega ou revoga suspensão condicional do processo cabe recurso em sentido

Acesso ao Sumário

1 - REsp 164.387/RJ, Relator: Min. José Arnado da Fonseca, 5ª Turma, Julgado em: 27.10.1998.

estrito (Precedentes desta Corte). (...)".[2]

Rejeita-se, pois, a preliminar.

No mérito, o presente recurso não comporta provimento.

Cumpre ressaltar, de início, que o recorrente foi denunciado como incurso no artigo 306, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro. Após o recebimento da denúncia, em 08 de outubro de 2014, o MM. Magistrado *a quo* houve por bem indeferir o pedido de suspensão condicional do processo, em razão de já ter sido o réu condenado por outro crime, utilizando-se como fundamento o artigo 89, *caput,* da Lei nº 9.099/95.

Pois bem. O artigo 89, *caput*, da Lei nº 9.099/95 dispõe: ***"Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)".***

Cumpre, nesse passo, destacar o teor do artigo 77, inciso II, do Código Penal, que preceitua que: ***"A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício".***

Ora, no caso em apreço, o recorrente foi condenado por outro crime, sendo portador de maus antecedentes conforme se extrai da certidão de fls. 41.

Bem é de ver, nesse passo, que se mostra irrelevante que o recorrente seja tecnicamente primário, sobretudo porque o legislador estabeleceu, singelamente, como condição para a suspensão do processo, *que o acusado não tenha sido condenado por outro crime,* e não que seja, simplesmente, primário.

Não bastasse, o artigo 89, *caput*, da Lei nº 9.099/95 faz clara menção ao artigo 77 do Código Penal, onde está explícita a referência ao óbice consistente em condenação anterior, em maus antecedentes criminais, descabendo, pois, a provocação da jurisdição em segunda instância (art. 5º, XXXV, CF).

Em suma, pretender o benefício almejado mesmo assim, significa, pura e simplesmente, querer buscar um direito inexistente, significa olvidar o que estabelece o ordenamento jurídico do País, significa, enfim, bater indevidamente à porta da segunda instância do Poder Judiciário, já que inocorre qualquer lesão ou ameaça a direito.

Destarte, por ter-se configurado perfeitamente causa impeditiva da suspensão condicional do processo, escorreito se afigura o r. *decisum* que assim

Acesso ao Sumário

2 - STJ, HC 103053/SP. Relator: Ministro Felix Fischer. 5ª Turma. Dje 10.11.2008.

se pronunciou.

3. Diante do exposto, **rejeitada a preliminar, nega-se provimento** ao recurso.

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0017087-13.2016.8.26.0000, da Comarca de Presidente Prudente, em que é peticionário JULIO PEREIRA STAQUICINI.

ACORDAM, em 5º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por v.u., deferiram o pedido revisional para, uma vez desclassificada a conduta, absolver JULIO PEREIRA STAQUICINI com fundamento no artigo 386, III, do Código de Processo Penal. O E. Desembargador Roberto Solimene declara voto convergente.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.290)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores AMARO THOMÉ (Presidente), ROBERTO SOLIMENE, CARLOS BUENO, SOUZA NERY, LAURO MENS DE MELLO, FRANCISCO BRUNO, NUEVO CAMPOS e SÉRGIO COELHO.

São Paulo, 6 de outubro de 2016.

RACHID VAZ DE ALMEIDA, Relatora

Ementa: REVISÃO CRIMINAL – Roubo – Desclassificação em Segunda Instância para o delito de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido – Réu que, à época dos fatos, até mesmo em razão do cargo que ocupava (agente prisional), possuía o registro e o porte da arma de fogo – Documentação segura nesse sentido – Fato, portanto, manifestamente atípico – PROCEDÊNCIA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de revisão criminal ajuizada por JULIO PEREIRA STAQUICINI, visando desconstituir v. acórdão desclassificatório (fls. 384/395, do processo-

crime), que o responsabilizou pela prática do crime de ***porte ilegal de arma de fogo*** (artigo 14, da Lei 10.826/03), impondo-lhe as penas de **02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, mais o pagamento de 10 (dez) dias-multa.**

Em razões revisionais, alegando que o v. acórdão é contrário ao texto legal, pugna pela absolvição com fundamento no artigo 386, I, do Código de Processo Penal, ou seja, por estar provada a inexistência do fato (fls. 02/09).

O v. acórdão transitou em julgado aos 30 de junho de 2015 (fls. 162/163).

Os autos principais foram requisitados e apensados à revisão criminal.

A Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pelo não conhecimento ou indeferimento da revisão criminal (fls. 170/176)

É O RELATÓRIO.

Trata-se de pedido revisional de processo findo, com condenação transitada em julgado, que deve ser conhecido porque se enquadra em hipótese de cabimento elencada no artigo 621, I, do Código de Processo Penal.

E, no mérito, deve ser deferido, porquanto o v. acórdão, a despeito de desclassificar de forma escorreita a conduta do peticionário, restou por condená-lo por fato manifestamente atípico à luz da norma penal.

Vejamos.

O peticionário foi denunciado pela suposta prática do crime de tentativa de roubo circunstanciado pelo emprego de arma, sendo certo que, após regular instrução, foi responsabilizado por este delito (fls. 272/283, do apenso).

Manejado recurso de apelação, a Colenda Décima Terceira Câmara de Direito Criminal deu parcial provimento ao apelo para desclassificar a conduta do peticionário para o delito de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, porquanto não iniciada a execução do delito.

A conduta do peticionário, segundo a C. Turma Julgadora, não ultrapassou os atos preparatórios, sendo o réu revisionando rendido pelos vigilantes da empresa antes mesmo de proferir a grave ameaça, elementar do tipo penal.

Ocorre que o peticionário exercia o cargo de agente penitenciário à época dos fatos e possuía o registro e o porte da arma de fogo apreendida por ocasião do flagrante.

Porém, como o peticionário respondia pelo crime de roubo tentado, as diligências que se sucederam objetivaram, tão-somente, identificar o nome do proprietário da arma, conforme se extrai dos requerimentos do Ministério Público e das respectivas determinações judiciais (fls. 57, 60, 82 e 88, do processo-crime).

Assim, foram juntados aos autos a prova do registro – em nome do peticionário – e a perícia da arma de fogo (fls. 127/135, do processo-crime), nada sendo produzido em relação ao porte.

Acesso ao Sumário

Evidentemente, em atenção ao princípio da eventualidade ou da concentração, a Defesa deveria ter invocado essa questão, produzindo a prova que conduziria a absolvição do réu.

Mas, por outro lado, tendo em vista a informação constante nos autos a respeito do cargo ocupado pelo réu – agente penitenciário –, assim como sobre o registro da arma de fogo em seu nome, tenho que a perquirição quanto ao porte da arma também cabia à Justiça Pública, norteada, no Direito Penal, pela busca da verdade real, até porque, merece atenção, os agentes prisionais têm direito ao porte por expressa disposição legal, *ex vi* do artigo 6º inciso VII, da Lei 10.826/03, preenchidos as condições e os requisitos legais.

Enfim, a questão é que o processo tramitou sem essa providência, até que a Colenda Câmara desclassificou a conduta para responsabilizá-lo pelo crime do Estatuto do Desarmamento, decisão contra a qual a Defesa não opôs embargos declaratórios, o que inviabilizou o prequestionamento da matéria relacionada à suposta *mutatio libelli* e, por conseguinte, o conhecimento dos recursos aos Egrégios Tribunais Superiores (fls. 457 e 459, do apenso).

Aliás, a prova do porte de arma somente foi trazida aos autos com o manejo dos recursos especial e extraordinário (fls. 405 e ss., do processo-crime) ante a perplexidade da Defesa com a desclassificação da conduta.

À míngua de *habeas corpus* de ofício pelos C. Tribunais Superiores, outra alternativa não restou ao peticionário senão interpor a ação desconstitutiva, sob o fundamento de que o v. acórdão contrariou o texto legal e a prova dos autos.

Conquanto discutível se o E. Tribunal de Justiça decidiu contrariamente à evidência dos autos ou ao texto legal, mesmo porque não dispunha de nenhum elemento de convicção a respeito do porte de arma até o pronunciamento da Corte, a questão é que a não-desconstituição do julgado diante das informações constantes dos autos, ainda que supervenientes ao v. acórdão, incorreria em inequívoco erro judiciário, o que é inadmissível.

Em relação a este delito, o fundamento da absolvição não pode ser, porém, aquele pleiteado pela defesa, uma vez que o fato, consubstanciado no porte de arma de fogo, existiu. Assim, o réu revisionando deve ser absolvido com arrimo no artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

Apenas anoto, para não incorrer em omissão, que não houve *mutatio libelli*, como aduz o peticionário. O emprego de arma de fogo foi descrito na incoativa, sendo implícito, em princípio, o porte ilegal.

Posto isto, meu voto é pela procedência do pedido revisional para, uma vez desclassificada a conduta, absolver JULIO PEREIRA STAQUICINI com fundamento no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, oficiando-se à Secretaria da Administração Penitenciária para conhecimento e providências que entender cabíveis.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 33.652)

Na origem, no processo de conhecimento, o ora peticionário foi denunciado como incurso nas penas cominadas no art. 157, §2º, I c.c. 14, II do Cód. Penal, todavia, logrou reverter a condenação exarada pelo MM Juiz da 1ª Vara Criminal de Presidente Prudente ao cumprimento de 2 anos e 8 meses de reclusão, mais o pagamento de 6 dias-multa (fls. 272/283 dos autos da respectiva ação penal), por ocasião do julgamento do seu recurso de apelação (fls. 384/395, 13ª Câm. de Direito Criminal, rel. o E. Des. CARDOSO PERPÉTUO, sessão de 24.4.2014), reclassificada a falta para os termos do art. 14 da lei 10.826/2003, recebendo pena de 2 anos de reclusão, mais 10 dias multa, a começar do regime aberto.

Seus recursos especial e extraordinário foram rejeitados, em sede de agravos, no Col. Supremo Tribunal Federal e no E. Superior Tribunal de Justiça.

Daí, porque, formulou a revisão criminal em apreço, com parecer pelo não conhecimento de lavra da d. Procuradoria Geral de Justiça.

A E. rel., Des. RACHID VAZ DE ALMEIDA, propõe o acolhimento da revisão criminal e este subscritor, diante das peculiaridades do caso, insólito, está obrigado em nome da transparência a declarar voto.

O peticionário, ao que consta, assim se declarou, persiste funcionário público, pese o acontecido (deu-se ao direito de ir até a portaria de empresa e, armado, ao que consta da denúncia, se preparava para o cometimento de desatino contra o patrimônio).

Porém, identificado pelo porteiro, ao que se sabe seu colega na Secretaria da Administração Penitenciária, reconheceu o rosto por debaixo da máscara e deu voz de prisão, quando, então, apreendida com o peticionário a pistola Taurus 380, n. KYJ 36.378 (mais 21 cartuchos), vide fl. 26 da ação penal originária.

Acesso ao Sumário

Como a 13ª Câm desclassificou a infração para o art. 14 do Estatuto do Desarmamento e, mais tarde, o peticionário provou por documentos que dispunha de porte (fl. 20 da ação revisional em tela), inclusive especificamente para a arma apreendida na ocasião (a pistola Taurus 380, n. KYJ 36.378), caímos na insólita situação de cancelar, por revisão, inclusive, a infração remanescente.

E nem consta tivesse respondido procedimento disciplinar, pese a dimensão de seu desvio – na medida em que a prova documental e seu mandato proclamam a manutenção do "statu quo" profissional antecedente.

Diversamente do exposto no r. parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, não se trata de reexame de provas, mas de constatação que o crime cometido é

inconsistente em relação ao porte de arma que, em acordo com certidão exarada pela Secretaria da Administração Penitenciária, datada de 28.4.2015, e juntada a fl. 12 desta ação revisional, achava-se vigente na data do crime (22.12.2012), por força da Res. SAP-124.

Como a resolução não fora questionada, como igualmente não há recurso ministerial algum questionando a infração remanescente, estou de mãos amarradas em relação ao pleito, de sorte que estamos levados a reconhecer que, diante do que sobrou, mais a existência da autorização administrativa (fls. 12 e 20 destes autos), ele, o peticionário, quando preso na portaria da empresa "Distribuidora de Bebidas Panacol", quilometro 454 da rodovia Assis Chateaubriand, Presidente Prudente, detinha porte para aquela arma.

Transcrevo o tipo em que incorreu, "Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido":

"Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente. (Vide Adin 3.112-1)".

Se a figura trata de porte de arma de uso permitido sem autorização, e autorização havia, inviável discutir se houve ou não desvio, porque o assunto estava afeto à instância disciplinar e à ação penal originária, não restava outro resultado senão o proposto pela relatora.

Apenas aduzo que é caso de remeter cópias da r. sentença, do acórdão da 13ª Câm., do trânsito em julgado (dos autos principais), mais o resultado (se confirmado) desta revisão ao Secretário da Administração Penitenciária para conhecimento e adoção do que entender ser devido.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0082163-18.2015.8.26.0000, da Comarca de Jundiaí, em que são peticionários EMERSON ANTÔNIO MESCOLLOTE e ELIANE ANDREA RONCHI MESCOLLOTE.

ACORDAM, em 1º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deferiram a revisão criminal, para, nos termos do art. 626 do CPP, anular o processo-crime, a partir do recebimento

da denúncia. Com isso, incidem os artigos 109, V e 110, ambos do Código Penal, julgando-se extinta a punibilidade dos peticionários, Emerson Antônio Mescollote e Eliane Andrea Ronchi Mescollote, nos termos do art. 107, IV do CP. Comunicando- se ao juízo da execução. V.U. Compareceu o Dr. Gilberto Antonio Cintra Sanches", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.384)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FIGUEIREDO GONÇALVES (Presidente), ALMEIDA SAMPAIO, MÁRCIO BARTOLI, FRANCISCO ORLANDO, ALEX ZILENOVSKI, IVO DE ALMEIDA, MAURICIO VALALA e LUIZ FERNANDO VAGGIONE.

São Paulo, 17 de outubro de 2016.

FIGUEIREDO GONÇALVES, Relator

Ementa: Crime falimentar. Competência do juízo universal da falência, na forma da Lei de Organização Judiciária do Estado. Processo distribuído e julgado por Vara Criminal da Comarca. Nulidade absoluta. Reconhecimento a partir do recebimento da denúncia. Delito apenado com dois anos de reclusão, no julgamento rescindido. Impossibilidade de aplicação de pena maior, conforme art. 617 do CPP e Súmula 160 do STF. Prescrição retroativa reconhecida. Extinção da punibilidade dos peticionários. Revisão criminal deferida.

VOTO

Os peticionários foram condenados perante o Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Jundiaí às penas de 2 anos de reclusão, em regime inicial aberto, além do pagamento de 10 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade pelas penas restritivas de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade pelo prazo de um ano e prestação pecuniária consistente no pagamento de salários mínimos, incurso no artigo 173 da Lei 11.101/05 (fls. 569-572). Apelaram da sentença, pugnando, preliminarmente, pela ocorrência da prescrição. No mérito, requer a absolvição, argumentando com a ausência de provas para a condenação. Alternativamente, pugnaram pelo reconhecimento da excludente de culpabilidade prevista no artigo 21 do Código Penal, ou redução da pena (fls. 580-587).

A Colenda 5ª Câmara de Direito Criminal deste Egrégio Tribunal de Justiça, por votação unânime, negou provimento aos recursos (fls. 615-627).

O acórdão transitou em julgado em 26 de março de 2012 (fl. 652).

Acesso ao Sumário

Agora, através do presente pedido, pleiteiam a revisão do processo, requerendo a rescisão das decisões revidendas, pois elas foram proferidas em processo com nulidade absoluta a partir de fl. 402. Argumentam com a prescrição da pretensão punitiva do Estado. No mérito, buscam a absolvição por absoluta falta de provas para a condenação (fls. 2-34).

A douta Procuradoria Geral de Justiça oficia pelo acolhimento da preliminar, com a declaração de nulidade da ação penal a partir do recebimento da denúncia e, se não acolhida, pelo indeferimento do pedido revisional (fls. 680-684).

É o relatório.

Consoante constou do V. Acórdão revidendo, a sentença que julgou aberta a falência da empresa foi proferida sob a égide da nova lei. Reproduzida nas fls. 482-483, do 3º volume destes autos, vê-se que foi prolatada no dia 27.3.2007 e, portanto, aplicava-se integralmente a Lei 11.101, de 9.2.2005.

Embora nesse diploma legal se estabeleça competir ao juiz criminal, da jurisdição onde tenha sido decretada a falência, conhecer da ação pelos eventuais crimes nele previsto (art. 183), é certo que isso estabeleceu regra de organização judiciária, ao fixar competência.

Acerca desse tema, a Constituição Federal determina, no *caput* do artigo 125, competir aos Estados a organização de sua Justiça, reservando, conforme o § 1º, à iniciativa do Tribunal de Justiça a proposta da lei de organização judiciária.

Ocorre que a Lei de Organização Judiciária do Estado de São Paulo atribuiu, ao juízo universal da falência, a competência para o julgamento de crimes falimentares, conforme artigo 15, da Lei 3.947/83. Essa determinação foi mantida, ainda depois do advento da Lei 11.101/05, posto que a matéria sobre competência do juízo estava reservada à legislação estadual.

Por isso esta Corte tem decidido caber ao juízo cível, como juízo universal da falência, a competência para julgar crimes falimentares. Nesse sentido o Conflito de Jurisdição nº 0040483-58.2012.8.26.0000, Rel. Des. Roberto Solimene, Câmara Especial, j. 18.6.2012.

Com o mesmo entendimento o Superior Tribunal de Justiça:

"I- A Lei de Organização Judiciária do Estado de São Paulo, que atribuiu ao Juízo Universal da Falência a competência para julgar crimes falimentares, sob a égide do Decreto-Lei 7.661/1945, foi considerada constitucional pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal."

"II- Portanto, havendo conexão entre o crime comum e o falimentar, ainda que a prescrição venha a ser futuramente declarada em relação a este último, o Juízo Universal da Falência é competente para processá-lo e julgá-lo".

(HC 83837-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jane Silva (Des. convocada do

Acesso ao Sumário

TJMG), j. 25.10.2007, DJ 12.11.2007, p. 251).

Sendo absoluta a competência em razão da matéria, todos os atos decisórios praticados no juízo incompetente devem ser declarados nulos. Observe-se que o recebimento da denúncia, por competir ao juízo dotado de competência absoluta, não pode ser realizado por outro, ainda que da mesma jurisdição territorial. Isso fere o princípio do juízo natural, posto no artigo 5º, LIII, da Carta Política, incidindo o artigo 564, I, do CPP.

Anulado o processo, a partir do recebimento da denúncia, ocorrido na 3ª Vara Criminal de Jundiaí, no dia 9.6.2010 (fl. 402, 3º vol. do processo-crime) e iniciando-se a prescrição na data da decretação da falência (art. 182, da Lei 11.101/05) ocorrida em 27.3.2007, conforme já se mencionou acima, é de se reconhecer a extinção da punibilidade.

Imputado aos peticionários crime previsto no artigo 173 do diploma legal aplicado e tendo sido determinada, em sentença, a pena mínima de dois anos de reclusão e multa, decorreu o prazo de 4 anos (art. 109, V e art. 110 do CP), exigido para a prescrição, que deve ser, agora, reconhecida. Em novo julgamento, não se poderia impor pena mais grave, pena de se reconhecer a *reformatio in pejus* indireta, vez que a nulidade foi reconhecida por inciativa dos acusados, nesta ação revisional. Isso ofenderia ao princípio posto no art. 617 do CPP e a Súmula 160 do Supremo Tribunal Federal.

Assim, resta acolher o pedido.

Em face das razões expostas, defere-se a revisão criminal, para, nos termos do art. 626 do CPP, anular o processo-crime, a partir do recebimento da denúncia. Com isso, incidem os artigos 109, V e 110, ambos do Código Penal, julgando-se extinta a punibilidade dos peticionários, Emerson Antônio Mescollote e Eliane Andrea Ronchi Mescollote, nos termos do art. 107, IV do CP. Comunique-se ao juízo da execução.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0025542-64.2016.8.26.0000, da Comarca de Cândido Mota, em que é peticionário J.F.G.

ACORDAM, em 5º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram Improcedente a Revisão Criminal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8.320)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AMARO THOMÉ (Presidente), CARLOS BUENO, SOUZA NERY, LAURO MENS DE

MELLO, FRANCISCO BRUNO, NUEVO CAMPOS, SÉRGIO COELHO, RACHID VAZ DE ALMEIDA e ROBERTO SOLIMENE.

São Paulo, 6 de outubro de 2016.

AMARO THOMÉ, Relator

Ementa: REVISÃO CRIMINAL – FALTA DE CREDIBILIDADE DA NOVA OITIVA DA VÍTIMA EM AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO – PROVA COLHIDA NOS AUTOS ORIGINAIS PERMANECE SEGURA E CONFIÁVEL – IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO REVISIONAL.

VOTO

Cuida-se de Revisão Criminal ajuizada por J.F.G., qualificado nos autos, condenado ao cumprimento de 8 anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 217-A, do Código Penal.

Pugna (fls. 02/13) por sua absolvição, argumentando com a ausência de credibilidade da prova inicialmente produzida, que teria sido desmentida por meio de justificação judicial.

Postulou, em preliminar, o direito de aguardar em liberdade, que foi indeferido.

Isso porque, a jurisprudência da Suprema Corte firmou-se no sentido de que "*o ajuizamento da ação revisional não suspende a execução da sentença penal condenatória. Assim, não há como deferir a pretensão de o paciente aguardar em liberdade o julgamento*" (HC nº 76.650/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro Néri da Silveira, DJ de 15/12/2000), sobretudo porque se está diante de ação desconstitutiva da coisa julgada.

Para que essa medida de urgência seja concedida, deve haver prova inequívoca da alegação, consistente em uma prova robusta, que, embora no âmbito de cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de certeza, e, desta forma, prescinda de verificação da admissibilidade para se proclamar a desconstituição da decisão revidenda.

Não é o que se constata, no entanto.

Não há como entender presente situação de constrangimento ilegal do revisionando, porquanto se observa ter havido devida e exaustiva apreciação da prova, nos autos principais, pelo juízo monocrático e também pela Colenda Turma Julgadora (cf. fls. 248/252 e 306/313), de modo que a análise mais aprofundada dos novos relatos, colhidos por meio de audiência de justificação, deve ser reservada para o momento processual oportuno.

Acesso ao Sumário

A reiteração do pedido, sem qualquer alegação nova, é novamente indeferida, pelos mesmos motivos.

A Douta Procuradoria (fls. 399/406) manifestou-se pelo indeferimento do pedido revisional.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a revisão criminal, instituto criado para reparar eventuais erros judiciais, está adstrita taxativamente às hipóteses elencadas no artigo 621, do Código de Processo Penal, vedado, portanto, mero pedido de reapreciação de decisão a fim de apurar-se a sua justiça.

Ao juízo revisional é dado verificar se a condenação se apoiou em elementos probatórios aptos à convicção do julgador, sendo-lhe vedado o reexame da prova para reavaliá-la, como quer o requerente, pois aqui não se trata de apelação, mas de ação revisional.

Sobre o tema, o Egrégio STF, por sua Colenda Segunda Turma, em votação unânime já decidiu:

> *"Não se pode dizer, face ao princípio do livre convencimento do julgador, que uma decisão cuja conclusão tem apoio num elemento de prova, contrarie a evidência dos autos. Somente há decisão contrária à evidência dos autos quando a mesma não tem fundamento em nenhuma prova colhida no processo".* (RTJ, 86:442).

Julgada a ação, decidido o mérito e ocorrido o trânsito em julgado, a regra é que não pode haver reiteração do pedido. Contudo, havendo vício de procedimento ou de julgamento, garante-se a correção do erro judiciário, desde que presente uma das hipóteses do artigo 621 do CPP, o que não foi demonstrado na espécie.

A tardia versão apresentada pela vítima, em audiência de justificação, não vem acompanhada da necessária credibilidade, porquanto se mostra claudicante e mal consegue encontrar argumentos convincentes quanto à necessidade de serem afastados os seguros relatos que fez, tanto na fase inquisitiva quanto em Juízo.

Acesso ao Sumário

Com efeito, os relatos iniciais feitos pela vítima, de que o revisionando, aproveitando-se de momentos oportunos, manipulava sua vagina e ânus, encontraram plena confirmação na prova técnica (laudo de fls. 67/68), que aponta vestígios absolutamente compatíveis com suas afirmações.

Em audiência de justificação, tenta fazer crer que teria feito afirmações em desfavor do revisionando somente porque teria ouvido sua tia dizer que os fatos poderiam ter ocorrido. Mas, como dito alhures, a prova técnica desmente essa inútil tentativa de desmerecer suas seguras e coerentes afirmações iniciais quanto à realidade dos atos a que fora submetida.

Não se mostra digna de credibilidade, também, a nova versão trazida por A.

Alega que teria feito aquelas gravíssimas acusações com o propósito de atrair para o lar o revisionando, pois ele, depois de uma discussão de casal, teria se mudado para outra casa.

Evidentemente é ilógica essa retratação.

Os resultados da imputação, ao revisionando, de crime contra a dignidade sexual, são, como de fato o foram, diametralmente opostos, obviamente, a essa ação, porquanto produziriam, e de fato produziram, apenas desagrado do destinatário, pelo lado subjetivo, ou a prisão, como de fato ocorreu, pelo lado objetivo.

Ademais, como bem observado pelo culto Procurador de Justiça, essa tardia retratação de A., tão inconvincente quanto à apresentada por G., apresenta diversas contradições, ora afirmando ter instruído a sobrinha a mentir, ora negando, mas, de qualquer forma, em nada se prestando a negar a compatibilidade do relato inicial da ofendida com a prova técnica (cf. fls. 405/406).

Não há, portanto, razão lógica para o acolhimento das novas versões, porquanto, em resumo, não são aptas a desconstruir a certeza inicialmente formada quanto à realidade dos fatos atribuídos ao revisionando na denúncia e seguramente acolhidos nas r. decisões de Primeiro e Segundo Graus.

Ante o exposto, **julgo improcedente** a ação revisional.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0027865-42.2016.8.26.0000, da Comarca de Taquaritinga, em que é peticionário JULIO CESAR DE LIMA SOUZA.

ACORDAM, em 6º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "não conheceram da presente revisão criminal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.694)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente), ÁLVARO CASTELLO, JOÃO MORENGHI, GUILHERME G. STRENGER, MARIA TEREZA DO AMARAL, XAVIER DE SOUZA e PAIVA COUTINHO.

São Paulo, 26 de outubro de 2016.

PAULO ROSSI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REVISÃO CRIMINAL – ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR – PEDIDO DE DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA – CONDENAÇÃO CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS. ABSOLVIÇÃO PELA ATIPICIDADE – IMPOSSIBILIDADE AFASTADA PELO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REVISÃO NÃO CONHECIDA.

VOTO

Vistos.

1 – Júlio Cesar de Lima Souza, foi condenado pelo MMº Juiz de Direito da 1ª Vara Judicial da Comarca de Taquaritinga, como incurso no artigo 311, "caput", do Código Penal à pena de 03 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 10 dias-multa, no valor mínimo legal (fls.205/208 – autos principais).

Por v. acórdão da 1ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de São Paulo, datado de 25 de novembro de 2013, proferira seguinte decisão: "Por maioria de votos, deram provimento ao apelo de Júlio César de Lima Souza, para absolvê-lo da imputação que lhe é feita, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, vencido o E. Relator que negava provimento ao recurso e permanece com o Acórdão." (fls.324/332 – autos principais).

Foi interposto recurso especial pelo Ministério Público, tendo o Colendo Superior Tribunal de Justiça, dado provimento ao recurso especial, para restabelecer a sentença condenatória proferida pela Vara Judicial da Comarca de Taquaritinga (fls.422/425 – autos principais).

Tendo transitado em julgado aos 21 de setembro de 2015 (fls.468 – autos principais).

Na presente ação de revisão criminal, o peticionário requer a alteração do v. acórdão do STJ, alegando que a decisão seria contrária à expressa disposição legal, buscando a absolvição do delito tipificado no artigo 311, do Código Penal, devolvendo ao peticionário os benefícios a que faz jus, com base no artigo 386, III, do Código de Processo (fls.02/09).

Requisitados e apensados os autos da ação penal.

A d. Procuradoria de Justiça opinou pelo indeferimento da Revisão (fls.36/41).

É o relatório.

2 – Conforme o Código de Processo Penal disciplina as hipóteses de

Acesso ao Sumário

cabimento da Revisão Criminal da seguinte forma:

"Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena."

Não obstante o art. 621, do CPP, dispor de hipóteses de cabimento bastante restritivas, é certo que a jurisprudência já se posicionou favorável à possibilidade de conhecimento da revisional, quando se observa que a decisão condenatória se funda em erro técnico ou injustiça evidente.

"Impõe-se o conhecimento do pedido revisional fundado no artigo 621, incisos I e III, do Código de Processo Penal, se a alegação é de julgamento contrário a texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos, assim como de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena." (TJMS. Revisão Criminal 2010.010310-1. Rel. Juiz Manoel Mendes Carli. Seção Criminal. j. 21/07/2010. DJ 26/07/2010).

"Não é o caso de não-conhecimento do pedido, só porque a pretensão encerra mera reapreciação de tema já examinado em apelação, havendo necessidade de análise do pedido, para que fique evidenciada a inocorrência ou não de injustiça e também para que o requerente entenda as razões do indeferimento." (TJMS. Revisão Criminal 2005.017954-4. Rel. Des. Carlos Stephanini. Seção Criminal. j. 20/03/2006. DJ 31/03/2006)

Verifica-se a pretensão recursal relativa a absolvição com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, foi afastada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça (fls.4322/425), restabelecendo a condenação de 1ª Instância, não podendo ser revista em Revisão Criminal.

Ademais, não havendo nenhum elemento novo trazido a apreciação, que pudesse embasar nova decisão contrária ao entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Ante a ausência de novos elementos que deveriam ser encaminhados aos autos pelo peticionário, sem que tenha sido demonstrada a ocorrência de erro ou injustiça na condenação, não se faz cabível o reexame da questão já decida pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça.

3 – Ante o exposto, não se conhece da presente revisão criminal.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0074454-63.2014.8.26.0000, da Comarca de Mogi Mirim, em que é peticionário JOSÉ DOMINGOS DA SILVA.

ACORDAM, em 4º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram parcialmente procedente a presente revisão criminal, para reduzir a pena do recorrente a 09 (nove) anos e 26 (vinte e seis) dias de reclusão e pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, no piso legal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2527)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente), CARLOS MONNERAT, MARCO ANTÔNIO COGAN, LOURI BARBIERO, GRASSI NETO, ALCIDES MALOSSI JUNIOR, FERNANDO SIMÃO e FREITAS FILHO.

São Paulo, 1º de dezembro de 2016.

REINALDO CINTRA, Relator

Ementa: Revisão Criminal. Roubo. Art. 157, §2º, I e II do CP. Indevida a majoração referente à reincidência. *Reformatio in pejus*. Patamar de 1/3 devidamente aplicado na terceira fase de aplicação da pena. Revisão criminal parcialmente procedente.

VOTO

Trata-se de revisão criminal (fls. 10/12vº) interposta em face do v. acórdão de fls. 551/557 dos autos em apenso, já transitado em julgado, proferido pela C. 1ª Câmara de Direito Criminal deste E. Tribunal.

O requerente foi condenado pela prática de roubo (artigo 157, §2º, incisos I e II do CP) à pena de 10 (dez) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 25 (vinte e cinco) dias-multa, no mínimo legal.

Com a presente revisão criminal sustenta a necessidade de revisão da reprimenda imposta, tendo em vista que na segunda fase de aplicação da pena, o v. acórdão aumentou a fração atinente à reincidência de 1/6 para 2/5, sem que houvesse recurso do Ministério Público para tanto. Ainda, na terceira fase, exasperou a pena de forma matemática, sem fundamentar.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela parcial procedência da revisão criminal apenas para reduzir o patamar aplicado de 2/5 para 1/6, tal como na r. sentença condenatória (fls. 14/17).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Consta da inicial acusatória que no dia 28 de março de 2005, na cidade de Mogi Mirim, o recorrente, juntamente com o comparsa José Lúcio de Almeida e outras pessoas não identificadas, associaram-se, em quadrilha armada, para o fim de cometer crimes.

No dia 25 de março do mesmo ano, por volta das 20h, na Chácara Flamboyant, em Mogi Mirim, o recorrente, seu comparsa acima mencionado e terceiros não identificados, agindo com unidade de desígnios, mediante o uso de violência e grave ameaça exercida com o emprego de armas de fogo e granadas e, após restringirem a liberdade das vítimas, subtraíram para eles, um veículo GM Corsa GL, de cor branca, placas CAK-5169, de propriedade de Fabiano Pereira da Silva, um veículo VW Parati LS, bege, placas AHO-9926, pertencente a Jair João dos Santos e um automóvel VW Gol CL, branco, placas BZO-2769, além de quatro aparelhos de televisão de 29 polegadas, equipados com DVD da marca LG, um aparelho de som, um computador completo, com impressora, monitor, CPU e teclado, dentre outros objetos de propriedade de Carlos Turato Filho.

O recorrente foi devidamente condenado e a condenação mantida no v. acórdão proferido.

Nos termos do art. 621, do CPP, a revisão criminal é cabível nos seguintes casos:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

O seu pressuposto lógico de cabimento é a ocorrência do trânsito em julgado, salientando-se, por oportuno, que não se trata de uma via ampla, pois necessária se faz a presença dos requisitos específicos de admissibilidade, nos estritos casos autorizados pela lei. Não se trata, pois, de nova ação.

Assim, no caso em tela ocorreu, de fato, um aumento indevido na segunda fase de aplicação da pena, encaixando-se na hipótese do artigo 621, inciso I, mencionado acima.

Considerando-se a vigência do princípio da *non reformatio in pejus*, é vedada a reforma da decisão que prejudique o réu sem que haja recurso da outra parte a pleiteando.

No presente feito, não houve qualquer manifestação do Ministério Público buscando o aumento da fração aplicada no tocante à reincidência. Dessa forma,

Acesso ao Sumário

não poderia o v. acórdão aumentá-la de ofício, tendo em vista ser prejudicial ao acusado.

Assim, a pena-base foi fixada em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, deve ser mantida a fração de 1/6 referente à agravante da reincidência aplicada na r. sentença proferida (fls. 473/489), perfazendo 05 (cinco) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa.

Na terceira fase, as penas foram devidamente aumentadas em 1/3, considerando-se a causa de aumento de pena presente. Aqui, o recorrente foi beneficiado pelo acórdão, já que o juízo *a quo* havia aplicado o patamar de 5/12, pois reconheceu duas causas de aumento: concurso de crimes e emprego de arma. A última não foi considerada pelos d. Julgadores, já que as armas não foram periciadas.

Por fim, necessário o aumento de ¼, em razão do concurso formal de crimes, totalizando 09 (nove) anos e 26 (vinte e seis) dias de reclusão e pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, no piso legal, mantendo-se, no mais, o v. acórdão proferido.

Ante o exposto, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** a presente revisão criminal, para reduzir a pena do recorrente a 09 (nove) anos e 26 (vinte e seis) dias de reclusão e pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, no piso legal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0033561-93.2015.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é peticionário MARIA CECÍLIA DE ANDRADE FUSER.

ACORDAM, em 7º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deferiram, em parte, a revisão para reduzir as penas da peticionária para 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, aplicado por analogia, em *bonam partem*, o preceito secundário do artigo 33, da Lei Federal nº 11.343, de 2006. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.337)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCO DE LORENZI (Presidente), DE PAULA SANTOS, FRANÇA CARVALHO, CARDOSO PERPÉTUO, AUGUSTO DE SIQUEIRA, FERNANDO TORRES GARCIA, HERMANN HERSCHANDER e WALTER DA SILVA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 10 de novembro de 2016.
MIGUEL MARQUES E SILVA, Relator

Ementa: REVISÃO CRIMINAL – Absolvição – Ausência de prova da materialidade delitiva – Inocorrência – Pena – Redução por alegada ofensa ao princípio da proporcionalidade – Possibilidade - Venda de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária, de procedência ignorada e adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade competente – Aplicação do preceito secundário do artigo 33, da Lei Antidrogas – Admissibilidade – Corte Especial do E. Superior Tribunal de Justiça, que no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade do HC 239.363/PR, reconheceu a inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273, § 1º-B, inciso V, do Código Penal – Aplicação do julgado, para corrigir a pena – Revisão deferida, em parte.

VOTO

MARIA CECÍLIA DE ANDRADE FUSER intenta a presente revisão criminal para ver desconstituído o v. acórdão de fls. 671/681, do apenso, transitado em julgado (fls. 683, do apenso), prolatado pela 3ª Câmara Criminal deste E. Tribunal de Justiça, confirmatório da r. sentença de fls. 622/641, do apenso, da lavra do MM. Juízo de Direito da 6ª Vara Criminal da Comarca de Santos, que a apenou a 13 (treze) anos, 07 (sete) meses e 10 (dez) dias de reclusão e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, piso mínimo, por infração ao artigo 273, § 1º B, incisos I, V e VI, na forma do artigo 71, ***caput***, ambos do Código Penal.

Em liminar, postulou-se a suspensão dos efeitos da condenação, expedindo-se contramandado de prisão em seu favor, com a finalidade de ser submetida a exame de sanidade mental, por meio de justificação na Comarca de origem, sob a alegação de que possui transtorno bipolar, doença que compromete o entendimento sobre o caráter ilícito de suas ações.

Busca-se na via revisional absolvição, com amparo no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal, sob o argumento de ausência de prova da materialidade dos crimes, pois não há nos autos exame químico e toxicológico dos medicamentos apreendidos.

Subsidiariamente, aduz que a condenação feriu o princípio da proporcionalidade, uma vez que a imposição da reprimenda foi exacerbada.

Acesso ao Sumário

Pugna pela aplicação das penas descritas no artigo 33, da Lei Federal nº 11.343, de 2006, inclusive com o reconhecimento da causa de diminuição prevista no § 4º, do referido artigo e a substituição da sanção corporal por pena restritiva de direitos (fls. 02/09).

Indeferida a liminar, requisitados e apensados os autos originais, a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento, caso conhecido, é pelo indeferimento do pedido (fls. 39/45).

É o relatório.

A liminar foi indeferida porquanto não há fundamento jurídico para suspender os efeitos da condenação definitiva.

O pedido de justificação criminal, com objetivo de atestar a sanidade mental da peticionária, deve ser feito junto ao Juízo de origem.

Quanto ao mais, o pedido comporta parcial acolhimento.

No que diz respeito ao pedido de absolvição, por ausência de prova da materialidade do crime, não há como deferir o pedido.

Ao contrário do que alega a defesa, consta que os medicamentos apreendidos com a peticionária foram submetidos à perícia e o laudo de exame químico e toxicológico de fls. 40/45, do apenso, atestou que as análises químicas forneceram resultado positivo para vários princípios ativos presentes nas formulações, tais como, alprazolam, boldenona, bromazepam, clembuterol, Clonazepam, entre outros listados no referido laudo.

Assim, não há qualquer dúvida de que a materialidade do delito foi devidamente comprovada nos autos.

O pedido subsidiário pretende a atenuação da reprimenda imposta.

E nesse aspecto cabe anotar que o acórdão, ora rescindendo, afastou referido pedido sob os seguintes argumentos:

> *"Primeiramente cumpre comentar a juntada pela defesa quando da apresentação dos memoriais, de acórdão proferido pela 11ª Colenda Câmara de Direito Criminal Deste Egrégio Tribunal de Justiça (fls. 603/617) no qual a Apelante, condenada por crime idêntico ao tratado nestes autos (venda de medicamentos* ***Redufast*** *e* ***Decalande****) foi beneficiada com o redutor do § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas. Ocorre que o entendimento daquela Colenda Turma Julgadora, não pode servir de salvo-conduto para que a Apelante continue a praticar crimes, ainda mais, como estes, equiparadas a hediondo, mesmo que para efeito de desclassificação, afinal aquela decisão não se apresenta como vinculativa".*
>
> *(...)*
>
> *"Esclareço que o art. 273, do Código Penal é abrangido pelo 'princípio*

Acesso ao Sumário

da proporcionalidade' uma vez que foi criado para reprimir condutas muito graves como a praticada pela Apelante e ao mesmo tempo proteger as pessoas que necessitam esses medicamentos para suas vidas.

O crime coloca em risco a saúde pública de um modo geral e foi opção do legislador em apenar mais severamente a infração a tal conduta, e isso não autoriza concluir por sua inconstitucionalidade.

A lei é clara e permite às pessoas uma compreensão de que praticando tais condutas poderão ser punidas pelo Estado, não havendo nenhuma obscuridade neste artigo de lei.

Portanto não há que se cogitar em absolvição por insuficiência probatória, tampouco em desclassificação para qualquer outro tipo penal do nosso ordenamento jurídico.

Ressalto que a Apelante até já foi por demais beneficiada com a desclassificação operada em v. Acórdão proferido pela 11ª Câmara de Direito Criminal deste Egrégio Tribunal quando de sua condenação pela prática de crime idêntico" (fls. 676/680).

O crime que lhe valeu a primeira condenação, cujo apelo foi julgado pela 11ª Câmara de Direito Criminal, foi praticado no período de dezembro de 2007 e março de 2008.

Consta do apenso que a peticionária entre os meses de dezembro de 2007 e março de 2008, tinha em depósito para venda, medicamentos sem registro no órgão de vigilância sanitária, sem as características de identidade e qualidade admitidas para sua comercialização e de procedência ignorada. Por estes fatos, foi condenada por infração ao artigo 273, § 1º B, incisos I, III e V, na forma do artigo 71, ambos do Código Penal, às penas de 11 (onze) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime fechado e 11 (onze) dias-multa, piso mínimo, pelo MM. Juízo de Direito da 13ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo (fls. 579/587, do apenso). Recorreu e a 11ª Câmara de Direito Criminal deste E. Tribunal de Justiça deu parcial provimento ao apelo e reduziu as penas para 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime aberto e pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, piso mínimo, por infringência do artigo 273, § 1º B, incisos I, III e V, c.c. o artigo 71, ambos do Código Penal, c.c. o artigo 33 e seu § 4º, da Lei Federal nº 11.343, de 2006. (fls. 605/617, do apenso).

Em 16 setembro de 2009, a peticionária foi flagrada na prática do mesmo crime, o que lhe rendeu a condenação em apreço que pretende atenuar.

Nesta data, Maria Cecília foi surpreendida trazendo consigo e mantendo em depósito, para a venda medicamentos sem o registro exigido pelo órgão da Vigilância Sanitária, com comercialização proibida e de procedência ignorada, ou seja, anabolizantes, remédios utilizados no tratamento de disfunção erétil e na perda de peso, entre outros (*Lipostabil, Erectalis, Cytotec, Pramil, Cialis,*

Acesso ao Sumário

Durateston, Solpan, Unidizepax, Melatonin, Redufast, etc...).

A peticionária busca, por esta via, atenuar a condenação sob o argumento de que as penas que lhe foram impostas ferem o princípio da proporcionalidade, pois exacerbadas. Busca a aplicação das reprimendas descritas no artigo 33, da Lei Antidrogas, inclusive com o reconhecimento da causa de diminuição prevista no § 4º.

E a pretensão alternativa, consistente na aplicação das penas contidas no preceito secundário do artigo 33, da Lei Antidrogas, comporta atendimento, na esteira do que ficou decidido no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no ***Habeas Corpus*** nº 239.363/PR (Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, DJE 10/04/2015) que considerou inconstitucional o preceito secundário do artigo 273, § 1º-B, inciso V, do Código Penal, ***verbis:***

> *"ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, V, DO Código Penal. CRIME DE TER EM DEPÓSITO, PARA VENDA, PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS DE PROCEDÊNCIA IGNORADA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.*
>
> 1. A intervenção estatal por meio do Direito Penal deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade, incumbindo também ao legislador o dever de observar esse princípio como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.
>
> 2. É viável a fiscalização da constitucionalidade dessa atividade legislativa examinando, como diz o Ministro Gilmar Mendes, se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais.
>
> 3. Em atenção ao princípio constitucional da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos (CF, art. 5º, LIV), é imprescindível a atuação do Judiciário para corrigir o exagero a ajustar a pena cominada à conduta inscrita no art. 273, § 1º-B, do Código Penal.
>
> 4. O crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada é de perigo abstrato e independe da prova da ocorrência de efetivo risco para quem quer que seja. E a indispensabilidade do dano concreto à saúde do pretenso usuário do produto evidencia ainda mais a falta de harmonia entre o delito e a pena abstratamente cominada (de 10 a 15 anos de reclusão) se comparado, por exemplo, com o crime de tráfico ilícito de drogas – notoriamente mais grave e cujo bem jurídico também é a saúde pública.
>
> 5. A ausência de relevância penal da conduta, a desproporção da pena em ponderação com o dano ou perigo de dano à saúde pública decorrente

Acesso ao Sumário

da ação e a inexistência de consequência calamitosa do agir convergem para que se conclua pela falta de razoabilidade da pena prevista na lei. A restrição da liberdade individual não pose ser excessiva, mas compatível e proporcional à ofensa causada pelo comportamento humano criminoso.

6. Arguição acolhida para declarar inconstitucional o preceito secundário da norma".

Em consequência, firmou-se entendimento no sentido de aplicar, em substituição, o preceito secundário previsto para o crime de tráfico de drogas, previsto no artigo 33, da Lei Federal nº 11.343, de2006, tendo em vista que ambos são considerados hediondos, de perigo abstrato e visam a proteção da saúde pública.

E, não obstante o acórdão da Corte Especial faça referência ao inciso V, os demais incisos do § 1º-B do artigo 273, do Código Penal padecem da mesma desproporcionalidade entre a conduta e a pena, razão pela qual, em todas essas hipóteses, deve ser invocado o preceito secundário previsto para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Habeas Corpus nº 257.469/SP – Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca – j. 05.05.2016).

Nesse sentido:

"[...] ARTIGO 273,§ 1º-B, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO PELA CORTE ESPECIAL DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO DA PENA ESTABELECIDA PARA O CRIME PREVISTO NO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EXISTENTE. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Ao julgar a arguição de inconstitucionalidade formulada no HC n. 239.363/PR, a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário da norma do artigo 273, § 1º-B, inciso V, do Código Penal.

2. Em atenção à referida decisão, as Turmas que compõem a 3ª Seção deste Sodalício passaram a determinar a aplicação do preceito secundário do artigo 33 da Lei 11.343/2006 aos casos em que o acusado é condenado pelo crime previsto no artigo 273, § 1º-B, do Código Penal. Precedentes.

3. Na espécie, o paciente restou condenado à pena de 10 (dez) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, como incurso no artigo 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal, impondo-se o refazimento da dosimetria da sanção que lhe foi imposta a fim de que seja considerado o preceito secundário do artigo 33 da Lei de Drogas, que também constitui crime hediondo, de perigo abstrato, e que visa a tutelar a saúde pública.

Acesso ao Sumário

[...]

4. ***Habeas corpus*** não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo refaça a dosimetria da pena imposta ao paciente quanto ao delito previsto no artigo 273, § 1º-B, inciso I do Código Penal, aplicando o preceito secundário do artigo 33 da Lei 11.343/2006, estendendo-se os efeitos desta decisão ao corréu João Vitor da Silva.

(HC 328.798/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 15/2/2016)".

De acordo com remansosa jurisprudência é cabível em revisão criminal reduzir a pena se comprovado erro ou injustiça na fixação da reprimenda:

"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" (RJDTACRIM 6/250 - Relator Juiz Marrey Neto).

E foi o que ocorreu no presente caso.

Assim, é o caso de se reduzir as penas, aplicando por analogia ***in bonam partem*** o preceito secundário da Lei de Drogas, que é a solução que vem sendo adotada pelo E. Superior Tribunal de Justiça, como já exposto.

Em verdade, vender essas drogas sem autorização é muito semelhante à conduta do artigo 33, da Lei Federal nº 11.343, de 2006.

A punição desproporcional, e, por isso mesmo inconstitucional, deve ser reduzida para se enquadrar com outra análoga prevista pelo legislador.

A peticionária teve a pena-base fixada acima do mínimo legal, diante dos antecedentes criminais: 11 (onze) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa e em razão do concurso de crime a pena foi acrescida de mais 1/6, situada a pena final em 13 (treze) anos, 7 (sete) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Destarte, o castigo corpóreo deverá ser corrigido para fixar aquelas cominadas no preceito secundário do artigo 33, da Lei Antidrogas e o cálculo deverá seguir os mesmos critérios.

A basilar deverá ser fixada 1/6, acima do patamar mínimo: 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, acrescida de mais 1/6, pela continuidade delitiva, situada a pena final em 6 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias-multa.

Acesso ao Sumário

A sanção pecuniária dever ser mantida tal como posta no v. acórdão rescindendo, pois sua correção importaria em inegável ***reformatio in pejus.***

Não se aplica ao caso em apreço a causa especial contida no § 4º do artigo 33, da Lei de Drogas, tendo em vista que a peticionária possui condenação anterior pela prática do mesmo delito, não preenchendo assim, os requisitos exigidos para fazer jus ao redutor.

Posto isto, defere-se, em parte, a revisão para reduzir as penas da peticionária para 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, aplicado por analogia, em ***bonam partem***, o preceito secundário do artigo 33, da Lei Federal nº 11.343, de 2006.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2161258-29.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE JUNDIAÍ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.639)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), MOACIR PERES, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, ELCIO TRUJILLO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 19 de outubro de 2016.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 8.200, de 24 de abril de 2014, do Município de Jundiaí, que altera a Lei nº 6.874/07, que institui o Programa Bolsa-Atleta, para prever divulgação de informações – Normas que não afrontam artigos 24, § 2º, 47, incisos XVII e XVIII, 166 e 174, da Constituição Estadual – Ação improcedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo prefeito

municipal de Jundiaí, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 8.200, de 24 de abril de 2014, que altera a Lei nº 6.874/07, que institui o Programa Bolsa-Atleta, para prever divulgação de informações.

Alega que a lei mencionada contraria o disposto nos artigos 90, inciso II e 74, inciso VI, ambos da Constituição Estadual, e art. 125, § 2º, da Constituição Federal, além de conterem vício de iniciativa, violando, assim, a separação dos poderes.

Indeferida a liminar requerida (fls. 12), vieram as informações (fls. 17/23).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela improcedência da ação (fls. 64/74).

Citado, o Procurador Geral do Estado declinou da defesa do ato impugnado (fls. 59/62).

É o relatório.

Improcede a ação.

Dispõe a norma guerreada:

Art. 1º O art. 9º da Lei nº 6.874, de 26 de julho 2007, passa a vigorar acrescido dos seguintes dispositivos:

"Art. 9º (...)

Parágrafo único: A Prefeitura Municipal, por intermédio do órgão responsável, manterá em seu endereço eletrônico as seguintes informações quanto ao programa Bolsa-Atleta:

I – relação atualizada dos atletas beneficiados com o Programa Bolsa-Atleta;

II – relação atualizada dos atletas que tiveram seu pedido indeferido;

III – o valor investido no programa;

IV – o orçamento para o exercício financeiro seguinte."

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Verifica-se que a Lei nº 8.200/14, ora impugnada, buscou favorecer a concretização da diretriz posta na Lei de Acesso à Informação (Lei Federal nº 12.527, de 18.11.2011) ao facilitar o acesso da população a dados relativos à concessão do benefício Bolsa-Atleta.

Assim legislação que trata de matéria de interesse predominantemente local, dando ênfase ao princípio da publicidade dos atos administrativos, nos exatos limites das atribuições conferidas aos municípios pelos artigos 30, inciso I, e 37, *caput*, da Constituição Federal, o que arreda a alardeada invasão de competência federal e afronta ao preceito do artigo 22, inciso XI, do mesmo diploma legal, e artigos 5º, 111 e 144 da Constituição Estadual.

Assim sendo, não ocorre, o vício de iniciativa do projeto de lei pelo Legislativo, haja vista que a norma editada não regula questão estritamente administrativa, afeta ao Chefe do Poder Executivo, delimitada pelos artigos 24,

Acesso ao Sumário

§ 2º, 47, incisos XVII e XVIII, 166 e 174 da Constituição Estadual, aplicáveis ao ente municipal, por expressa imposição da norma contida no artigo 144 daquela mesma Carta, versando apenas acerca de tema de interesse geral da população, concernente aos dados da arrecadação municipal e sua posterior destinação, razão pela qual poderia mesmo decorrer de proposta parlamentar.

Portanto, a Casa Legislativa Municipal ao rejeitar o veto total do Poder Executivo à lei em questão, promulgando-a, não violou a regra de separação de poderes contida nos artigos 5º, 47, incisos II e XIV e art. 114, todos da Constituição Estadual.

Isto posto, julga-se improcedente a ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2140844-10.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor SINDICATO DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO DE RIBEIRÃO PRETO/SP – S.TRANSPASS-URB, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE TAQUARITINGA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE TAQUARITINGA.

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 31.891)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), RENATO SARTORELLI, 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, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, ARTUR MARQUES, CAMPOS PETRONI, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, MÁRCIO BARTOLI e JOÃO CARLOS SALETTI.

São Paulo, 26 de outubro de 2016.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 4.311, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2015, DO MUNICÍPIO DE TAQUARITINGA – CONCESSÃO DE ISENÇÃO

Acesso ao Sumário

DA TARIFA DE TRANSPORTE PÚBLICO URBANO AOS IDOSOS COM MAIS DE 60 ANOS, CREDENCIADOS PELO MUNICÍPIO – INICIATIVA ORIUNDA DO PODER LEGISLATIVO LOCAL – INVIABILIDADE – COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DO EXECUTIVO – MATÉRIA RELATIVA À ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL – ALTERAÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO – DIREITO PREVISTO PELA CONSTITUIÇÃO PAULISTA, VISANDO A PROTEÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO E DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO – FISCALIZAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS SÃO ATRIBUIÇÕES PRIVATIVAS DO PODER EXECUTIVO – VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES – SANÇÃO DO PROJETO DE LEI PELO PREFEITO MUNICIPAL NÃO CONVALIDA O VÍCIO DE INICIATIVA – JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STF – PRETENSÃO PROCEDENTE.

VOTO

Ação direta de inconstitucionalidade voltada contra a Lei nº 4.311, de 30 de dezembro de 2015, do Município de Taquaritinga, que no interessante altera redação de dispositivo da Lei nº 2.729, de 16 de outubro de 1995, daquele Município, para ampliar a gratuidade do transporte público municipal aos idosos entre sessenta e sessenta e cinco anos de idade, credenciados pelo Município.

Delineada ***causa petendi*** repousa no alegado vício de iniciativa parlamentar para legislar sobre matéria afeta ao Executivo Municipal, a indicar inconstitucionalidade formal do diploma normativo impugnado, ausência de indicação da fonte de custeio para sua concretização e, ainda, mácula ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão celebrado com empresa filiada ao sindicato autor, violando artigos 25, 47, incisos XI e XVIII, 111, 117, 120 e 144 da Constituição Bandeirante.

Liminar deferida a fls. 168/169.

Informações prestadas pela Prefeitura Municipal de Taquaritinga a fls. 191/200 e pela Câmara Municipal a fls. 203/210.

Citado, o Procurador Geral do Estado manifestou-se a fls. 250/251, apontando desinteresse na defesa da lei contrastada, por tratar de matéria exclusivamente local.

Acesso ao Sumário

A Douta Procuradoria Geral de Justiça, no parecer encartado a fls. 256/268, em síntese, opinou pela procedência do pedido, destacando violação ao princípio da separação de poderes e da gestão dos contratos de concessão de serviços públicos pelo Executivo (artigos 5º, 47, incisos II e XIX, alínea "a", 117, 119 e 120 da Constituição Estadual).

É o Relatório.

Pretensão deduzida busca extirpar do ordenamento jurídico a Lei nº 4.311, de 30 de dezembro de 2015, do Município de Taquaritinga (fls. 86/87), que amplia o direito à gratuidade do transporte público municipal aos idosos entre sessenta e sessenta e cinco anos de idade, credenciados pelo Município, conforme redação legal exposta a seguir:

*"**Art. 1º.** O art. 2º da Lei Municipal nº 2.729, de 16 de outubro de 1995, passa a ter a seguinte redação:*

Art. 2º. As concessões serão outorgadas a empresas particulares, mediante licitação, na modalidade concorrência pública, obedecida às normas prescritas na legislação federal que dispõe sobre licitações e concessões de serviços público, observadas ainda as seguintes condições:

I – o preço das tarifas somente poderá ser fixado ou reajustado por determinação expressa do Executivo Municipal, com base em estudo detalhado das planilhas de custo operacional, expedidas pelos órgãos competentes, respeitando o interesse público;

II – constará do respectivo contrato a obrigatoriedade do transporte gratuito aos:

a) Portadores de necessidades especiais;

b) Idosos, com mais de 60 (sessenta) anos, credenciados pelo Município;

III – transporte de estudantes, com desconto de 50% (cinquenta por cento), através do fornecimento de passes escolares.

Parágrafo único. A vigência inicial e a prorrogação da concessão constarão do respectivo edital e do contrato, considerando principalmente o prazo necessário para amortização do capital que deverá ser investido pelas empresas licitantes.

***Art. 2º.** Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se a Lei Municipal nº 3.323, de 12 de agosto de 2003."*

Registra-se, ***ab initio***, no âmbito estadual limitado o controle concentrado de constitucionalidade – à luz do art. 125, § 2º, da Constituição da República. Análise da conformação do ato normativo impugnado tem como parâmetro dispositivos da Constituição Bandeirante, inviável pronunciamento sobre eventuais violações à Constituição da República – sob pena, inclusive, de usurpação de competência própria do Supremo Tribunal Federal –, ou mesmo à legislação infraconstitucional, como a Lei Orgânica do Município de

Acesso ao Sumário

Taquaritinga ou Estatuto do Idoso (Lei Federal nº 10.741/2003).

A despeito de inequívoca intenção de promoção dos direitos dos idosos, mediante concessão de gratuidade nos meios de transporte público, a validade do ato legislativo não guarda vinculação exclusiva à matéria nele regulada, que deve apresentar compatibilidade vertical com aquelas que lhe servem de parâmetro – aspecto substancial, ou nomoestática constitucional –, sem prejuízo do rigor e estrita observância ao processo legislativo que o antecedeu – aspecto formal do ato, ou nomodinâmica constitucional – como forma de efetiva, segura e integral inserção no ordenamento jurídico.

A Constituição da República adotou, em seu artigo 61, sistema pluralístico de iniciativa legislativa (fase inicial do processo legislativo), conferindo esta prerrogativa, ordinariamente, a sujeitos diversos. Todavia, o § 1º do mesmo dispositivo excepciona a regra geral, dispondo sobre matérias específicas que estão sujeitas à iniciativa legislativa **privativa** do Chefe do Executivo, as quais devem ser interpretadas em caráter restrito por opção político-normativa.

Tratando-se de norma vinculada ao princípio da simetria, seus preceitos devem ser observados nas respectivas Cartas dos Estados-Membros (art. 25 da Constituição da República), bem assim nas próprias Leis Orgânicas dos Municípios do Estado de São Paulo, à luz do que dispõe o art. 144 da Constituição Bandeirante:

> *"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."*

Nesse sentido, já definiu o C. Supremo Tribunal Federal:

> *"As regras do processo legislativo federal, especialmente as que dizem respeito à iniciativa reservada, são normas de observância obrigatória pelos Estados-membros."*
>
> **(STF. ADI 2719, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, j. em 20 de março de 2003).**

Cediço que ao Legislativo local compete ordinariamente a edição de normas gerais, de caráter abstrato e coativo, a serem observadas pelos munícipes, no que se incluem os integrantes da própria administração municipal.

Na tramitação legislativa da Lei ora impugnada, a Comissão de Finanças e Orçamento da Câmara Municipal de Taquaritinga apresentou parecer favorável ao Projeto que culminou em sua aprovação, atribuindo, equivocadamente, sua iniciativa ao Executivo local, conforme se verifica (fl. 83, destacado):

> **"Trata-se de projeto de lei de autoria da Prefeitura Municipal**, o qual dá nova redação ao artigo 2º, da Lei Municipal 2.729/1995.
>
> Constatamos que o referido artigo regulamenta a obrigatoriedade da concessão de transporte gratuito às pessoas com mais de 60 anos de idade.

Acesso ao Sumário

Diante de todo exposto, considerando que é de competência do Executivo legislar sobre matérias de interesse local, verificamos que a proposição em questão está de acordo com os princípios desta Comissão por não onerar os cofres do Erário."

Apesar do parecer supramencionado, a iniciativa do projeto de lei emanou do Vereador Dr. Valmir Carrilho Marciano, não da Prefeitura do Município de Taquaritinga.

Verifica-se, portanto, patente violação ao princípio da separação dos poderes, tendo em vista invasão das atribuições direcionadas ao Poder Executivo no exercício de direção da Administração Pública, conforme arts. 47, incisos II, XIV e XVIII da Constituição do Estado. Ainda, cabe ao Executivo local a fiscalização e regulamentação dos serviços concedidos ou permitidos, sendo vedado ao Legislativo a iniciativa de normas que visam sua regulamentação, conforme disposto no art. 119 da Constituição Paulista (destacado):

*"Artigo 119 – **Os serviços concedidos ou permitidos ficarão sempre sujeitos à regulamentação e fiscalização do Poder Público** e poderão ser retomados quando não atendam satisfatoriamente aos seus fins ou às condições do contrato.*

Parágrafo único – Os serviços de que trata este artigo não serão subsidiados pelo Poder Público, em qualquer medida, quando prestados por particulares."

No mesmo sentido, a fixação da remuneração dos serviços públicos – através de tarifa – é atribuição do Executivo local, conforme disposto nos arts. 120 e 159, § único, da Constituição Paulista (destacado):

*"Artigo 120 – Os serviços públicos serão remunerados por tarifa previamente **fixada pelo órgão executivo** competente, na forma que a lei estabelecer.*

Artigo 159 – A receita pública será constituída por tributos, preços e outros ingressos.

*Parágrafo único – **Os preços públicos serão fixados pelo Executivo**, observadas as normas gerais de Direito Financeiro e as leis atinentes à espécie."*

Dentre os princípios que regem os contratos administrativos desta natureza encontra-se o equilíbrio econômico-financeiro. Havendo isenção tarifária destinada a determinado estrato social, acarreta consequente redução na receita proveniente da prestação do serviço de transporte, afetando diretamente o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. Trata-se de garantia direcionada aos contratos administrativos e consequente continuidade do serviço público, com previsão expressa na Constituição Paulista (destacado):

"Artigo 117 – Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a

*todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."*

Portanto, a Constituição Paulista atribui competência ao Poder Executivo para fixação da tarifa remuneratória dos serviços públicos locais. Além disso, garante o equilíbrio econômico-financeiro do contrato ao licitante vencedor. Destas duas assertivas é possível concluir que qualquer norma que altere o equilíbrio do contrato administrativo e, consequentemente, cause impacto financeiro ensejador de atualização tarifária, deve ter sua gênese no Executivo local. Esta é a posição encampada neste C. Órgão Especial, conforme se verifica:

*"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Complementar nº 412, de 03 de outubro de 1997, de iniciativa parlamentar e sancionada pelo Prefeito, que 'dispõe sobre o desconto nas tarifas de transporte coletivo urbano na cidade de Lins, para estudantes, professores e desempregados' – Invasão da reserva legal de atribuições do Chefe do Poder Executivo – **Serviços públicos, em especial os delegados mediante concessão ou permissão, estão sujeitos à regulamentação e fiscalização do Poder Público, sendo remunerados por tarifa previamente fixada pelo órgão executivo competente** – Ofensa ao princípio da separação dos poderes – Ausência, ademais, de previsão de fonte específica de custeio (art. 25 da CE) – Inconstitucionalidade declarada – Ofensa aos arts. 5º, 24, § 2º, 25, 47, II, XIV, XVIII e XIX, 120, 144 e 159, § único, da Constituição Estadual."*

(TJ/SP. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2181142-78.2015.8.26.0000, Rel. Des. JOÃO CARLOS SALETTI, j. em 1º de junho de 2016, destacado).

*"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 5.069, de 24 de agosto de 2015, do Município de Mauá que dispõe sobre a criação do bilhete especial do desempregado no âmbito municipal e dá outras providências – Matéria relativa à Administração Municipal, de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo – Vício de iniciativa e violação ao princípio da separação dos Poderes – **A isenção concedida não acarreta aumento ou criação de despesa pública, mas interfere diretamente na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo firmado entre o Poder Público e as empresas prestadoras do serviço de transporte** – Violação aos artigos 5º, 47, incisos II, XIV e XVIII, 117, 120, 159, § único e 144, da Constituição Estadual. Pedido procedente."*

(TJ/SP. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2074645-06.2016.8.26.0000, Rel. Des. RICARDO ANAFE, j. em 03 de agosto de 2016, destacado).

Fica demonstrado o vício de iniciativa e violação à separação dos poderes.

Acesso ao Sumário

Outro ponto a ser enfrentado diz respeito à impossibilidade de convalidação do vício de iniciativa por sanção do Chefe do Poder Executivo. Verifica-se que a Lei ora impugnada foi sancionada pelo Prefeito Municipal (fls. 88/89). Não se admite convalidação de lei viciada na origem, conforme jurisprudência pacífica no Supremo Tribunal Federal:

> *"ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. LEI 751/03, DO ESTADO DE AMAPÁ. ALTERAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO DE CIRURGIÕES-DENTISTAS. REGIME JURÍDICO FUNCIONAL. MATÉRIA SUJEITA A RESERVA DE INICIATIVA LEGISLATIVA. NORMAS DE APLICAÇÃO OBRIGATÓRIA AOS ESTADOS-MEMBROS. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DE LEI DECORRENTE DE INICIATIVA PARLAMENTAR. VÍCIO IMPASSÍVEL DE CONVALIDAÇÃO PELA SANÇÃO DO PROJETO. 1. Ao alterar a jornada de trabalho de categorias específicas, a Lei 751/03, de iniciativa parlamentar, cuidou do regime jurídico de servidores estaduais, e, com isso, incursionou indevidamente em domínio temático cuja iniciativa é reservada ao Chefe do Poder Executivo, nos termos do art. 61, II, § 1º, 'c', da CF. Precedentes. 2. O sancionamento tácito do Governador do Estado do Amapá em exercício ao projeto que resultou na Lei estadual 751/03 não tem o condão de convalidar o vício de iniciativa originário. Precedentes. 3. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente conhecida e, nesta parte, julgada procedente."*
>
> **(STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.627, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, j. em 06 de novembro de 2014, destacado).**

Em síntese, restou demonstrada a inconstitucionalidade formal e material da Lei ora impugnada, tendo em vista violação dos arts. 5º, 47, incisos II, XIV e XVIII, 117, 119, 120 e 159, § único da Constituição do Estado de São Paulo.

Diante do exposto, julgo procedente a ação.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2127181-91.2016.8.26.0000, 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 TAUBATÉ e PREFEITO MUNICIPAL DE TAUBATÉ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM O PEDIDO DE SUSPENSÃO DA AÇÃO E JULGARAM-NA PROCEDENTE, COM DETERMINAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº**

42114)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), FRANÇA CARVALHO, CAMPOS PETRONI, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA e BERETTA DA SILVEIRA.

São Paulo, 26 de outubro de 2016.

SILVEIRA PAULILO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Município de Taubaté – Omissão legislativa – Violação frontal ao art. 115, V, da Constituição do Estado de São Paulo – Mora positivada quanto à fixação de percentual mínimo para o preenchimento dos cargos em comissão por servidores municipais – Ação acolhida.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, por omissão, porquanto violado o art. 115, V, da Constituição do Estado de São Paulo, em que se busca a declaração de existência de mora legislativa e a fixação de percentual mínimo dos cargos em comissão para preenchimento por servidores públicos efetivos assinado prazo para tanto. O sr. Prefeito Municipal confessou a ação e pediu suspensão da ação para que pudesse fazer o encaminhamento do competente projeto de lei; não houve manifestação da Câmara Municipal; o douto Procurador Geral do Estado disse do seu desinteresse na ação e o doutor Subprocurador de Justiça oficiante opinou pelo prosseguimento e acolhimento da ação.

É o relatório.

Rejeita-se o pedido de suspensão da ação porquanto, positivada como está a mora legislativa, ela só é afastada com a aprovação do projeto de lei respectivo, como bem disse o doutor Subprocurador de Justiça em seu ilustrado parecer.

Passa-se ao mérito.

Cumpre enfatizar determinar a Lei Maior do Estado de São Paulo:

Art. 115. Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer

Acesso ao Sumário

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.

.....

O dispositivo não foi observado no Município de Taubaté.

O sr. Prefeito Municipal confessou a ação e disse já se encontrar em fase final projeto de lei de iniciativa do Executivo que disporá sobre plano de cargos, vencimentos e carreira dos servidores públicos da Municipalidade, prevista a reserva de percentual mínimo de 50% para os cargos em comissão para servidores efetivos de carreira, com o que estariam atendidos os preceitos constitucionais compatíveis.

A Câmara Municipal não se manifestou, o que é desprovido de importância já que a mora legislativa está confessada pelo Chefe do Executivo.

Estando patente a mora legislativa, resta acolher esta ação direta de inconstitucionalidade no seu todo, instrumento adequado para a solução judicial para o caso de omissão legislativa (cf. INGO WOLFGANG SARLET e OUTROS, *Curso de Direito Constitucional*, 2012, RT, pág. 791).

Pelo exposto, pelo meu voto, é julgada procedente a ação para declarar o estado de mora em que se encontra o Município de Taubaté no que concerne aos percentuais mínimos para preenchimento dos cargos em comissão, com violação frontal do art. 115, V, da Constituição do Estado, fixado o prazo razoável de 120 (cento e vinte) dias para o encaminhamento de proposta legislativa (Prefeito Municipal) e para a edição dos atos normativos (Câmara Municipal), ficando estabelecido o percentual mínimo de 50% (cinquenta por cento) para preenchimento dos cargos em comissão por servidores públicos efetivos do Poder Executivo e do Legislativo na hipótese de persistência da omissão normativa além do prazo.

Custas *"ex lege"*.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2090029-09.2016.8.26.0000, da Comarca de São

Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ILHABELA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ILHABELA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. MÁRCIO BARTOLI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.787)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, ARTUR MARQUES, CAMPOS PETRONI, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO e TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 26 de outubro de 2016.

MÁRCIO BARTOLI, Relator Designado

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 1.103, de 23 de dezembro de 2015, do Município de Ilhabela, que "Dispõe sobre a obrigatoriedade de incluir nos projetos de novas edificações de propriedade do Município a instalação de sistemas de captação e aproveitamento de águas de chuva a serem consumidas nas edificações".

Lei que não se destina à gestão administrativa de prédios públicos existentes, mas à tutela ambiental, criando requisitos de sustentabilidade para edificações futuras.

Inconstitucionalidade formal. Não configurada violação às hipóteses de iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Executivo. Hipóteses taxativas, segundo a jurisprudência deste Órgão Especial e do Supremo Tribunal Federal. Matéria ambiental. Matéria de iniciativa concorrente.

Inconstitucionalidade material. Não ocorrência. Norma de caráter geral e abstrato, editada com vistas à tutela de interesse da coletividade, qual seja, a preservação de recursos hídricos. Inocorrência de usurpação de outras competências administrativas

Acesso ao Sumário

reservadas ao Chefe do Poder Executivo, previstas no artigo 47 da Constituição do Estado de São Paulo. Inexistência de ofensa à regra da separação dos poderes.

Criação de gastos sem indicação de fonte de custeio. Inconstitucionalidade. Inocorrência. Possibilidade de realocação e suplementação orçamentária. Fundamento, ademais, que ensejaria, no máximo, a inexequibilidade da norma no exercício orçamentário em que aprovada.

Improcedência da ação.

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra a Lei nº 1.103, de 23 de dezembro de 2015, do Município de Ilhabela, que *"Dispõe sobre a obrigatoriedade de incluir nos projetos de novas edificações de propriedade do Município a instalação de sistemas de captação e aproveitamento de águas de chuva a serem consumidas nas edificações"*. Alega-se que a referida norma foi editada em ofensa a hipótese de iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo, em ofensa ao quanto disposto no artigo 24, parágrafo 2º da Constituição Estadual. Materialmente, alega-se ofensa à regra da separação dos poderes, com usurpação de competência administrativa do Chefe do Poder Executivo para gerir bens públicos. Alega-se, por fim, que a norma em questão cria despesas sem indicar a respectiva fonte de custeio, em ofensa ao artigo 25 da Carta Estadual (fls. 01/12). Juntou-se à inicial os documentos de fls. 13/17.

A medida liminar pleiteada foi deferida pelo E. Relator Sorteado nos termos da decisão de fls. 19.

A Câmara do Município de Sorocaba prestou as informações solicitadas (fls. 29/45), com cópias de documentos do trâmite legislativo da normativa impugnada (fls. 46/149).

A Procuradoria Geral do Estado foi citada, afirmando seu desinteresse em realizar a defesa do ato impugnado (fls. 151/152).

Manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça pela procedência da ação (fls. 156/164).

2. A lei impugnada possui a seguinte redação:

"Art. 1º. Fica instituída a obrigatoriedade de incluir nos projetos de novas edificações de propriedade do Município, em todo o território municipal, a instalação de sistemas de captação e aproveitamento das águas de chuvas a serem consumidas nas edificações, consoante com os requisitos para uso de água de chuva proveniente de coberturas para fins não potáveis, estabelecidos

Acesso ao Sumário

na NBR 15.527 (ABNT, 2007).

Art. 2º. O sistema de captação e aproveitamento das águas de chuvas, de que trata o art. 1º, será elaborado por corpo técnico competente, de acordo com as especificações de cada edificação e tem como objetivo promover medidas que colaborem com a conservação, redução de desperdício e utilização de fontes alternativas para captação, armazenamento e aproveitamento da água nas edificações públicas municipais.

Art. 3º. O Município incluirá em todo edital de licitação de obras de construção de prédio público, expressamente, a obrigatoriedade de instalação de sistema de aproveitamento de águas de chuvas.

Art. 4º. As disposições da Lei não se aplicam quando, por meio de estudo por profissional habilitado, ficar comprovada a inviabilidade técnica de instalação do sistema.

Art. 5º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação."

3. **É caso de improcedência da ação.** Entendo primeiramente que, apesar de cuidar de tema que poderá importar à Administração economia de recursos, a norma **não se destina a tutelar o modo de gestão de bens públicos**, ao dispor sobre a obrigatoriedade de incluir, nos projetos de novas edificações de propriedade do Município, a instalação de sistemas de captação e aproveitamento de águas de chuva.

A racionalidade da norma **não é meramente econômica, destinada a racionalizar a gestão do bem público** (hipótese em que restaria configurada a usurpação de prerrogativa de gestão do Chefe do Poder Executivo). O diploma impugnado tem como razão de ser, com efeito, a **proteção e preservação de recursos hídricos, questão ambiental**, que, embora reflita na seara da Administração, **vai muito além de mera gestão de bem público**, de sorte a, em meu sentir, afastar a inconstitucionalidade apontada.

Trata-se de norma de caráter geral e abstrato, que define requisitos de **sustentabilidade ambiental** a serem observados em construções e obras futuras do Poder Público, **questão inviável, portanto, de ser compreendida como mero ato de gestão**.

Ressalto, ainda, que a norma em questão **não se destina a tutelar bens públicos já existentes**, de forma que não impõe, de imediato, gastos desarrazoados ao gestor, retirando-lhe sua capacidade de planejamento financeiro. A lei questionada destina-se apenas a **edificações futuras**, determinando que seja incluída, **nos projetos de novas edificações de propriedade do Município**, a instalação dos mencionados sistemas de captação pluvial, **quando tecnicamente viável**.

A **jurisprudência deste Órgão Especial**, aliás, e do **Supremo Tribunal Federal** entendem ser absolutamente **lícita a imposição de obrigações, pelo**

Acesso ao Sumário

Poder Legislativo, ao Poder Executivo por meio de lei, desde que não se adentre as atividades tipicamente reservadas à Administração – o que, conforme ressaltei anteriormente, não julgo ocorrer no presente caso, **por dispor a lei em questão sobre questão ambiental, de preservação e racionalização do uso público de recursos hídricos**.

4. **Afasto, primeiramente, a alegação de vício de iniciativa**. A regra estabelecida no *caput* do artigo 24 da Constituição do Estado é a da iniciativa concorrente entre os membros ou comissões da Assembleia Legislativa, o Governador do Estado, o Tribunal de Justiça e os cidadãos – ressalvados os casos em que, de forma taxativa, a iniciativa legislativa seja reservada exclusivamente a algum deles em razão da matéria.

Desse modo, nos termos do § 2º do artigo 24 da Constituição Estadual, *"[c]ompete, 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; 2 – criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no artigo 47, XIX; 3 – organização da Procuradoria Geral do Estado e da Defensoria Pública do Estado, observadas as normas gerais da União; 4 – servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; 5 – militares, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para inatividade, bem como fixação ou alteração do efetivo da Polícia Militar; 6 – criação, alteração ou supressão de cartórios notariais e de registros públicos."*.

Esse modelo institucional, de reserva de iniciativa legislativa de determinadas matérias a este ou àquele agente político, ademais, é de obrigatória observância pelos Municípios, em razão do princípio da simetria na organização dos entes federativos e da regra contida no artigo 144 da Constituição do Estado.

Confrontando-se a lei questionada com o quanto disposto no § 2º do artigo 24 da Constituição do Estado, verifica-se, assim, que a norma não dispôs sobre as matérias reservadas, em rol taxativo, à iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo, nos termos da Constituição Estadual.

Com efeito, a lei impugnada **não cria ou extingue Secretarias e órgãos da Administração Pública**; **não cria ou extingue cargos, funções ou empregos públicos, e não fixa a respectiva remuneração**; e, finalmente, **não dispõe sobre servidores públicos ou sobre militares**, e tampouco sobre os respectivos **regimes jurídicos**.

Limita-se a norma em comento a tutelar matéria ambiental, alheia às matérias cuja iniciativa legislativa é reservada ao Chefe do Poder Executivo, fixadas *numerus clausus* na Constituição do Estado.

Sendo exaustivas e excepcionais as hipóteses de competência privativa do Prefeito para deflagrar o processo de formação das leis, não se pode presumir, tampouco ampliar o sentido dos temas definidos pelo constituinte estadual – sob pena, inclusive, de restar esvaziada a função típica do Poder Legislativo. Por certo, o assunto tratado pela lei impugnada não se encontra no **rol taxativo** da Constituição Estadual.

E, ainda que a referida norma imponha gastos à Administração Municipal, **a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afastou a tese de que qualquer projeto de lei que implique a geração de gastos à Administração Pública restaria adstrito à iniciativa do Chefe do Poder Executivo**: *"Ao contrário do afirmado pelo requerente, a lei atacada não cria ou estrutura qualquer órgão da Administração Pública local.* ***Não procede a alegação de que qualquer projeto de lei que crie despesa só poderá ser proposto pelo Chefe do Executivo****. As hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas,* ***em 'numerus clausus'****, no artigo 61 da Constituição do Brasil – matérias relativas ao funcionamento da Administração Pública, notadamente no que se refere a servidores e órgãos do Poder Executivo. Precedentes."*[1]

Inexiste, assim, ofensa às iniciativas legislativas constitucionalmente reservadas ao Chefe do Poder Executivo, nos termos do artigo 24, parágrafo 2º da Constituição Bandeirante, sendo caso de rechaçar a hipótese de vício formal.

5. **Inexiste, ademais, o alegado vício material, por ofensa à regra da separação dos poderes, em usurpação às competências administrativas reservadas ao Chefe do Poder Executivo segundo a previsão do artigo 47 da Constituição do Estado**.

O exame do conteúdo da lei impugnada demonstra tratar-se de norma de caráter generalista, alheia à concreta gestão ou à organização administrativa do Município.

Conforme apontei, a norma em questão não se destina à gestão de bens públicos, mas trata de questão de sustentabilidade, matéria de natureza ambiental e de inegável caráter generalista, eis que destinada à preservação de recursos que, embora renováveis, são suscetíveis de utilização irracional, apta a ensejar graves crises de ordem pública.

O Estado de São Paulo, inclusive, passou por uma destas crises hídricas recentemente, de sorte a evidenciar, tanto mais, a racionalidade por trás da norma editada.

O planejamento e a execução da referida lei, ademais, ficarão a cargo do Poder Executivo, que poderá executar suas **novas obras e construção de novas edificações**, atendendo aos requisitos gerais estabelecidos na lei impugnada, conforme sua disponibilidade orçamentária e adequado planejamento fiscal.

Acesso ao Sumário

1 ADI 3394/AM – Rel. Min Eros Grau, j. 02 de abril de 2007.

Ressalto, novamente, que a norma em questão somente se dirige a novas edificações do Município.

Ademais, verifico que este Órgão Especial já reconheceu em outra oportunidade a licitude de imposição, pelo Poder Legislativo, de obrigações de **adaptação de bens públicos para pessoas portadoras de deficiências, com adequada sinalização** – hipótese de lei em que, embora existisse imposição de obrigações ao Executivo, com adaptação de bens públicos, **a racionalidade da norma tampouco se referia à gestão administrativa dos referidos bens**.

Veja-se, neste sentido, o seguinte julgado: *"I – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL DE ORIGEM PARLAMENTAR QUE DISPÔS SOBRE A* ***OBRIGATORIEDADE DE SINALIZAÇÃO E COMUNICAÇÕES TÁTIL E AUDITIVA DESTINADAS ÀS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA VISUAL EM ESTABELECIMENTOS DE USO PÚBLICO DESTINADOS À EDUCAÇÃO, CULTURA, LAZER, SERVIÇOS PÚBLICOS, BEM COMO PONTOS TURÍSTICOS E DE NATUREZA RELIGIOSA****. II – INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL, APENAS NO TOCANTE AO ARTIGO 6º DA REFERIDA NORMA, QUE EFETIVAMENTE DISPUNHA SOBRE MATÉRIA DE ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA, EM OFENSA AO QUE DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º E 24, PARÁGRAFO SEGUNDO, ITEM 2, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO. III –* ***NÃO OCORRÊNCIA, TODAVIA, NO TOCANTE AOS DEMAIS DISPOSITIVOS, DE OFENSA À REGRA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NORMA DE CARÁTER GERAL E ABSTRATO QUE APENAS ESTABELECEU OBJETIVOS E DIRETRIZES PARA A IMPLEMENTAÇÃO DA SINALIZAÇÃO EM COMENTO, DEIXANDO A CARGO DO PODER EXECUTIVO SEU PLANEJAMENTO, REGULAMENTAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO****. IV – INEXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE VÍCIO DE INICIATIVA, POR TRATAR-SE O ROL DE INICIATIVAS LEGISLATIVAS RESERVADAS AO CHEFE DO PODER EXECUTIVO DE MATÉRIA TAXATIVAMENTE DISPOSTA NA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. V – AUSÊNCIA, POR FIM, DE OFENSA À REGRA CONTIDA NO ARTIGO 25 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO. A GENÉRICA PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA NÃO IMPLICA A EXISTÊNCIA DE VÍCIO DE CONSTITUCIONALIDADE, MAS, APENAS, A INEXEQUIBILIDADE DA LEI NO EXERCÍCIO ORÇAMENTÁRIO EM QUE APROVADA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VI – AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE, CASSADA A LIMINAR DEFERIDA."*[2]

6. **Conclui-se que não subsistem, por fim, os argumentos de que a**

2 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2079978-07.2014.8.26.0000 – Rel. Designado Des. Márcio Bartoli, j. 17.09.2014.

Acesso ao Sumário

referida legislação padeceria de inconstitucionalidade por aumentar as despesas da Administração sem dispor sobre prévia dotação orçamentária, nos termos do artigo 25 da Constituição do Estado de São Paulo.

Embora a lei apreciada não traga em seu corpo específica dotação orçamentária para sua execução, essa ausência de previsão não se constitui em mácula de constitucionalidade, conforme se demonstrará, importando, no máximo, na inexequibilidade da norma no mesmo exercício orçamentário em que fora promulgada – **tanto mais porque se destina apenas, conforme já ressaltado, a obras futuras do Município**.

Ausente específica previsão orçamentária do gasto, e restando impossível a complementação do orçamento, deverá o dispêndio ser incluído já no orçamento subsequente.

A impossibilidade de concretização da norma no orçamento vigente representaria, portanto, caso de mera inexequibilidade da norma, fundamento que, todavia, não se prestaria a torná-la inconstitucional.

Neste sentido, inclusive, firmou-se a jurisprudência do **Supremo Tribunal Federal**, afirmando reiteradamente que a mera carência de dotação orçamentária específica não pode conduzir ao reconhecimento da existência de vício de constitucionalidade, importando, no máximo, na inexequibilidade da norma no exercício orçamentário em que aprovada.

A este título, veja-se o voto do **Ministro Nelson Jobim**, relator da ADI 2.343: *"Eu não vislumbro, em análise preliminar, vinculação da criação de cargo com a atual receita orçamentária. A própria lei previa que isso seria para o futuro e que, na medida em que a Lei de Diretrizes pudesse atender os percentuais, seriam preenchidos os cargos na medida das permissibilidades orçamentárias, decorrentes da Lei de Diretrizes Orçamentárias. (...) Observa-se que o conteúdo material da norma encerra uma proposição no tempo futuro a ser cumprida pelo Poder Executivo. O que a Lei de Diretrizes Orçamentárias gera ao disciplinar servirá de parâmetros, obedecendo os limites a ela impostos. Este Tribunal já se pronunciou no sentido de que a inexistência de autorização na Lei de Diretrizes Orçamentárias torna inexequível, no exercício em que ela vige, as providências não autorizadas, mas não as invalida, nem as nulifica."*

Esse precedente foi, por diversas vezes, reafirmado por aquela Corte, conforme se verifica do seguinte excerto, retirado de voto do **Ministro Gilmar Mendes** no julgamento da ADI 3.599: *"O tema é conhecido do Supremo Tribunal Federal há bastante tempo. Na ADI 1292-MT, Rel. Ilmar Galvão, unânime, DJ de 15.9.1995, sagrou-se o entendimento de que não se viabiliza controle abstrato de constitucionalidade quando se pretende confrontar norma que impõe despesa alusiva à vantagem funcional e ao art. 169 da Constituição, pois a ausência de dotação orçamentária prévia em legislação específica não*

Acesso ao Sumário

autoriza a declaração de inconstitucionalidade da lei, impedindo tão-somente a sua aplicação naquele exercício financeiro. Outros precedentes seguiram-se, todos no sentido do não conhecimento da ação direta quando fundada no argumento da ausência de prévia dotação orçamentária para a realização de despesas (ADI 1585 DF, Rel. Sepúlveda Pertence, unânime, DJ de 3.4.1998; ADI 2.339 SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, unânime, DJ 1.6.2001; ADI 2343 SC, Rel. Nelson Jobim, maioria, DJ 13.6.2003).”

Inexiste, assim, na norma impugnada, ofensa à regra contida no artigo 25 da Constituição do Estado.

7. A instituição da obrigação em debate, em conclusão, **não se insere nas hipóteses de limitação decorrentes das iniciativas legislativas constitucionalmente reservadas ao Chefe do Poder Executivo, nos termos do art. 24, § 2º da Constituição Estadual.**

E, não se constituindo a matéria tratada na lei em questão de política de governo nem ato concreto de gestão, a normativa não representa ofensa às competências administrativas reservadas ao Chefe do Executivo, previstas no artigo 47 da Constituição do Estado.

Tampouco se sustenta o fundamento de ofensa ao artigo 25 da Constituição do Estado, por importar em mera inexequibilidade da lei em questão.

Não há, portanto, ofensa constitucional que imponha a declaração de inconstitucionalidade da lei.

8. Ante o exposto, por este voto, julga-se **improcedente** a presente ação direta de inconstitucionalidade, revogada a decisão liminar.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2131618-78.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS AUTÁRQUICOS FUNDACIONAIS ATIVOS E INATIVOS DE NOVA ODESSA, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE NOVA ODESSA e PREFEITO MUNICIPAL DE NOVA ODESSA.

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 35.865)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ARANTES THEODORO, TRISTÃO

RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, ARTUR MARQUES, CAMPOS PETRONI, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 26 de outubro de 2016.

FERRAZ DE ARRUDA, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEIS COMPLEMENTARES Nº 47/16 E 48/16 DO MUNICÍPIO DE NOVA ODESSA QUE ALTERARAM ARTIGOS DAS LEIS COMPLEMENTARES Nº 43/15 E 45/15, SUPRIMINDO A EXPRESSÃO "OU PARA ATIVIDADES SINDICAIS E PARA-SINDICAIS, SEM PREJUÍZO DOS VENCIMENTOS" – OFENSA AO ART. 125, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – AÇÃO PROCEDENTE.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade contra a Lei Complementar Municipal nº 47/2016, que altera o art. 12 da Lei Complementar Municipal nº 45/2015 (Plano de Carreira Geral dos Servidores Públicos Municipais); bem como da Lei Complementar Municipal nº 48/2016, que altera o art. 26 da Lei Complementar Municipal nº 43/2015 (Plano de Carreira da Guarda Municipal).

O requerente alega, em síntese, que as normas violam o art. 125, §§ 1º e 2º, da Constituição do Estado de São Paulo, que assegura ao servidor público, eleito para ocupar cargo em sindicato de categoria, o direito de se afastar de suas funções durante o mandato, recebendo seus vencimentos e vantagens normalmente, incluindo-se este período para fins de aposentadoria especial.

Afirma que a garantia protege não apenas os trabalhadores do setor privado, mas também os servidores públicos, porque a Constituição não os discrimina. Invoca também o princípio da liberdade sindical, aplicável por meio do art. 144, da Constituição Estadual. Acrescenta que as normas também determinam que a alteração retroaja a 05 de novembro de 2015, data em que foram sancionadas as leis alteradas.

Foi concedida a medida liminar para suspender a eficácia da norma (pág. 41/42).

Acesso ao Sumário

Foram prestadas as informações (págs. 47/53 e 64/71).

A Procuradoria Geral do Estado declinou da defesa (págs. 139/142).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação.

É o relatório.

As Leis Complementares nº 47/16 e 48/16, ambas do Município de Nova Odessa, devem ser reconhecidas como inconstitucionais por suprimirem de seus textos a expressão ***"ou para atividades sindicais e para-sindicais, sem prejuízo dos vencimentos"***, em afronta ao que dispõe o artigo 125, § 1º, da Constituição do Estado, assim redigido:

> ***Artigo 125*** *– O exercício do mandato eletivo por servidor público far-se-á com observância do artigo 38 da Constituição Federal.*
>
> ***§ 1º*** *– Fica assegurado ao servidor público, eleito para ocupar cargo em sindicato de categoria, o direito de afastar-se de suas funções, durante o tempo em que durar o mandato, recebendo seus vencimentos e vantagens, nos termos da lei.*

Com efeito, o preceito constitucional estadual em apreço tem por escopo a preservação do princípio maior da representatividade sindical protegida pela Constituição Federal em seu artigo 8º, de sorte que não cabe outra interpretação a respeito que não seja no sentido de que a lei infraconstitucional que contrarie tal escopo deva ser retirada do ordenamento jurídico, como é o caso das supra referidas Leis Complementares do Município de Nova Odessa que dispõem:

> *Lei Complementar nº 47, de 24 de junho de 2016*
>
> *BENJAMIM BILL VIEIRA DE SOUZA, Prefeito do Município de Nova Odessa, Estado de São Paulo, no uso de atribuições conferidas pela Lei Orgânica, através do art. 72, Inciso II, faço saber que a Câmara Municipal aprovou e eu sanciono e promulgo a seguinte Lei:*
>
> *Art. 1º Fica alterada a redação do inciso XIV do artigo 12 da Lei Complementar nº 45, de 05 de novembro de 2015, para constar o seguinte:*
>
> *"Art. 12 (...)*
>
> *XIV – licença ou cessão a outro órgão, sem prejuízo dos vencimentos".*
>
> *Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, retroagindo seus efeitos a partir de 05 de novembro de 2015.*
>
> *Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.*
>
> *Município de Nova Odessa*
>
> *Em 24 de junho de 2016*
>
> *BENJAMIM BILL VIEIRA DE SOUZA*
>
> *Prefeito Municipal*
>
> *Lei Complementar nº 48, de 24 de junho de 2016*

Acesso ao Sumário

BENJAMIM BILL VIEIRA DE SOUZA, Prefeito do Município de Nova Odessa, Estado de São Paulo, no uso de atribuições conferidas pela Lei Orgânica, através do art. 72, Inciso II, faço saber que a Câmara Municipal aprovou e eu sanciono e promulgo a seguinte Lei:

Art. 1º Fica alterada a redação do artigo 26 da Lei Complementar nº 43, de 05 de novembro de 2015, para constar o seguinte:

"Art. 26 – Considera de efetivo exercício, para os fins desta Lei Complementar, o afastamento em virtude de licença para exercício de funções em outros órgãos"

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, retroagindo seus efeitos a partir de 05 de novembro de 2015.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

Município de Nova Odessa

Em 24 de junho de 2016

BENJAMIM BILL VIEIRA DE SOUZA

Prefeito Municipal

É de observar que a norma do § 1º, do artigo 125, da CE, é clara ao se referir à condição de "servidor público", gênero do qual pertence a espécie funcional "empregado público", de maneira que não cabe a distinção pretendida no sentido de que o benefício constitucional não se aplica aos servidores públicos celetistas, sendo certo que não se há de discutir no presente feito a vigência e eficácia do disposto na norma constitucional estadual invocada já que não se confere aos Tribunais de Justiça estaduais a competência para o enfrentamento, no caso, de eventual oposição desta norma com eventual princípio a respeito do direito sindical adotado pela Constituição Federal.

A jurisprudência colhida pelo ilustre Subprocurador Geral de Justiça em judicioso parecer demonstra que a questão se encontra pacificada neste Órgão Especial (págs. 147/149).

Em tais condições, hei por bem julgar procedente a presente ação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2068086-33.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autora ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SHOPPING CENTERS – ABRASCE, são réus GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO e PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "AFASTARAM A PRELIMINAR E JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE O ADV. DR. SÉRGIO VIEIRA MIRANDA DA SILVA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.665 (OE))**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, ARTUR MARQUES, CAMPOS PETRONI, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA e ARANTES THEODORO.

São Paulo, 26 de outubro de 2016.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Estadual nº 16.127, de 04 de fevereiro de 2016, que "estabelece normas de mensuração de tarifas e visibilidade das formas de pagamento em estacionamentos de veículos e dá outras providências". Ilegitimidade ativa. Atendimento dos requisitos do art. 90, V, da Constituição do Estado de São Paulo. Associação requerente que, por estar legitimada para propor ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, também poderá fazê-lo no âmbito deste Tribunal de Justiça. Precedentes jurisprudenciais do Órgão Especial. Interesse jurídico na causa e representatividade una. Requerente que representa os interesses dos empreendedores, investidores e gestores de shopping centers, que, no mais das vezes, disponibilizam serviço de estacionamento aos seus usuários. Preliminar afastada. Inconstitucionalidade da norma. Invasão da competência privativa da União para legislar sobre Direito Civil. Lei que restringe o direito de propriedade e intervém no domínio econômico. Afronta ao artigo 1º, da Constituição Estadual, e

Acesso ao Sumário

aos artigos 22, I, e 25, § 1º, ambos da Constituição Federal. Inconstitucionalidade da lei reconhecida. Ação procedente.

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SHOPPING CENTERS – ABRASCE, visando à declaração da inconstitucionalidade da Lei nº 16.127, de 04 de fevereiro de 2016, do Estado de São Paulo, que ***"estabelece normas de mensuração de tarifas e visibilidade das formas de pagamento em estacionamentos de veículos e dá outras providências"***.

Aduz a requerente que a norma impugnada, ao obrigar os estabelecimentos comerciais a cobrarem de forma fracionada pela prestação do serviço de estacionamento de veículos, por meio de relógios visíveis aos consumidores nas portarias de entrada e saída, utilizando, para tanto, a fração ideal de tempo de quinze minutos de permanência, de acordo com preços indicados em placas informativas fixadas nos respectivos locais, sob pena das sanções legais, incorre em vícios de inconstitucionalidade, formal e material, mais especificamente, invasão da competência da União para legislar sobre Direito Civil, não tratando a lei questionada de matéria de Direito de Defesa do Consumidor; transgressão do direito de propriedade, a partir da imposição de cobrança fracionária ao proprietário do espaço que explora o serviço de estacionamento; afronta à livre iniciativa e à livre concorrência; lesão a direito adquirido, com indevida intervenção estadual no domínio econômico, posto que os *shoppings centers* associados dispõem de estacionamentos com licenças de funcionamento, sendo muitos deles explorados por terceiros, a partir de contratos celebrados sob a lógica de liberdade para o desempenho da atividade econômica. Argumenta, por fim, que a norma atacada é prejudicial ao usuário de estacionamento.

A liminar foi concedida para suspensão da eficácia da lei (fls. 323/324) e, contra a decisão, a Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo interpôs agravo regimental (fls. 460/481), ao qual foi negado provimento, por votação unânime (fls. 548/552).

O Governador do Estado de São Paulo prestou informações, sustentando ser constitucional a norma impugnada (fls. 350/353).

O Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, em sua manifestação, argumentou com a ilegitimidade da requerente para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade em face de lei estadual, por se tratar de associação de âmbito nacional e sem representatividade uniforme. No mérito, pugnou pela improcedência da pretensão (fls. 355/389).

O Procurador Geral do Estado defendeu a constitucionalidade da lei (fls.

Acesso ao Sumário

446/456).

A douta Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer opinando pela procedência da ação (fls. 558/567).

É o relatório.

De plano, é de se afastar a alegação preliminar de ilegitimidade ativa da "Associação Brasileira de Shopping Centers" – ABRASCE.

A Constituição do Estado de São Paulo, em seu artigo 90, inciso V, estabelece dois critérios para que se configure a legitimidade de entidades de classe para o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade em face de norma estadual ou municipal, quais sejam: que a entidade detenha atuação estadual ou municipal, devendo ser demonstrado, ainda, seu interesse jurídico no caso.

Na hipótese, a atuação da autora se dá em todo território nacional, diretamente ou por intermédio de seus coordenadores estaduais, nomeados pelo Diretor Presidente. É o que estabelecem o artigo 1º e parágrafos do seu estatuto social (fls. 37/52).

Assim, atende ela ao primeiro requisito de legitimidade ativa em sede de ação direta de constitucionalidade. Como bem destacou a Procuradoria Geral de Justiça em sua manifestação, este Colendo Órgão Especial possui entendimento jurisprudencial reiterado no sentido de que a associação de classe legitimada para propositura de demandas dessa natureza perante o Supremo Tribunal Federal deterá igual legitimidade para postular, em controle direto, a inconstitucionalidade de normas estaduais e municipais nos respectivos tribunais estaduais:

> ***AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Preliminar de ilegitimidade ativa da Associação Nacional de Restaurantes, suscitada pela Procuradoria Geral de Justiça. Dispondo de legitimidade ativa para propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Colendo Supremo Tribunal Federal, à requerente não se pode negar a mesma legitimidade no âmbito estadual Preliminar afastada. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Lei nº 5.537/2013, do Município de Americana, que "dispõe sobre a obrigatoriedade de concessão de desconto e/ou meia porção para pessoas que realizaram cirurgias bariátricas ou qualquer outra gastroplastia em restaurantes que menciona e dá outras providências". Lei que não trata de nenhuma das matérias de iniciativa legislativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, não invade a esfera administrativa e não viola o princípio da separação de poderes. Inconstitucionalidade inocorrente, no pormenor. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Lei, todavia, de caráter geral, que regula o comércio e estabelece normas com o fim de proteger ou favorecer determinados consumidores, preenchidas as condições***

Acesso ao Sumário

que estabelece. Consumidores, ademais, que por suas condições, não são encontráveis apenas no município em questão, senão em todo o território nacional. Diploma que, nesse passo, regula matéria de exclusiva competência da União (art. 144 da C.F., c.c. arts. 29 e 22, I), extrapolando a permissão constitucional de dispor sobre questão de interesse local, complementarmente às normas federais (art. 30, I e II, da C.F.), e afronta os princípios gerais da atividade econômica e da livre iniciativa (arts. 170, caput, e inc. IV, da C.F., c.c. 144 da C.E.). Ação julgada procedente. (ADI nº 2042147-22.2014.8.26.0000 – São Paulo, TJSP, Órgão Especial, Desembargador Relator João Carlos Saletti, j. 04/02/2015).

No mesmo sentido: ADI nº 2022224-73.2015.8.26.0000 – São Paulo, Relator Desembargador Neves Amorim, j. 01/07/2015; e ADI nº 0266440-77.2012.8.26.0000 – São Paulo, Relator Desembargador Cauduro Padin, j. 31/07/2013.

Importante destacar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar ação direta de constitucionalidade ajuizada pela associação requerente, reconheceu, à época, sua legitimidade para propositura da demanda (ADI 49 MC/DF, STF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Paulo Brossard, j. 31/05/1989).

Quanto ao interesse jurídico, este se observa em relação à pertinência temática de atuação da entidade de classe e à matéria objeto da norma impugnada.

O constitucionalista Alexandre de Moraes, ao tratar das pessoas e autoridades legitimadas à propositura de ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal – em raciocínio igualmente aplicável a demandas dessa espécie propostas perante os tribunais estaduais –, assevera: ***"Para alguns dos legitimados do art. 103 da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal exige a presença da chamada pertinência temática, definida como requisito objetivo da relação de pertinência entre a defesa do interesse específico do legitimado e o objeto da própria ação. Assim, enquanto se presume de forma absoluta a pertinência temática para o Presidente da República, Mesa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, Procurador-Geral da República, Partido Político com representação no Congresso Nacional e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em face de suas próprias atribuições institucionais, no que se denomina de legitimação ativa universal, exige-se a prova da pertinência por parte da Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, do Governador do Estado ou do Distrito Federal, das confederações sindicais ou entidades de âmbito nacional"***[1].

Consoante seu estatuto social, a requerente representa ***"os interesses dos empreendedores, investidores e gestores de shopping centers"*** (art. 1º), podendo, para tanto, promover medidas judiciais na defesa dos interesses

1 *Direito Constitucional*, 27ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, pp. 768/769.

Acesso ao Sumário

de seus associados, inclusive, ***"ação direta de constitucionalidade em face de leis ou atos normativos federais, estaduais e distritais contrários à Constituição Federal; representação de inconstitucionalidade em face de normas estaduais, municipais ou distritais contrárias, respectivamente, às Constituições Estaduais ou à Lei Orgânica do Distrito Federal (...)"*** (art. 2º, *b*).

Uma vez que a Lei nº 16.127, de 04 de fevereiro de 2016, estabelece sistemática de cobrança fracionária pelos estacionamentos no Estado de São Paulo, é do interesse da autora a propositura desta demanda, na qualidade de representante de agentes econômicos que exploram a atividade de *shoppings centers*, os quais, como sabido, disponibilizam a seus visitantes serviço de estacionamento de veículos automotores.

Não prospera, ainda, o argumento do Presidente da Assembleia Legislativa de que a associação requerente seria parte ilegítima para propor esta demanda, em razão de suposta representatividade híbrida. Na verdade, ela representa os interesses dos agentes econômicos (empreendedores, investidores e gestores) que, direta ou indiretamente, exploram a atividade de *shopping centers*.

Este Órgão Especial, aliás, já reconheceu a legitimidade ativa da autora para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade em face de lei que trata de assunto de interesse de seus membros associados:

> ***AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SHOPPING CENTERS – ABRASCE – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DA LEGITIMAÇÃO ESPECIAL – ART. 90, V, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO – REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA – OBJETIVO INSTITUCIONAL UNO – PERTINÊNCIA TEMÁTICA – PRELIMINAR AFASTADA. "A associação requerente detém a legitimidade ativa especial de que trata o art. 90, V, da Constituição do Estado de São Paulo, pois preenche os requisitos objetivos, quais sejam: a) representatividade adequada: todos os membros são empreendedores, investidores e gestores de shoppings associados; b) objetivo institucional classista uno, uma vez que a entidade se presta, basicamente, à promoção e defesa dos interesses do setor de shopping centers; e, c) pertinência temática, na medida em que a norma objurgada confere isenção ao pagamento de tarifa de estacionamento aos proprietários e funcionários de estabelecimentos comerciais no âmbito dos shopping centers daquele município".*** (ADI 9031102-72.2009.8.26.0000 – São Paulo, TJSP, Órgão Especial, Relator Desembargador Artur Marques – j. 04/08/2010).

Desse modo, afasta-se a preliminar suscitada, reconhecendo-se, portanto, a legitimidade ativa da requerente.

Acesso ao Sumário

Em relação ao mérito, a presente ação tem por objetivo a retirada do ordenamento jurídico de norma que, em tese, foi elaborada com infringência às disposições constitucionais.

A Lei Estadual nº 16.127, de 04 de fevereiro de 2016, assim dispõe:

"Artigo 1º – Ficam obrigados os estabelecimentos comerciais que exploram serviço de estacionamento de veículos a cobrar de forma fracionada e a manter relógios visíveis ao consumidor na portaria de entrada e de saída.

Artigo 2º – O descompasso entre os respectivos cronômetros isenta o consumidor de quaisquer pagamentos.

Artigo 3º – Os estabelecimentos comerciais referidos no artigo 1º terão que usar como medidas fracionadas, para fins de cobrança, o tempo de 15 (quinze) minutos.

Parágrafo único – O valor cobrado na fração inicial – primeiros 15 (quinze) minutos – será o mesmo nas frações subsequentes e, obrigatoriamente, representará parcela aritmética proporcional ao custo da hora integral.

Artigo 4º – Os estabelecimentos comerciais de que trata o artigo 1º são obrigados a afixar placa, com dimensão de, no mínimo, um metro quadrado, em local próximo à entrada, com valores devidos por permanência de 15 (quinze) minutos, 30 (trinta) minutos, 45 (quarenta e cinco) minutos e uma hora, e deverão constar também as formas de pagamentos.

Parágrafo único – Estas placas deverão ser padronizadas da forma especificada no Anexo desta lei.

Artigo 5º – O descumprimento do disposto nesta lei sujeitará o infrator às seguintes penalidades:

I – advertência;

II – multa;

III – duplicação do valor da multa, em caso de reincidência.

Artigo 6º – O Poder Executivo regulamentará esta lei no prazo de sessenta dias a contar da data de sua publicação.

Artigo 7º – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação".

E assiste razão à requerente ao argumentar que o legislador estadual, no caso da norma impugnada, avançou indevidamente sobre a competência privativa da União para legislar sobre Direito Civil.

A Constituição Federal estabelece, em seu artigo 22, inciso I:

"Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutica, espacial e do trabalho".

Já seu artigo 25, § 1º, prevê textualmente:

Acesso ao Sumário

"Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição".

No mesmo sentido, é o artigo 1º, da Constituição Estadual, ao prever que o Estado de São Paulo ***"exerce as competências que não lhe são vedadas pela Constituição Federal"***.

A Lei Estadual apresenta indiscutível vício de inconstitucionalidade. Isso porque, ao definir a forma e a sistemática de cobrança dos preços dos estacionamentos atuantes no Estado de São Paulo (em frações equivalentes a períodos de quinze minutos de permanência), a norma dispôs sobre questão atinente ao direito de propriedade, influenciando a ordem econômica diretamente.

Cabe aos Estados-membros fiscalizar os estabelecimentos comerciais atuantes dentro de suas fronteiras, no exercício pleno do poder de polícia. Muito diferente, contudo, é a função de legislar sobre Direito Civil, mais especificamente em relação ao direito de propriedade e domínio econômico, o que, como sabido, é de competência privativa da União.

É evidente a restrição ao exercício de propriedade, com intervenção no domínio econômico, posto que a Lei Estadual nº 16.127/2016 determina que os agentes econômicos, exploradores da atividade de estacionamento de veículos automotores, deverão praticar preços de acordo com a sistemática prevista, ou seja, obrigando esses estabelecimentos comerciais a desempenhar sua atividade econômica de acordo com o *modus operandi* determinado em lei.

O professor José Afonso da Silva da Silva ensina que ***"no setor econômico, cabe à União: (...) intervir (sem exclusividade) no domínio econômico (...). Toda a matéria de competência da União é suscetível de regulamentação mediante lei (ressalvado o disposto nos arts. 29, 51 e 52), conforme dispõe o art. 48 da Constituição. Mas os arts. 22 e 24 especificam seu campo de competência legislativa, que consideraremos em dois grupos: a privativa e a concorrente: (A) Competência legislativa privativa sobre: (...) (2) Direito material não administrativo: civil, comercial (incluindo comércio exterior e interestadual, e propaganda comercial), penal, político-eleitoral, incluindo nacionalidade, cidadania e naturalização, agrário, marítimo, aeronáutico, especial e do trabalho; populações indígenas, condições para o exercício de profissões; seguridade social"***[2].

É uníssono o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que esse tipo de lei avança indevidamente sobre a competência legislativa privativa da União, relativamente a normas de Direito Civil:

"DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE DA EXPRESSÃO "OU PARTICULARES"

2 *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 36ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 502 e 504/505.

Acesso ao Sumário

CONSTANTE DO ART. 1º DA LEI Nº 2.702, DE 04/04/2001, DO DISTRITO FEDERAL, DESTE TEOR: "FICA PROIBIDA A COBRANÇA, SOB QUALQUER PRETEXTO, PELA UTILIZAÇÃO DE ESTACIONAMENTO DE VEÍCULOS EM ÁREAS PERTENCENTES A INSTITUIÇÕES DE ENSINO FUNDAMENTAL, MÉDIO E SUPERIOR, PÚBLICAS OU PARTICULARES". ALEGAÇÃO DE QUE SUA INCLUSÃO, NO TEXTO, IMPLICA VIOLAÇÃO ÀS NORMAS DOS ARTIGOS 22, I, 5º, XXII, XXIV e LIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. QUESTÃO PRELIMINAR SUSCITADA PELA CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL: a) DE DESCABIMENTO DA ADI, POR TER CARÁTER MUNICIPAL A LEI EM QUESTÃO; b) DE ILEGITIMIDADE PASSIVA "AD CAUSAM". 1. Não procede a preliminar de descabimento da ADI sob a alegação de ter o ato normativo impugnado natureza de direito municipal. Argüição idêntica já foi repelida por esta Corte, na ADIMC nº 1.472-2, e na qual se impugnava o art. 1º da Lei Distrital nº 1.094, de 31 de maio de 1996. 2. Não colhe, igualmente, a alegação de ilegitimidade passiva "ad causam", pois a Câmara Distrital, como órgão, de que emanou o ato normativo impugnado, deve prestar informações no processo da A.D.I., nos termos dos artigos 6° e 10 da Lei n° 9.868, de 10.11.1999. 3. Não compete ao Distrito Federal, mas, sim, à União legislar sobre Direito Civil, como, por exemplo, cobrança de preço de estacionamento de veículos em áreas pertencentes a instituições particulares de ensino fundamental, médio e superior, matéria que envolve, também, direito decorrente de propriedade. 4. Ação Direta julgada procedente, com a declaração de inconstitucionalidade da expressão "ou particulares", contida no art. 1° da Lei n° 2.702, de 04.4.2001, do Distrito Federal". (ADI 2448 – DF, STF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Sydney Sanches, j. 23/04/2003).

Em recente julgado, assim decidiu o Supremo Tribunal Federal:

"COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO – DIREITO CIVIL – ESTACIONAMENTO – SHOPPING CENTER – HIPERMERCADOS – GRATUIDADE LEI Nº 4.541/2005, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – PRECEDENTES. Invade competência legislativa da União, prevista no artigo 22, inciso I, da Carta da República, norma estadual que veda a cobrança por serviço de estacionamento em locais privados. Precedentes: Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.472/DF, relator ministro Ilmar Galvão, nº 2.448/DF, relator ministro Sydney Sanches, e nº 1.623/RJ, relator ministro Joaquim Barbosa". (Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 730.856-RJ, STF 1ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 13/05/2014).

No mesmo sentido: ADI 1918/ES, STF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Maurício Corrêa, j. 23/08/2001; ADI 1623/RJ, STF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Joaquim Barbosa, j. 17/03/2011; e ADI 1472/DF, STF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ilmar Galvão, j. 05/09/2002.

Acesso ao Sumário

Este Órgão Especial, em casos análogos, assim já se posicionou:

"Arguição de inconstitucionalidade, suscitada pela 13ª Câmara de Direito Público, em mandado de segurança impetrado contra ato emanado a partir da Lei nº 2.615/12, do município de Embu das Artes, que proíbe a cobrança pelo uso de estacionamentos em estabelecimentos comercias. 1. Dispositivo legal que atinge diretamente o direito de propriedade, matéria de direito civil. 2. Invade competência legislativa da União, prevista no artigo 22, I, da Carta da República, norma estadual ou municipal que veda a cobrança por serviço de estacionamento em locais privados. Precedentes do STF. 3. Arguição acolhida, para o fim de declarar a inconstitucionalidade da Lei 2.615/12, do município de Embu das Artes". (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0045648-18.2014.8.26.0000 – Embu das Artes, São Paulo, TJSP, Relator Desembargador Vanderci Álvares, j. 06/08/2014).

"DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – Leis do Município de Mauá n°s 3.774/05 e 3.473/2002, que dispõem sobre a cobrança em estacionamentos de veículos para clientes de estabelecimentos comerciais, bancos e 'Shoppings Centers' – USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO (art. 22, inciso I, CF), para legislar sobre direito civil, ofensa ao direito de propriedade (art. 5º, inc. XXII, CF) e aos princípios da livre iniciativa e concorrência (art. 170, da CF) – INCONSTITUCIONALIDADE – EXISTÊNCIA – Jurisprudência pacífica – Acolhe-se a arguição de inconstitucionalidade" (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0040906-18.2012.8.26.0000 – Mauá, TJSP, Órgão Especial, Desembargador Relator Xavier de Aquino, j. 12/02/2014).

Não restam dúvidas, portanto, acerca da inconstitucionalidade da lei estadual ora impugnada, por invasão da competência da União para legislar sobre Direito Civil, ao estabelecer sistemática de cobrança fracionada, de acordo com os valores constantes em placas fixadas nos estabelecimentos comerciais, determinando, ainda, a utilização de relógios medidores do tempo de permanência nos estacionamentos.

Acesso ao Sumário

Referido vício se dá em relação às disposições da Constituição Federal, artigos 22, inciso I, e 25, § 1º, como também às da Constituição Bandeirante, cujo artigo 1º estabelece que caberá ao Estado de São Paulo exercer as competências não vedadas na Constituição Federal. E, como dito, o Texto Maior prevê como competência exclusiva da União legislar sobre Direito Civil.

Consequentemente, não se está diante de competência concorrente do Estado-membro para legislar sobre produção e consumo (art. 24, V, CF). Como destacado pelo Ilustre Ministro Maurício Corrêa, no voto condutor do julgamento da ADI 1.918-1 – Espírito Santo, cujo objeto foi a Lei do Estado

do Espírito Santo nº 4.711/92, que limitava o valor das quantias cobradas por estacionamentos de veículos automotores, ***"não há dúvida de que a lei estadual invadiu a competência exclusiva da União para legislar sobre direito civil (CF, artigo 22, I). Com efeito, não assiste razão ao Estado do Espírito Santo ao sustentar que se trata de matéria de sua competência, relacionada com a defesa do consumidor (fls. 133), tendo em vista que a hipótese se enquadra claramente no rol daquelas em que se dá a intervenção do Poder Público na propriedade privada e na ordem econômica, questões a serem disciplinadas exclusivamente pela União (CF, artigos 22, II e III, e 173). Se, por um lado, há reconhecer-se a competência concorrente dos três níveis de governo para editar normas administrativas e as medidas regulamentares que visem ao bom uso das atividades econômicas, por outro, não se pode esquecer que essas normas decorrem do poder de polícia, para a regulamentação das atividades realizadas nos territórios dos Estados-membros e dos Municípios, que têm o dever de fiscalizá-las. Enquanto a União regula o direito de propriedade e estabelece as regras substantivas de intervenção no domínio econômico, os outros níveis de governo – o estadual e o municipal – apenas exercem o policiamento administrativo do uso da propriedade e da atividade econômica dos particulares, tendo em vista, sempre as normas substantivas editadas pela União"***.

Nestes termos, julga-se procedente a ação, declarando-se a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 16.127, de 04 de fevereiro de 2016, por infringência dos artigos 1º, da Constituição do Estado de São Paulo, e 22, inciso I, e 25, § 1º, da Constituição Federal, oficiando-se à Assembleia Legislativa Estadual e ao Governador do Estado para as providências cabíveis, tudo nos termos do v. acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2126825-96.2016.8.26.0000, 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 GUARULHOS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "AFASTARAM A PRELIMINAR E JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.874)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SALLES ROSSI,

Acesso ao Sumário

RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, ARTUR MARQUES, ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 9 de novembro de 2016.

FERRAZ DE ARRUDA, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – EMENDA Nº 39, DE 11 DE NOVEMBRO DE 2014, À LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE GUARULHOS ELEVANDO O NÚMERO DE VEREADORES QUE COMPÕEM A CÂMARA MUNICIPAL COM FUNDAMENTO EM PROJEÇÃO DA DENSIDADE DEMOGRÁFICA DISSOCIADA DE DADOS OFICIAIS – REDAÇÃO DO ARTIGO 29, IV E ALÍNEAS, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL QUE NÃO FACULTA TAMANHA DISCRICIONARIEDADE PARA AFERIÇÃO DA DENSIDADE DEMOGRÁFICA MUNICIPAL QUE AUTORIZE A UTILIZAÇÃO DE CÁLCULOS PARTICULARES DESARRAZOADOS E DESPROVIDOS DE OFICIALIDADE – SUBTRAIR A OFICIALIDADE DOS CÁLCULOS SIGNIFICA DAR OPORTUNIDADE PARA DISTORÇÕES DENTRO DA ATIVIDADE LEGISLATIVA, EM VERDADEIRO EXCESSO DO PODER DE LEGISLAR – DADOS DO IBGE QUE ESTIMAM DENSIDADE DEMOGRÁFICA INFERIOR À APONTADA PELO LEGISLADOR MUNICIPAL – INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA – AÇÃO PROCEDENTE.

Acesso ao Sumário

VOTO:

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo em face da Emenda nº 39, de 11 de novembro de 2014, à Lei Orgânica do Município de Guarulhos, que alterou o art. 10, § 1º, I, para elevar de 34 para 37 o número de Vereadores que compõem a Câmara Municipal.

O autor alega, em síntese, violação ao art. 144 da Constituição Estadual, bem como, à regra da proporcionalidade na fixação do número de vereadores, uma vez que o cálculo da Câmara Municipal se projetou em estimativa e não em número oficial.

Foi concedida a liminar a fim de suspender a eficácia da norma (págs. 198/199).

A Câmara Municipal prestou informações (págs. 210/218), alegando, preliminarmente inadequação da via eleita pela inexistência de confronto com a Constituição Estadual.

A Procuradoria Geral do Estado declinou da defesa (págs. 268/269).

Foi interposto recurso de agravo contra a concessão de liminar que restou desprovido consoante v. acórdão às págs. 344/347.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação.

É o relatório.

A preliminar arguida pela Câmara Municipal não merece acolhida.

O art. 144 da Constituição Estadual, utilizado pela Procuradoria Geral de Justiça para contestar a constitucionalidade da norma é denominada "norma de caráter remissivo", pois faz remissão expressa à Constituição Federal ao prever que *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*. Com a remissão, o Estado confere parametricidade às normas da Carta Magna, viabilizando o confronto para os fins a que se refere o art. 125, § 2º, da Constituição Federal. Este é o entendimento do Supremo Tribunal Federal que pode ser observado nos precedentes: Rcl 2462, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 6.5.2014; ADPF 100-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 18.12.2008; Rcl. 4.432, Rel. Min. Gilmar Mendes, Dj 10.10.2006; Rcl 383, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, DJe 21.5.1993; Rcl 337, Rel. Min. Paulo Brossard, Pleno, DJe 19.12.1994; Rcl 2076, Rel. Min. Ilmar Galvão, Pleno, DJe 8.11.2002; Rcl 15826, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 29.10.2003; Rcl 16862, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 19.12.2013; Rcl 16640, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 20.11.2013; Rcl-AgR 12653, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJe 11.10.2012; Rcl 10500, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJe 26.10.2010; e Rcl 2462, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJe 06.05.2014.

Com efeito, é plenamente possível o exame da constitucionalidade da norma em confronto ao art. 29, IV, da Carta Magna.

Passo ao exame do mérito.

A Emenda nº 39, de 11 de novembro de 2014, à Lei Orgânica do Município de Guarulhos, alterou a redação do art. 10, § 1º, I, para elevar de 34

Acesso ao Sumário

para 37 o número de vereadores da Câmara Municipal. A justificativa do projeto de lei (pág. 28) considerou que o censo do IBGE no ano de 2010 apresentou o número de 1.221.979 habitantes e a estimativa para o ano de 2014 de 1.312.000, aproximadamente. Com base em tais informações, desprovida de qualquer dado oficial, foi estimada a população de 1.357.000 habitantes para o ano de 2016. Assim, foi proposta a alteração legislativa a fim de elevar o número de vereadores, que de plano foi aprovada.

Entendo ser despropositada a alteração porque a projeção da densidade demográfica é desprovida de dados oficiais do IBGE.

A Constituição Federal em seu artigo 29 e incisos preveem que para a composição das Câmaras Municipais, será observado o limite máximo de habitantes.

A primeira redação do art. 29, IV, da CF, que foi alterada pela Emenda Constitucional nº 58/2009 determinava que o número de Vereadores deveria ser proporcional à população do Município, observados os seguintes limites: a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes; b) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes; c) mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes.

Tal redação tornava sem sentido a regra da proporcionalidade, uma vez que as Câmaras Municipais estipulavam aleatoriamente o número de vereadores. A questão foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal em 2004, no julgamento do RE 197.917, sob a relatoria do Min. Maurício Correa, que concluiu que a falta de parâmetro matemático rígido implicava em ofensa à isonomia, pois o mínimo e máximo do número de habitantes proporcionava às Casas Legislativas certa discricionariedade incompatível com os postulados de moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos, traduzido em verdadeiro excesso de poder de legislar.

Naquela decisão, foi elaborada uma tabela que vigou até o surgimento da Emenda Constitucional nº 58/2009 que trouxe a atual redação do inciso IV, do art. 29.

Acesso ao Sumário

Ora, a redação atual não faculta e nem poderia facultar tamanha discricionariedade para aferição da densidade demográfica municipal que autorize a utilização de cálculos particulares desarrazoados e desprovidos de oficialidade. Subtrair a oficialidade dos cálculos demográficos significa dar oportunidade para distorções dentro da atividade legislativa, em verdadeiro excesso do poder de legislar, mitigando todo o esforço feito, tanto pelo STF quanto pelo legislador, para impedir abusos e impor o respeito à regra da representatividade e proporcionalidade. A justificativa legislativa para a

emenda à Lei Orgânica Municipal configura verdadeira burla aos preceitos constitucionais.

Nesse sentido, oportuna a afirmação do Ministro Maurício Corrêa no julgamento do RE 197.917/SP:

> *(...) somente a Lei Orgânica do Município deverá fixar o número de integrantes de suas Câmaras Legislativas,* ***ajustando o número de Vereadores à população****. Se inobservados, porém, os parâmetros constitucionais, o Poder Judiciário provocado pode e deve dizer sobre a conformação da respectiva norma local com a Constituição. No dizer do professor Diógenes Gasparini, "****o número de Vereadores desproporcional à população é inconstitucional*** *e, como tal, pode ser atacado judicialmente" (...).* (grifo nosso)

Destarte, considerando a nota técnica do IBGE (pág. 69) estimou em 1.324.781 de habitantes a população do Município de Guarulhos no ano de 2015, o aumento do número de cadeiras para 37, desobedece a Constituição Federal, sendo certo que tal estimativa enquadra-se na alínea "n" que prevê o número de *35 (trinta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.200.000 (um milhão e duzentos mil) habitantes e de até 1.350.000 (um milhão e trezentos e cinquenta mil) habitantes*.

Pelo exposto, julgo procedente a ação para declarar inconstitucional a Emenda nº 39, de 11 de novembro de 2014, à Lei Orgânica do Município de Guarulhos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2140218-88.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE TIETÊ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE TIETÊ.

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 27991)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, RICARDO NEGRÃO, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI,

Acesso ao Sumário

CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 30 de novembro de 2016.

ÁLVARO PASSOS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Pretensão que envolve parte dos arts. 1º das Leis nº 3.463/2014 e 3.483/2014 do município de Tietê, cujo texto legal, que versa sobre viabilização de operações de crédito para a realização de obras de infraestrutura com melhora das malhas viárias, foi objeto de emenda legislativa com a inserção de exigência de cobrança de contribuição de melhoria dos proprietários dos imóveis das regiões – Inconstitucionalidade configurada por criar regras específicas que interferem na gestão administrativa com estabelecimento de prática de ato administrativo vinculado à cobrança de tributo – Matéria que se encontra dentro da reserva da administração que pertence ao Poder Executivo, cuja respectiva competência para legislar é exclusiva – Observância, ademais, das características da espécie tributária – Objeto inserido na atividade típica da Administração Pública – Ofensa ao princípio da separação de poderes – Ação procedente.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Tietê, impugnando o acréscimo de texto feito por emenda pela Câmara Municipal aos arts. 1º das Leis nº 3.463/2014 e 3.483/2014, que, respectivamente, *"autoriza o Município de Tietê a contratar com a Desenvolve SP – Agência de Fomento do Estado de São Paulo, operações de crédito com outorga de garantia e dá outras providências"* e *"autoriza o Poder Executivo a contratar financiamento com a Caixa Econômica Federal – Caixa, a oferecer garantias, e dá outras providências"*.

Acesso ao Sumário

Em apertada síntese, sustenta que a norma é inconstitucional por invadir a competência de iniciativa legislativa do Poder Executivo, ofendendo a separação de poderes e impondo-lhe encargos dentro de sua atividade administrativa com

a obrigatoriedade de criação e cobrança de contribuição de melhoria, bem como descaracterizando a finalidade da lei.

A douta Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, pelas razões lançadas às fls. 65/67, entendendo se tratar de matéria exclusivamente local, manifestou-se pelo desinteresse em apresentar defesa do ato impugnado.

Por seu turno, a Câmara Municipal, nas informações de fls. 74/81, sustentou a não configuração de invasão de competências e o regular processo legislativo do texto objeto da ação, não tendo criado nenhuma espécie tributária, já que a contribuição de melhoria já existe no ordenamento jurídico.

Finalmente, a douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fls. 93/104, opinou pela procedência da ação.

É o relatório.

É cediço que a Constituição Federal estabelece o princípio de separação dos poderes, pelo sistema de freios e contrapesos, dividindo as três funções do Estado (Executiva, Legislativa e Judiciária), os quais são independentes e harmônicos entre si (art. 2º, CF). Esta regra, além de ter sido erguida à categoria de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, III, CF), deve ser aplicada tanto pelo texto da CF quanto, pelo princípio da simetria, nos âmbitos estadual e municipal, devendo ser atendidas as normas que assentam as competências e os limites de atuação de cada um nas esferas federal, estadual e municipal. Ao Poder Executivo, em síntese, compete exercer a administração pública, inclusive por meio de edição de leis nos contornos constitucionais e legais.

Na Constituição Estadual, verifica-se a repetição do princípio em seu art. 5º, enquanto parte das regras do Poder Executivo se encontra no art. 47, dentro de sua função de gestão administrativa de bens públicos (Administração Pública). O chefe do Executivo, assim, além do encargo de exercer especificamente as funções de administração, possui a competência legislativa privativa acerca das respectivas leis.

Os textos legais objeto desta lide versam sobre viabilização de operações de crédito para a realização de obras de infraestrutura com melhora nas malhas viárias, tendo sido objeto de emenda pela Câmara Municipal com o acréscimo de imposição de contribuição de melhoria aos munícipes em decorrência de tais obras.

Dentro das regras constitucionais, estabelecidas na Constituição Federal e, por simetria, também na Constituição Estadual (art. 144), na divisão das competências entre os três poderes do Estado, o Poder Legislativo possui como função típica a elaboração de normas jurídicas gerais e abstratas. Enquanto o Poder Executivo atua tipicamente na gestão administrativa e na edição de suas respectivas leis específicas. Não se trata de hierarquia entre eles e sim incumbências distintas dentro da organização administrativa do Estado.

Acesso ao Sumário

Em tese, não haveria configuração de vício apenas pela apresentação de emenda ao projeto de lei apresentado pelo Poder Executivo municipal, na medida em que tal atividade se encontra no exercício da atividade legislativa, desde que não fuja ou extrapole a matéria do projeto.

Entretanto, a inconstitucionalidade da norma está presente, porquanto, conforme será explanado, as emendas objeto desta lide fugiram à pertinência temática do projeto de lei e criaram situação que afeta a forma da prestação do serviço da Administração Pública com vinculação ao pagamento de tributo.

Dispõe o art. 47, em seus incisos II, XI, XIV e XIX, da Constituição do Estado de São Paulo, que compete privativamente ao Governador exercer a direção da administração e iniciar o processo legislativo das respectivas leis. O que deve ser obedecido também em âmbito municipal.

Desse modo, considerando que o texto normativo em questão traz matéria típica de gestão administrativa, porquanto cria exigências dentro de um ato administrativo, certo está o vício na iniciativa do Legislativo nas aludidas emendas.

Não obstante não haja uma distribuição específica de iniciativa sobre a matéria tributária em abstrato no que diz respeito aos respectivos poderes do ente federado competente para determinado tributo, o fato é que a hipótese vertente está ligada não apenas à instituição ou não de um tributo e sim a uma criação de sua cobrança ligada a uma atividade estatal que cabe exclusivamente ao Poder Executivo, o que inclui a efetiva prática dos atos administrativos e também a iniciativa das respectivas normas.

Com efeito, a finalidade da lei de iniciativa do Poder Executivo foi a de estabelecer formas de custeio para a realização de um ato administrativo consistente em obras de infraestrutura e de vias urbanas, de modo que o acréscimo feito pelo Poder Legislativo na emenda com a previsão de custeio pelos munícipes foge ao objeto do texto legal e impõe uma forma distinta de prestação de serviço pelo Poder Executivo, que terá de vincular sua atividade à cobrança de um tributo, o que fere a separação de poderes.

Acesso ao Sumário

Ademais, ainda que assim não fosse, oportuno consignar que a cobrança da contribuição de melhoria, prevista também no art. 160, III, da Constituição do Estado de São Paulo, não é instituída tão somente pela existência de qualquer obra pública perto de imóveis de titularidade dos munícipes, mas quando esta resultar em comprovada valorização da propriedade.

Como bem observou a douta Procuradoria Geral de Justiça: "é justamente o inverso do que se pretendeu o parlamentar ao apresentar a emenda aditiva que resultou na redação dos arts. 1º das Leis nº 3.463/2014 e 3.483/2014, ou seja, a repartição dos custos decorrentes das obras de infraestrutura pelos imóveis beneficiados. Há de se ponderar que a pavimentação de um (sic) via pública ou

sua melhoria não beneficia apenas os imóveis lindeiros, mas toda a coletividade que por ele transita. Assim, o fato gerador da contribuição de melhoria não pode se afastar da mais valia experimentada pelo imóvel adjacente a uma obra pública".

Diante do acima explanado, forçoso reconhecer a violação das normas constitucionais, configurando o vício de inconstitucionalidade formal, atingindo a separação de poderes, na espécie de vício de iniciativa com interferência na gestão administrativa dos bens públicos, que é atividade típica do Poder Executivo, tendo em vista que não observado o processo legislativo para a criação do ato normativo.

Destarte, fica declarada a inconstitucionalidade de parte do texto dos arts. 1º das Leis nº 3.463/2014 e 3.483/2014 com redução dos seguintes trechos:

1) Artigo 1º da Lei nº 3.463/2014: "sendo que fica a Prefeitura obrigada a lançar contribuição de melhoria os proprietários dos imóveis situados no Distrito Industrial beneficiados pelas obras de infraestrutura, nos termos do Título VII da Lei Complementar nº 12/2006 (Código Tributário Municipal), a fim de recuperar todo o montante levantado junto a DESENVOLVE SP através de operação de crédito a ser celebrada, podendo ser parcelada no prazo máximo que perdurar o financiamento".

2) Artigo 1º da Lei nº 3.483/2014: "sendo que fica a Prefeitura obrigada a lançar contribuição de melhoria aos proprietários dos imóveis beneficiados pelas obras de pavimentação e qualificação de vias urbanas a serem realizadas com o valor do financiamento, nos termos do Título VII da Lei Complementar nº 12/2006 (Código Tributário Municipal), a fim de recuperar todo o montante levantado junto à Caixa Econômica Federal através de operação de crédito a ser celebrada, podendo ser parcelada no prazo máximo que perdurar o financiamento".

Ante o exposto, **julgo procedente** a presente ação para o fim de declarar a inconstitucionalidade de parte dos arts. 1º das Leis nº 3.463/2014 e 3.483/2014 do Município de Tietê, com redução de texto, nos termos supramencionados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2138545-60.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SALTO DE PIRAPORA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SALTO DE PIRAPORA.

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 28.049)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, RICARDO NEGRÃO, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, 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, 30 de novembro de 2016.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Parágrafo único do artigo 2º, artigo 3º e respectivos parágrafos e artigos 5º e 7º, da Lei Municipal nº 1.608, de 18 de dezembro de 2015, que "institui a Transição Democrática de Governo no Município de Salto de Pirapora, dispõe sobre a formação da Equipe de Transição, define o seu funcionamento e dá outras providências" – Vício de iniciativa que contamina a lei na sua totalidade – Matéria relativa à Administração Municipal, de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo – Ofensa ao princípio da harmonia e independência dos Poderes – Violação aos artigos 5º, 47, incisos II, XIV e 144, da Constituição Estadual.

Pedido procedente para declarar a total inconstitucionalidade da Lei nº 1.608, de 18 de dezembro de 2015, do Município de Salto de Pirapora.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Salto de Pirapora visando ao reconhecimento da inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 2º; artigo 3º e parágrafos e, artigos 5º e 7º, da Lei Municipal nº 1.608, de 18 de dezembro de 2015, que "institui a Transição Democrática de Governo no Município de Salto de Pirapora, dispõe sobre a formação da Equipe de Transição, define o seu funcionamento e dá outras providências", porque, segundo ele, viola o disposto nos artigos 5º,

47, incisos II, e XIV, e 144, da Constituição do Estado de São Paulo. Aduz que os dispositivos impugnados padecem de vício de iniciativa, pois a competência para praticar atos de administração, envolvendo o planejamento, a direção, a organização e a execução de atos de governo é do Chefe do Executivo. Acrescenta que a norma guerreada afronta o princípio da separação dos Poderes, na medida em que interfere em atividade concreta do Poder Executivo. Diz que estão presentes os requisitos para a concessão da liminar e, ao final, requer seja declarada a inconstitucionalidade dos mencionados dispositivos.

A liminar foi deferida pelo eminente Desembargador Elcio Trujillo, em razão do impedimento ocasional deste Relator (fl. 25/26).

A Procuradoria Geral do Estado, citada, mostrou desinteresse em realizar a defesa da norma impugnada (fl. 36/37).

O Presidente da Câmara Municipal de Salto de Pirapora, notificado, prestou informações a fl. 39/42.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 45/54, opinou pela procedência do pedido para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 1.608, de 18 de dezembro de 2015, do Município de Salto de Pirapora, ou, alternativamente, apenas ao parágrafo único do artigo 2º, ao artigo 3º e respectivos parágrafos e aos artigos 5º e 7º, da lei de regência.

2. É o relatório.

A Lei nº 1.608, de 18 de dezembro de 2015, do Município de Salto de Pirapora, tem a seguinte redação:

> **"Art. 1º – Fica instituída no Município de Salto de Pirapora a Transição Democrática de Governo nos termos previstos nesta Lei.**
>
> **§ 1º – Transição Democrática de Governo é o processo que objetiva propiciar condições para que o candidato eleito para o cargo de Prefeito possa receber de seu antecessor todos os dados e informações necessários à implementação de seu programa de governo, inteirando-se do funcionamento dos órgãos e entidades que compõem a Administração local, permitindo ao eleito a preparação dos atos a serem editados após a posse.**
>
> **§ 2º – As informações a que se refere o § 1º poderão ser disponibilizadas antes do início do processo de transição, sem prejuízo do acesso do Prefeito eleito a outras informações, na forma prevista no art. 3º desta Lei.**
>
> **Art. 2º – O processo de transição tem início tão logo a Justiça Eleitoral proclame o resultado oficial das eleições municipais e deve encerrar-se com a posse do candidato eleito.**
>
> **Parágrafo único - Para o desenvolvimento do processo mencionado**

Acesso ao Sumário

no caput será formada uma Equipe de Transição, cuja composição atenderá ao disposto no art. 3º desta Lei.

Art. 3º – O candidato eleito para o cargo de Prefeito deverá indicar os membros de sua confiança que comporão a Equipe de Transição, com plenos poderes para representá-lo, os quais terão acesso às informações relativas às contas públicas, à dívida pública, ao inventário de bens, aos programas e aos projetos da Administração municipal, aos convênios e contratos administrativos bem como ao funcionamento dos órgãos e entidades da Administração direta e indireta do município e à relação de cargos, empregos e funções públicas, entre outras informações.

§ 1º – A indicação a que se refere o caput será feita por ofício dirigido ao Prefeito em exercício, no prazo máximo de 10 (dez) dias após o conhecimento do resultado oficial das eleições.

§ 2º – O número de membros a serem indicados para compor a Equipe de Transição, sem qualquer ônus para o município, fica a critério do Prefeito eleito.

§ 3º – O coordenador da Equipe de Transição será indicado pelo Prefeito eleito.

§ 4º – O Prefeito em exercício indicará, para compor a Equipe de Transição, pessoa de sua confiança integrante do quadro funcional da Administração Pública.

Art. 4º – Os pedidos de acesso às informações de que trata o art. 3º desta Lei, qualquer que seja sua natureza, deverão ser formulados por escrito pelo coordenador da Equipe de Transição e dirigidos à autoridade indicada pelo Prefeito a que se refere o § 4º do art. 3º desta Lei, ao qual competirá, no prazo de 02 (dois) dias, requisitar dos órgãos da Administração Municipal os dados e informações solicitados e encaminhá-los, com a necessária precisão, no prazo de 05 (cinco) dias, à coordenação da Equipe de Transição.

Parágrafo único – Outras informações, consideradas relevantes pelo agente indicado pelo prefeito em exercício, sobre as atribuições e responsabilidades dos órgãos componentes da Administração direta e indireta do município, poderão ser prestadas juntamente com as mencionadas no caput.

Art. 5º – O atendimento às informações solicitadas pela coordenação da Equipe de Transição deverá ser objeto de especificação em cronograma agendado entre o coordenador da equipe e o representante do Prefeito e deverão ser prestadas no prazo máximo previsto no caput do art. 4º.

Acesso ao Sumário

Art. 6º – Os membros indicados pelo Prefeito eleito poderão reunir-se com outros agentes da Prefeitura, para que sejam prestados os esclarecimentos que se fizerem necessários, desde que sem prejuízo dos trabalhos de encerramento de exercício e de final de mandato a cuja apresentação aos órgãos competentes se obriga a Administração local.

Parágrafo único – As reuniões mencionadas no caput deverão ser agendadas e registradas em atas, sob a coordenação do representante do Prefeito.

Art. 7º – O Prefeito em exercício deverá garantir à Equipe de Transição a infraestrutura necessária ao desenvolvimento dos trabalhos, incluindo espaço físico adequado, equipamentos e pessoal que se fizer necessário.

Art. 8º – Os membros da Equipe de Transição deverão manter sigilo dos dados e informações confidenciais a que tiverem acesso, sob pena de responsabilização, nos termos da legislação vigente.

Art. 9º – O Poder Executivo adotará as providências necessárias ao cumprimento do disposto nesta Lei.

Art. 10 – Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação."

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).

Nessa esteira, é o Prefeito quem tem a aptidão, segundo a regra constitucional, de administrar o Município (artigo 47, XIV, da Constituição Estadual). É ele quem exercita as funções de governo relacionadas com o planejamento, organização e direção de serviços da Municipalidade.

De outro lado, a criação de órgão, ainda que de caráter transitório, de cargos e fixação das respectivas funções, é da iniciativa reservada do Chefe do Poder Executivo (Cf. artigo 24, § 2º, n. 1 e 2, da Constituição Bandeirante).

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

Acesso ao Sumário

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.

N'outro giro, "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]

A respeito do tema, julgado deste Colendo Órgão Especial:

> **"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI – Município de Nova Odessa – Lei Municipal nº 2.413/2010 – Instituição de equipe de transição para o cargo de Prefeito Municipal – Vício de iniciativa – Ato de administração, competência privativa do Poder Executivo – Desobediência ao princípio da separação dos poderes – Inconstitucionalidade decretada."** (ADI nº 0260229-93.2010.8.26.0000, Rel. Des. Samuel Júnior, j. 03/02/2011).

Nesse diapasão, evidente a invasão pela Câmara Municipal de Salto de Pirapora na esfera de competência privativa do Executivo Municipal, pois como bem anotou a D. Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 45/54, "a Lei nº 1.608/2015, de iniciativa parlamentar criou uma equipe de transição, com participação obrigatória de membros do Poder Executivo; disciplinou a forma de escolha dos integrantes da 'equipe de transição' e seu relacionamento com o Poder Executivo, definiu obrigações a serem cumpridas por órgãos e agentes da administração relativamente à referida 'equipe de transição' com fixação de prazos; estabeleceu obrigatoriedade a administração em fornecer infraestrutura destinada ao funcionamento da equipe de transição", em 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. A propósito, convém destacar, que a instituição de equipe de transição pelo candidato eleito, no âmbito federal, decorre da Medida Provisória nº 76, de 2002 (ato do Poder Executivo), convertida na Lei nº 10.609, de 20 de dezembro de 2002.

O princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania tem

Acesso ao Sumário

1 ADIn nº 2047125-42.2014.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 22/10/2014.

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).

De outro lado, importante notar que o vício de iniciativa atinge a lei local na sua totalidade, e não somente os dispositivos impugnados pelo autor (parágrafo único do artigo 2º, artigo 3º e respectivos parágrafos, e artigos 5º e 7º), de tal arte que deve ser reconhecida a total inconstitucionalidade da Lei nº 1.608, de 18 de dezembro de 2015, do Município de Salto de Pirapora.

Por epítome, flagrante a inconstitucionalidade da legislação impugnada, por afronta aos artigos 5º, 47, incisos II, XIV, e 144, da Constituição do Estado de São Paulo.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, julgo procedente o pedido, para declarar a total inconstitucionalidade da Lei nº 1.608, de 18 de dezembro de 2015, do Município de Salto de Pirapora.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2126979-17.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor ASSOCIAÇÃO DOS AGENTES DE FISCALIZAÇÃO DE GUARULHOS, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUARULHOS e PREFEITO DO MUNICÍPIO DE GUARULHOS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM A PRELIMINAR E JULGARAM

A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39272)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, 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 e AMORIM CANTUÁRIA.

São Paulo, 7 de dezembro de 2016.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Leis nº 6.838, de 18 de maio de 2011, e 7.125, de 13 de maio de 2013, ambas do Município de Guarulhos, de iniciativa parlamentar, que dispôs sobre o reajuste salarial dos servidores públicos daquela cidade em relação aos exercícios de 2011, 2012 e 2013. Interesse de agir. Presença. Necessidade de intervenção judicial ante os efeitos produzidos. Controle concentrado que é imperativo por força do alcance dos dispositivos impugnados. Determinação de parcelamento do índice de majoração salarial em função da faixa de remuneração. Flagrante inconstitucionalidade. Direito de todos servidores receberem as mesmas benesses afora qualquer distinção. Afronta direta ao artigo 115, inciso XI, da Constituição do Estado. Precedente deste Colegiado acerca de norma da mesma Edilidade. AÇÃO PROCEDENTE.

VOTO

Cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Associação dos Agentes de Fiscalização de Guarulhos em face do inciso II do art. 1º da Lei Municipal nº 6.838, de 18 de maio de 2011, e do inciso II do art. 1º da Lei Municipal nº 7.125, de 13 de maio de 2013, que dispuseram "sobre o reajuste salarial ao funcionalismo público municipal para os exercícios de 2011 e 2012" e "sobre o reajuste salarial ao funcionalismo público municipal para o

Acesso ao Sumário

exercício de 2013" respectivamente.

Em indispensável suma, a Autora denuncia que os editos em comento romperam o que estatui o inciso XI do artigo 115 da Lei Maior Bandeirante, vedadora de qualquer tipo de distinção na aplicação dos índices de reajustamento salarial e bem assim quanto ao tempo de sua incidência. Realçou, ainda, a perfeita harmonia de referido princípio a comando da Constituição Federal (art. 37, X), a confirmar a inconteste inconstitucionalidade dos preceitos objetos deste litígio. Ao término, transcreveu pronunciamento da Corte Máxima nacional e ressaltou paradigma apreciado por este C. Órgão Especial (ADI nº 2133878-02.2014.8.26.0000).

Regularizada a representação processual da Autora, foi denegada a liminar pretendida.

Ambos os Réus trouxeram suas informações.

A Municipalidade (fls. 60/67) brandiu preliminar de falta de interesse de agir (porquanto já encerrada, no tempo, a finalidade das leis questionadas), anotando, no mérito, que a formatação do aumento salarial objeto dos atos normativos decorreu de acordo coletivo entre ela e o Sindicato da categoria, circunstância a desfazer a inconstitucionalidade invocada.

A Casa Legislativa local, por sua vez (fls. 85/90), asseverou que a pretensão encetada é desprovida de qualquer fundação, máxime porque os reajustes vêm sendo atribuídos anualmente, adotado o mesmo índice a todos os servidores, daí a fiel subserviência à Carta Política Paulista (art. 115, XI).

A douta Procuradoria-Geral do Estado declarou seu desinteresse jurídico a integrar este feito, haja vista o entendimento de que o cerne da disputa se assenta em ponto de exclusiva ótica paulistana (fls. 79/80).

A seguir, a culta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo acolhimento do pedido para se declarar inconstitucionais as regras destacadas nas leis municipais controvertidas (fls. 93/100).

É O RELATÓRIO.

Os diplomas protestados veicularam os seguintes textos:

Lei nº 6.838, de 18 de maio de 2011.

"Art. 1º Os salários, vencimentos, proventos de aposentadoria e pensões, vigentes em 30 de abril de 2011 dos cargos e funções da Administração Direta e Indireta do Município de Guarulhos e da Câmara Municipal de Guarulhos, em atendimento ao disposto no artigo 37, X, da Constituição Federal e do que lhe corresponde na Lei Orgânica do Município de Guarulhos, ficam reajustados em 6,3% (seis inteiros e três décimos percentual) com vigência e aplicação da seguinte forma:

I – os salários, vencimentos, proventos de aposentadorias e pensões devidos em abril de 2011 baseados em referências salariais de

Acesso ao Sumário

até R$ 2.100,00 (dois mil e cem reais) a aplicação do índice dar-se-á de forma integral com vigência a partir de 1º de maio de 2011;

II – os salários, vencimentos, proventos de aposentadorias e pensões devidos em abril de 2011 baseados em referências salariais superiores a R$ 2.100,00 (dois mil e cem reais) a aplicação do índice dar-se-á de forma parcelada, como segue:

a) 3,0% (três inteiros percentuais) sobre salários, vencimentos, proventos de aposentadorias e pensões devidos em abril de 2011 com vigência a partir de 1º de maio de 2011; e,

b) 3,3% (três inteiros e três décimos percentuais) sobre salários, vencimentos, proventos de aposentadoria e pensões devidos em abril de 2011 com vigência a partir de 1º de agosto de 2011.

Art. 2º Os salários, vencimentos, proventos de aposentadoria e pensões, vigentes em 30 de abril de 2012 dos cargos e funções da Administração Direta e Indireta do Município de Guarulhos e da Câmara Municipal de Guarulhos em atendimento ao disposto no artigo 37, X, da Constituição Federal e do que lhe corresponde na Lei Orgânica do Município de Guarulhos, serão reajustados a partir de 1º de maio de 2012 aplicando-se o Índice do Custo de Vida (ICV) acumulado no período de maio de 2011 a abril de 2012 (últimos doze meses), calculado pelo DIEESE – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos.

Art. 3º As despesas decorrentes com a execução da presente Lei correrão por conta de dotações próprias do orçamento do ano referido, suplementadas se necessário.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogados dispositivos em contrário".

Lei nº 7.125, de 13 de maio de 2013.

"Art. 1º Os salários, vencimentos, proventos de aposentadoria, subsídios e pensões, vigentes em 30 de abril de 2013 dos cargos e funções da Administração Direta e Indireta do Município de Guarulhos e da Câmara Municipal de Guarulhos, em atendimento ao disposto no artigo 37, X, da Constituição Federal e do que lhe corresponde na Lei Orgânica do Município de Guarulhos, ficam reajustados em 5,57% (cinco inteiros e cinquenta e sete pontos percentuais) com vigência e aplicação da seguinte forma:

I – Os salários, vencimentos, proventos de aposentadorias, subsídios e pensões, devidos em abril de 2013, até R$ 2.200,00 (dois mil e duzentos reais) a aplicação do índice dar-se-á de forma integral com vigência a partir de 1º de maio de 2013;

II – Os salários, vencimentos, proventos de aposentadorias, subsídios e pensões, devidos em abril de 2013, superiores a R$ 2.200,00 (dois mil e duzentos reais) a aplicação do índice dar-se-á de forma

Acesso ao Sumário

parcelada, como segue:

a) 3,0% (três inteiros percentuais) sobre salários, vencimentos, proventos de aposentadorias, subsídios e pensões devidos em abril de 2013 com vigência a partir de 1º de maio de 2013; e,

b) 2,57% (dois inteiros e cinquenta e sete pontos percentuais) sobre salários, vencimentos, proventos de aposentadoria, subsídios e pensões devidos em abril de 2013 com vigência a partir de 1º de agosto de 2013.

Art. 2º As despesas decorrentes com a presente Lei correrão por conta de dotações próprias do orçamento do ano referido, suplementadas se necessário.

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogados os dispositivos em contrário.".

A inconstitucionalidade dos escritos normativos em comento é inegável.

De prima, impende rechaçar a preliminar suscitada.

Conquanto a invocação seja inédita, não se pode descurar que a ação em curso tem por meta analisar se os dispositivos apontados são – realmente – inconstitucionais. A tanto, é de nenhuma relevância que os efeitos financeiros tenham se operado em tempo próprio, pois a discussão em relevo – bem sabe a Municipalidade – tem a ver com a eficácia jurídica da norma em face da Carta Política Estadual, daí porque a intervenção do Judiciário, respeitada a singular tese da Edilidade, é necessária e útil.

Importa registrar, porque apropriado, que o presente controle concentrado é imperioso, haja vista o alcance das regras em voga, mesmo fado, aliás, que se deu por ocasião do exame da ADI nº 2133878-02.2014.8.26.0000, julgada em novembro de 2014.

Portanto, rejeita-se a infundada preliminar arguida.

No mérito, as justificativas trazidas pelos réus não se sustentam.

Nada significa dizer que o parcelamento empreendido foi alvo de acordo coletivo e que os reajustes vêm sendo atribuídos anualmente, adotado o mesmo índice a todos os servidores, ao menos no que tange aos cânones constitucionais deste estado.

Em verdade, a explicação acerca da violação denunciada é plana e encontra assento nos artigos 111, 115, IX e 144 do Texto Máximo Paulista:

"(...)

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, interesse público e eficiência.

(...)

Acesso ao Sumário

Artigo 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:

(...)

XI – a revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data e por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso;

Artigo 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.

(...)"

Não se pode deslembrar que a regra do inciso XI do art. 115 da Lei Maior Estadual foi concebida por *simetria* do art. 37, X, da Constituição Federal, cuja fiel observância pelo Município está encorada no art. 144 acima transcrito.

À evidência que a previsão contida no inciso II do art. 1º da Lei Municipal nº 6.838/2011 e no inciso II do art. 1º da Lei Municipal nº 7.125/2013 arranhou os textos constitucionais antes mencionados, notadamente por ferir a isonomia que há de ser atendida em relação à íntegra dos servidores locais.

Não há razão de ser à divisão proposta, nem mesmo pela adoção de suposto acordo coletivo, por sinal não demonstrado no caderno processual.

Segundo anotou o preciso parecer da culta Procuradoria-Geral de Justiça, "(...) *A garantia constitucional da revisão anual na mesma data exige não só identidade da data base da categoria para fins de recuperação do valor da remuneração, mas também a vigência temporal idêntica para a percepção dos novos vencimentos. Dessa forma, a vigência diferenciada dos fracionamentos contraria a normal constitucional na medida em que os servidores não contemplados com a integralidade do reajuste receberão nos meses de maio, junho e julho remuneração inferior àquela que teriam direito se observada a regra constitucional.* (...)".

Bem por isso é que este C. Órgão Especial, pelo voto condutor do em. **Des. Ademir de Carvalho Benedito**, deliberou, em ação semelhante, pela inconstitucionalidade do inciso II, do art. 1º da Lei nº 7.264/2014 do Município de Guarulhos:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Município de Guarulhos. Lei que concedeu reajuste geral dos vencimentos, mas determinou o parcelamento do montante aos servidores municipais cuja referência salarial seja superior a R$ 2.500,00. Direito subjetivo dos servidores à revisão geral anual da remuneração, sem qualquer distinção em relação a datas e índices. Inconstitucionalidade parcial da Lei nº 7.264/2014, do Município de Guarulhos, reconhecida.

Vale destacar, com a devida licença, parte do provimento editado –

Acesso ao Sumário

atendida sua formatação originária – ao se referir a precedente da Suprema Corte brasileira, a saber:

"[...] *Mutatis mutandis*, o Egrégio Supremo Tribunal Federal já decidiu que:

'CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: REMUNERAÇÃO: REAJUSTE: 3,17%. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.225-45/2001. PARCELAMENTO DOS ATRASADOS: MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.225-45/2001, ART. 11.

I. – O direito dos servidores ao índice residual de 3,17% foi reconhecido pela Administração: Medida Provisória 2.225-45/2001.

II. – Parcelamento dos valores devidos até 31.12.2001, que passam a ser considerados passivos: Medida Provisória 2.225-45/2001, art. 11. Esse parcelamento, assim previsto, se for considerado de aceitação compulsória por parte do servidor público, é inconstitucional. É que dependeria ele do assentimento do servidor. No caso inocorre a anuência do servidor.

III. – Declaração da inconstitucionalidade parcial, sem redução do texto, do art. 11 da Medida Provisória nº 2.225-45/2001, mediante interpretação conforme, de modo a excluir do seu alcance as hipóteses em que o servidor se recuse, explícita ou tacitamente, a aceitar o parcelamento previsto.

IV. – Recurso extraordinário conhecido e improvido' (STF, RE nº 401.436/GO, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. 31/03/2004) (g.n.). [...]".

Ante o exposto, **JULGA-SE PROCEDENTE** a ação a fim de declarar a inconstitucionalidade do inciso II do art. 1º da Lei Municipal de Guarulhos nº 6.838, de 18 de maio de 2011, e do inciso II do art. 1º da Lei Municipal de Guarulhos nº 7.125, de 13 de maio de 2013.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2159221-29.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE HORTOLÂNDIA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE HORTOLÂNDIA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE, NA PARTE CONHECIDA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.725)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (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, ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES e PÉRICLES PIZA.

São Paulo, 7 de dezembro de 2016.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: PARÂMETRO DE CONSTITUCIONALIDADE

Compatibilidade entre a Lei Complementar Municipal nº 47, de 18.10.2013, de Hortolândia, e dispositivos da Constituição Federal e da Lei Orgânica Municipal. Inadmissibilidade. Aplicação dos artigos 125, § 2º, da Constituição Federal, e 74, VI, da Constituição do Estado de São Paulo. Precedentes.

Não conheço da ação quanto aos parâmetros apontados – Constituição Federal e LOM.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Hortolândia. Lei Complementar Municipal nº 47, de 18 de outubro de 2013, de iniciativa parlamentar, concedendo desconto de 50% (cinquenta por cento) do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU, aos imóveis localizados nas vias públicas onde são realizadas feiras-livres, bem como ao imóvel que tenha instalado em sua calçada, ponto de parada de ônibus. Admissibilidade. Competência concorrente em se tratando de matéria tributária. Art. 61 da Constituição Federal e art. 24 da Constituição Estadual. Precedentes.

Improcedente a ação, na parte conhecida.

VOTO

1. Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** do Prefeito do Município de Hortolândia tendo por objeto a **Lei Complementar Municipal nº 47**, de 18 de outubro de 2013 (fls. 19), ao conceder desconto de 50% (cinquenta por cento) do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU,

Acesso ao Sumário

aos imóveis localizados nas vias públicas onde são realizadas feiras-livres, bem como ao imóvel que tenha instalado em sua calçada, ponto de parada de ônibus.

Sustentou, em resumo, encontrar-se a LCM nº 47/13 em dissonância com a Constituição Federal, Constituição Paulista e Lei Orgânica Municipal. Evidente afronta ao Princípio da Separação dos Poderes. Matéria de iniciativa reservada ao Poder Executivo. Ofensa aos arts. 2º, 61, § 1º, inciso II, alínea 'b' e 84, incisos II e III da CF e arts. 5º, 25 e 47, incisos II, XI e XIV da CE. Norma veio desacompanhada do impacto orçamentário, em manifesto desacordo com o que prevê o art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Citou jurisprudência. Daí a declaração de inconstitucionalidade (fls. 01/12).

Não houve pleito liminar (fls. 21). Declinou de sua intervenção o d. Procurador-Geral do Estado (fls. 26/28). Vieram as informações (fls. 34/42) prestadas pela Câmara Municipal de Hortolândia, com documentos (fls. 44/88). Opinou a d. Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 90/96).

É o relatório.

2. Improcedente a ação, na parte conhecida.

a) Quanto aos parâmetros de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade opera-se apenas e tão somente em relação à **Constituição do Estado**. Esta o único e exclusivo parâmetro de controle ("*... paradigma constitucional sob o qual se realiza o controle*" – **DALTON SANTOS MORAIS** – "Controle de Constitucionalidade" – Ed. Podivm – 2010 – p. 57) validamente considerado para o exame da constitucionalidade da Lei Complementar Municipal nº 47/13, perante este **Colendo Órgão Especial**.

Assim ensina **PATRÍCIA TEIXEIRA DE REZENDE FLORES**:

> *"Atualmente, doutrina e jurisprudência negam a possibilidade de haver controle abstrato de constitucionalidade de lei municipal perante a Constituição Federal.* ***O confronto do dispositivo municipal pode ser arguido em face da Carta Estadual****."*. (grifei – "Aspectos Processuais da Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei Municipal" – Ed. Revista dos Tribunais – 2002 – p. 99/100).

De igual forma quanto à **Lei Orgânica Municipal**,

> *"... a ação direta de inconstitucionalidade não pode ser proposta em face de dispositivos da Lei Orgânica Municipal, já que esta se reveste de natureza comum, não constitucional. O processo de controle concentrado de validade constitucional só diz respeito a conflitos com dispositivos constitucionais, não com normas de direito comum, entre as quais se inserem as Leis Orgânicas Municipais."* (grifei – op. cit. – p. 230).

Leitura diversa implicaria em violação ao **art. 125, § 2º, da Constituição**

Federal e aos arts. 74, inciso VI e 90 da Constituição Estadual, além de configurar **usurpação** da competência exclusiva do Eg. Supremo Tribunal Federal para o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, inciso I, alínea 'a', da Carta da República).

Nesse sentido a jurisprudência do **Pretório Excelso**:

*"Impende assinalar, neste ponto, por necessário, que o processo objetivo de fiscalização normativa abstrata, instaurável perante os Tribunais de Justiça locais, **somente pode ter por objeto leis ou atos normativos municipais, estaduais ou distritais, desde que contestados em face da própria Constituição do Estado-membro** (ou, quando for o caso, da Lei Orgânica do Distrito Federal), que representa, nesse contexto, o **único parâmetro de controle** admitido pela Constituição da República, cujo art. 125, § 2º, assim dispõe:"*

"'Art. 125 (…). § 2º – Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (…).'"

*"O que se revela essencial reconhecer, em tema de controle abstrato de constitucionalidade, quando instaurado perante os Tribunais de Justiça dos Estados-membros ou do Distrito Federal e Territórios, é que o **único instrumento normativo revestido de parametricidade para esse específico efeito é, somente, a Constituição estadual** ou, quando for o caso, a Lei Orgânica do Distrito Federal, **jamais**, porém, a própria Constituição da República."*

*"Cabe acentuar, neste ponto, que esse entendimento tem o beneplácito do magistério doutrinário (LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO/VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, 'Curso de Direito Constitucional', p. 64/65, item n. 7.5, 9ª ed., 2005, Saraiva; JOSÉ AFONSO DA SILVA, 'Comentário Contextual à Constituição', p. 591, item n. 6, 2005, Malheiros; ALEXANDRE DE MORAES, 'Constituição do Brasil Interpretada', p. 1.523/1.526, item n. 125.5, e p. 2.168/2.172, itens ns. 1.15 e 1.17, 8ª ed., 2011, Atlas, v.g.), cuja orientação, no tema, adverte, tratando-se de controle normativo abstrato no plano local, que **apenas a Constituição estadual (ou, quando for o caso, a Lei Orgânica do Distrito Federal) qualifica-se como pauta de referência ou como paradigma de confronto para efeito de fiscalização concentrada de constitucionalidade de leis ou atos normativos locais**, sem possibilidade, no entanto, de erigir-se a própria Constituição da República como parâmetro de controle nas ações diretas ajuizadas, originariamente, perante os Tribunais de Justiça estaduais ou do Distrito Federal e Territórios."*

"Essa percepção do alcance da norma inscrita no art. 125, § 2º, da Constituição, por sua vez, reflete-se na jurisprudência constitucional que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria ora em análise, sempre salientando que, em tema de fiscalização abstrata perante os

Acesso ao Sumário

Tribunais de Justiça locais, o parâmetro de controle a ser invocado (e considerado) nas ações diretas ***somente pode ser a Constituição do próprio Estado-membro, e não a Constituição da República*** *(RTJ 135/12 – RTJ 181/7 – RTJ 185/373-374, v.g.), ainda que a Carta local haja formalmente incorporado ao seu texto normas constitucionais federais de observância compulsória por parte das unidades federadas (RTJ 147/404, Rel. Min. MOREIRA ALVES – RTJ 152/371-373, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – RTJ 158/3, Rel. Min. MOREIRA ALVES – RTJ 177/1084, Rel. Min. MOREIRA ALVES – RTJ 183/936 , Rel. Min. ILMAR GALVÃO – ADI 1.529-QO/MT, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI – Rcl 526/SP, Rel. Min. MOREIRA ALVES – Rcl 1.701-MC/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO – Rcl 2.129-AgR/SP, Rel. Min. NELSON JOBIM)"* (grifei – Rcl 5690 AgR/RS – v.u. j. de 24.02.2015 – Rel. Min. **CELSO DE MELLO**).

"CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS OU ATOS NORMATIVOS MUNICIPAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO. VALIDADE DA NORMA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. HIPÓTESE DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL."

"I – **Os Tribunais de Justiça dos Estados, ao realizarem o controle abstrato de constitucionalidade, somente podem utilizar, como parâmetro, a Constituição do Estado**."

"II – Em ação direta de inconstitucionalidade, aos Tribunais de Justiça é defeso analisar leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal."

"III – Agravo regimental improvido." (grifei – ARE 645992 AgR/GO – v.u. j. de 26.06.2012 – Rel. Min. **RICARDO LEWANDOWSKI**).

"O único instrumento jurídico revestido de parametricidade, para efeito de fiscalização concentrada de constitucionalidade de lei ou de atos normativos estaduais e/ou municipais, é, tão-somente, a Constituição do próprio Estado-membro (CF, art. 125, § 2º), que se qualifica, para esse fim, como pauta de referência ou paradigma de confronto, mesmo nos casos em que a Carta Estadual haja formalmente incorporado, ao seu texto, normas constitucionais federais que se impõem à observância compulsória das unidades federadas." (RC nº 10.500 AgR/SP – v.u. j. de 22.06.2011 – Rel. Min. **CELSO DE MELLO**).

Ressalte-se, compete **única** e **exclusivamente** ao C. Supremo Tribunal Federal apreciar ações diretas de inconstitucionalidade em que se tem como parâmetro a Constituição Federal.

Sequer quanto à **ofensa a Lei Orgânica Municipal** tem respaldo a pretensão do autor. Afronta a LOM não se trata de inconstitucionalidade, e sim eventual **ilegalidade**.

Como já decidiu este **C. Órgão Especial** em casos semelhantes:

Acesso ao Sumário

"Como é sabido, o controle concentrado, abstrato, de constitucionalidade de lei municipal, pela via da ação direta de inconstitucionalidade, a cargo do Tribunal de Justiça do Estado, a lei municipal não pode ser impugnada em face da Lei Orgânica Municipal, ou da Constituição Federal, mas da Constituição Estadual, como estabelecem os artigos 125, § 2º, da Constituição Federal, e 74, VI, da Constituição do Estado de São Paulo." (AC nº 2.223.948-65.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 21.10.15 – Rel. Des. **JOÃO CARLOS SALETTI**).

"Resta claro, assim, que é necessário o cotejo entre a Lei 1.316/1982 e a Lei Orgânica do Município para auferir a constitucionalidade da norma impugnada, o que significa dizer que o Decreto 4.389/2014 não confronta diretamente a Constituição Estadual, mas o faz de forma indireta ou reflexa, o que impede a continuidade dessa ação direta de inconstitucionalidade."

"A Constituição Federal, em seu artigo 125, § 2º estabelece que:"

'Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

(...)

§ 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.'

"Extrai-se, do § 2º do referido artigo que a inconstitucionalidade deve ser entre a norma impugnada e a Constituição Estadual. Neste mesmo sentido são os artigos 74, XI e 90, caput da Constituição Estadual."

"Desse modo, os dispositivos da Constituição do Estado, é que servem como parâmetro ao exame de constitucionalidade, em decorrência lógica da hierarquia legislativa existente, o que não se verifica no caso em tela. Da forma como exposto na inicial, o pedido de inconstitucionalidade do Decreto 4.389/2014, por violação ao princípio da legalidade, somente poderia ser apreciado após a análise da Lei 1.316/1982 à luz da Lei Orgânica do Município, o que significa que a inconstitucionalidade apontada se dá por via reflexa ou indireta." (AC nº 2.069.380-57.2015.8.26.0000 – v.u. j. de 11.11.15 – Rel. Des. **JOÃO NEGRINI FILHO**).

No mesmo sentido, ainda: ADIn nº 2.225.782-69.2015.8.26.0000 – v.u. j. de 17.02.16; e ADIn nº 2.249.248-92.2015.8.26.0000 – v.u. j. de 04.05.16, de que fui Relator.

Tão somente à luz da Constituição do Estado comporta exame a presente ação direta de inconstitucionalidade.

Não conheço do pedido quanto aos demais parâmetros apontados – Constituição Federal e Lei Orgânica Municipal.

b) Infundada, quanto ao mais, a pretensão.

Acesso ao Sumário

Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** do Prefeito do Município de Hortolândia tendo por objeto a **Lei Complementar Municipal nº 47**, de 18 de outubro de 2013 (fls. 19), ao conceder desconto de 50% (cinquenta por cento) do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU, aos imóveis localizados nas vias públicas onde são realizadas feiras-livres, bem como ao imóvel que tenha instalado em sua calçada, ponto de parada de ônibus, com o seguinte teor:

> *"**Art. 1º** Fica estabelecido o desconto de 50% (cinquenta por cento) no pagamento do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) dos imóveis localizados nas vias públicas, onde são realizadas feiras-livres, no âmbito do Município de Hortolândia."*
>
> *"**Parágrafo único.** A municipalidade, independente do pedido do contribuinte, deverá proceder ao desconto à época do lançamento do IPTU."*
>
> *"**Art. 2º** O imóvel que tenha instalado em sua calçada, ponto de parada de ônibus também terá o desconto no IPTU previsto no artigo anterior."*
>
> *"**Art. 3º** Fará jus ao desconto ora estabelecido os imóveis cuja testada seja diretamente afetada pelas feiras-livres, cujo endereço esteja no trecho que compreende a instalação das barracas."*
>
> *"**Art. 4º** Excetuam-se desta Lei, as áreas que não possuam imóveis edificados."*
>
> *"**Art. 5º** No caso de mudança ou alteração de local de feira-livre ou ponto de ônibus, o benefício será suspenso, passando o mesmo aos moradores do novo local, observando o art. 3º desta Lei."*
>
> *"**Art. 6º** Esta lei entra em vigor na data de sua publicação."* (fls. 19).

Sustenta o autor sofrer a lei municipal de vício insanável de inconstitucionalidade (arts. 5º; 25; 47, inciso II, XI e XIV da CE).

Sem razão, contudo.

Admissível **iniciativa parlamentar** para propor leis sobre **matéria tributária**, como no caso da concessão de descontos no IPTU aos imóveis localizados nas vias públicas onde são realizadas feiras-livres, bem como ao imóvel que tenha instalado em sua calçada, ponto de parada de ônibus, uma vez não estar configurada a invasão de competência do Executivo, por não se tratar de matéria necessariamente orçamentária e de criação de aumento de despesa ao Município.

A competência é **concorrente** para legislar o assunto nos termos do que dispõe o art. 24 da **Constituição Estadual**:

> *"Artigo 24 – A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembleia Legislativa, ao*

Acesso ao Sumário

Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição."

Firme a orientação do **Órgão Especial do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo** ao admitir a **iniciativa concorrente** entre o Legislativo e o Executivo para **conceder isenções tributárias** (***v.g.*** – ADIn e ARg nº 0.276.302-72.2012.8.26.0000/50000 – v.u. j. de 05.06.13 – Rel. Des. **CAUDURO PADIN**; ADIn nº 0.270.090-35.2012.8.26.0000 – v.u. j. de 26.06.13 – Rel. Des. **ENIO ZULIANI**; ADIn nº 0.276.287.06.2012.8.26.0000 – v.u. j. de 28.08.13 – Rel. Des. **LUIS SOARES DE MELLO**; ADIn nº 0.162.348-14.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 27.11.13 – Rel. Des. **PÉRICLES PIZA**; ADIn nº 0.171.108-49.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 29.01.14 – Rel. Des. **RUY COPPOLA**; ADIn nº 2.023.248-39.2015.8.26.0000 – v.u. j. de 10.06.15 – Rel. Des. **TRISTÃO RIBEIRO** e ADIn nº 2.198.107-68.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 29.07.15 – Rel. Des. **FERREIRA RODRIGUES**, dentre outros arestos).

E tal posição se respalda em decisões do **Colendo Supremo Tribunal Federal** quanto ao ponto (ADIn nº 2464/AP – j. de 11.04.07 – Rel. Min. **ELLEN GRACIE** e RE nº 628.074/SP – d.m. de 25.02.11 – Rel. Min. **CELSO DE MELLO**, dentre outros arestos no mesmo sentido).

E:

*"'Ementa: Constitucional – Matéria tributária – Poder de tributar e poder de isentar – Iniciativa legislativa. 1. O poder de isentar é o mesmo poder de tributar visto no ângulo contrário, **inexistindo** **iniciativa reservada ao chefe do Executivo, neste assunto, de modo que a competência legislativa da Câmara integra as regras do jogo e a independência e harmonia dos Poderes** (Constituição Estadual/1989, art. 10), pouco importando reflexos orçamentários – Precedente específico do STF neste assunto (ADI/MC , Celso de Mello). É possível emenda substitutiva em assunto que não se sujeita à iniciativa do chefe do Executivo. 2. Ação Direta julgada improcedente"* (grifei – TJRS, Tribunal Pleno, Repr nº 70.001.214.212, Rel. Des. **Araken de Assis**, j. 19.11.2001, compilado por **GIOVANI DA SILVA CORRALO** – "O Poder Legislativo Municipal – Aportes teóricos e práticos para a compreensão e o exercício da função parlamentar nas Câmaras de Vereadores" – Ed. Malheiros – p. 87).

Nesse sentido se pronunciou este **Col. Órgão Especial**:

"O Projeto de Lei proposto pelo Poder Legislativo. Após regular aprovação do texto, a Câmara Municipal promulgou a referida norma."

*"Como já ressaltado por esta Relatoria quando do julgamento do agravo regimental, os dispositivos em testilha não ferem a iniciativa exclusiva do Prefeito Municipal e nem pecam pela não indicação da fonte de custeio de despesas públicas, importando considerar que **a eventual***

Acesso ao Sumário

***diminuição da receita tributária <u>não</u> equivale à previsão de novos encargos municipais**."*

"Ademais disso, é perfeitamente admissível a iniciativa parlamentar em matéria tributária, não se subsumindo referida hipótese à questão relacionada ao orçamento do município e tampouco se confundindo com as situações estampadas nos arestos colacionados pelo autor." (grifei – ADIn nº 0.276.316-56.2012.8.26.0000 – v.u. j. de 26.06.13 – Rel. Des. **SAMUEL JÚNIOR**).

E ainda:

*"O colendo STF, em decisão monocrática do Ministro Celso de Mello (RE 628074) considerou **legítima a lei municipal de iniciativa parlamentar concedendo isenção parcial de imposto predial e territorial** (Lei de Guarulhos n. 6.413, de 11.9.2008). A despeito de ser controvertida a natureza da norma (se de cunho orçamentário ou simplesmente de feição fiscal) o fato é que não cabe desafiar a diretriz da Corte Suprema que, em reiterados pronunciamentos, estabelece ser concorrente a competência para legislar sobre matéria tributária, tendo ocorrido pronunciamento específico sobre a isenção do IPTU concedida pela Lei Municipal de Guarulhos (n. 6413, de 11.9.2008), exatamente por não ter a Carta de 1988 repetido o que dispunha a CF de 1969 (art. 57, I) e que atribuiu exclusividade ao Chefe do Executivo a iniciativa das leis referentes a matéria financeira. O disposto no art. 61, § 1º, II, 'b', da CF, é destinado às proposições legislativas que disponham sobre matéria tributária pertinente aos Territórios Federais."* (grifei – ADIn nº 0.045.262-90.2011.8.26.0000 – j. de 15.02.12 – Rel. Des. **ENIO ZULIANI**).

Por fim, especificamente quanto à concessão de descontos no IPTU para os imóveis localizados nas vias públicas onde são realizadas feiras-livres, já se pronunciou este Segmento do Poder Judiciário Bandeirante:

"<u>Inexiste, assim, ofensa às iniciativas legislativas constitucionalmente reservadas ao Chefe do Poder Executivo</u>, nos termos do artigo 24, parágrafo 2º, da Constituição Bandeirante."

"6. Além disso, como se verifica de seu texto acima reproduzido, a lei prudentina estipula a isenção parcial de IPTU, <u>genericamente</u>, a todos os imóveis localizados em logradouros públicos onde são realizadas feiras livres."

*"Evidentemente, portanto, que a instituição da referida isenção tributária não se constitui em **<u>ato concreto de gestão</u>**, inexistindo, tampouco por esse motivo, ofensa material à regra da separação dos poderes."*

(...)

*"Logo, não se pode perder de vista que **a função típica da Câmara Municipal é, justamente, a normativa**, o que inclui estabelecer normas concedendo benefícios fiscais àqueles que se amoldarem à hipótese*

Acesso ao Sumário

legal."

(...)

"7. Também não merece acolhida o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pois tampouco se verifica hipótese de isenção fiscal desarrazoada ou desproporcional. Ademais, o desconto de cinquenta por cento estabelecido na lei em nada fere a isonomia, eis que adequada e justificada, por razões de ordem política, a diferenciação de tratamento tributário dispensado aos imóveis prejudicados pelas feiras livres, cuja realização, de mais a mais, fica viabilizada. Sendo assim, a lei prudentina conciliou os interesses privados afetados pelas feiras livres com o interesse público no fomento a esses eventos."

(...)

"Importante destacar que somente em casos de requisitos abusivos ou absurdos da norma isentiva – hipótese que, todavia, não se ajusta à lei municipal em comento poderia haver intervenção deste Órgão Especial via controle abstrato de constitucionalidade." (grifos no original – ADIn nº 2.273.848-80.2015.8.26.0000 – v.u. j. de 16.03.16 – Rel. Des. **MÁRCIO BARTOLI**).

E,

"Acrescente-se que a lei que concede a isenção de IPTU não se confunde com norma orçamentária e, sob este aspecto, também não há vício de iniciativa ou afronta ao princípio da separação de poderes."

*"Nem se diga, também, que houve desrespeito ao art. 25 da Constituição do Estado, **porque ao instituir renúncia fiscal, não se estabelece novos encargos que exijam criação ou aumento de despesa, não violando, por consequência a iniciativa privativa do chefe do executivo.**"*

"De outro lado, não se constata violação ao princípio da impessoalidade, da proporcionalidade e razoabilidade por se conceder desconto de IPTU aos imóveis localizados em ruas onde ocorrem as feiras-livres, que ficam prejudicados nestes dias. Dessa forma, a lei tratou de conciliar interesses privados afetados pelas feiras-livres com o interesse público no tocante à sua realização."

*"**Note-se que a isenção foi concedida a imóveis indeterminados, mas que se encontram na situação descrita na lei, ou seja, localizado em logradouro onde ocorre feira-livre, o que em nada contraria a Constituição Estadual, lembrando-se que a benesse foi definida em consonância com o art. 176 do Código Tributário Nacional. Logo, houve tratamento igual a situações equivalentes, não havendo que se falar em afronta ao art. 163, II da Constituição Estadual.**"* (grifei – ADIn nº 2.224.194-27.2015.8.26.0000 – v.u. j. de 15.06.16 – Rel. Des. **JOÃO NEGRINI FILHO**).

Dentre outros: ADIn nº 0.045.262-90.2011.8.26.0000 – p.m.v. de 15.02.12

Acesso ao Sumário

– Rel. Des. **ENIO ZULIANI** e ADIn nº 2.113.671-45.2015.8.26.0000 – v.u. j. de 07.10.15 – Rel. Des. **ANTONIO CARLOS VILLEN**.

Não diverge dessa situação o desconto no IPTU para os imóveis cujo passeio abrigue o ponto de ônibus, conforme já decidi:

> *"**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** Guarulhos. Lei Municipal nº 7.295/14, de iniciativa parlamentar, dispondo sobre desconto de ISPPTU para imóveis cujo passeio público abrigue ponto de embarque e desembarque de passageiros de ônibus. Admissibilidade. Competência concorrente em se tratando de matéria tributária. Art. 61 da Constituição Federal e art. 24 da Constituição Estadual. Precedentes. **Improcedente a ação**." (ADIn 2.155.394-78.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 17.12.14 – de que fui Relator).*

Ausente violação à Constituição Bandeirante (ADIn nº 2.025.935-86.2015.8.26.0000 – v.u. j. de 27.01.16 – de que fui Relator).

Não se afrontam princípios constitucionais administrativos apontados – **arts. 37 da CF e 111 da CE**, ao contrário, **prestigiam-se**.

Finalmente, a matéria inclusive já foi objeto de **repercussão geral**, concluindo o **Colendo Supremo Tribunal Federal** pela inexistência de iniciativa legislativa reservada:

> *"Tributário. Processo legislativo. Iniciativa de lei. 2. Reserva de iniciativa em matéria tributária. Inexistência. 3. Lei municipal que revoga tributo. Iniciativa parlamentar. Constitucionalidade. 4. Iniciativa geral. Inexiste, no atual texto constitucional, previsão de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo em matéria tributária. 5. Repercussão geral reconhecida. 6. Recurso provido. Reafirmação de jurisprudência."* (**STF**, ARE-RG 743.480-MG – m.v. 10.10.13 – DJe 20.11.13 – Tribunal Pleno – Rel. Min. **GILMAR MENDES**).

Afastado qualquer vício de inconstitucionalidade a invalidar a norma legal.

Improcedente, portanto, a ação, mantém-se a **Lei Complementar Municipal nº 47**, de **18 de outubro de 2013** (fls. 19), do Município de Hortolândia, na íntegra.

Mais não é preciso acrescentar.

3. Julgo a ação improcedente, na parte conhecida.

Acesso ao Sumário

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2154808-70.2016.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, são agravados VALDEMIRA CÂNDIDA ROCHA DOS SANTOS e ARÃO MARTINS DOS SANTOS.

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 27982)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, ARTUR MARQUES, ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, FRANCISCO CASCONI, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SALLES ROSSI e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 9 de novembro de 2016.

ÁLVARO PASSOS, Relator

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL – Interposição contra o deferimento do pedido liminar de mandado de segurança para a suspensão dos efeitos do ato impugnado em relação aos próximos vencimentos dos impetrantes – Decisão que está ligada com a presença ou não dos requisitos legais da medida e não esgota o mérito do feito, que será, ao final, julgado, após o contraditório – Ponto central da lide que se refere à obediência ou não do devido processo legal administrativo – Pedido subsidiário de depósito judicial do valor controvertido que é incompatível com a finalidade da medida processual – Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo regimental interposto contra a decisão que, nos autos de mandado de segurança, concedeu em parte a liminar para determinar a suspensão dos efeitos do ato impugnado em relação aos próximos vencimentos dos impetrantes até que lhes assegurado o direito ao contraditório e ampla defesa na esfera administrativa.

Inconformado, o Presidente da Câmara Municipal de São Paulo busca afastar a liminar por entender que ausentes seus requisitos, bem como alega, em apertada síntese, que não incide o Decreto nº 52.192/2011 aos funcionários da Câmara Municipal, que dependem de ato de sua respectiva mesa; que o ato impugnado trata de uma adequação a entendimento fixado sobre o tema de remuneração em repercussão geral no E. STF; que houve notificação dos descontos; que o art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/2009 veda a concessão de liminar que conceda pagamento de qualquer natureza; que, se mantida a decisão, seja autorizado o depósito judicial dos valores controvertidos.

Após o advento de resposta dos impetrantes, vieram os autos para julgamento.

É o relatório.

Diante da análise integral dos autos até este momento, mostra-se necessária a manutenção da liminar tal qual lançada. Pela natureza da decisão que deve ser tomada nesta fase de cognição sumária, cabe examinar exatamente a presença ou não de seus requisitos, os quais não se confundem com o mérito do pleito, que, inclusive, pode afastar a liminar ao final, reconhecendo-se que há perigo de demora em razão de a matéria afetar os vencimentos dos impetrantes, de natureza alimentar, bem como a presença de *fumus boni iuris* em decorrência da necessidade de observância do devido processo legal administrativo, com contraditório e ampla defesa.

Oportuno consignar que a presente lide está fundada na obediência ou não do devido processo legal na esfera administrativa para a realização de alteração da remuneração dos funcionários, sem específica definição de natureza das verbas.

Este mandado de segurança e a liminar objeto de insurgência deste agravo, ao contrário do alegado pelo recorrente, não se enquadram na vedação do art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/2009, porquanto não tem como objeto *"compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza"*.

Com efeito, novamente ressaltando que o cerne da lide é o devido processo administrativo, a narrativa da inicial indica que os impetrantes, funcionários

Acesso ao Sumário

da Câmara Municipal, vinham recebendo sua remuneração com acréscimo de vantagem pessoal e que houve corte de parte dela, buscando-se, dessa forma, um restabelecimento da situação até então existente, o que não se confunde com uma eventual hipótese de concessão de vantagens não recebidas anteriormente.

As demais alegações apresentadas fogem ao objeto deste agravo que deve se limitar à análise da liminar com a presença ou não de seus pressupostos legais, sendo certo que o mérito de forma integral será concluído, confirmando ou não a liminar, após o devido contraditório.

Igualmente, inviável acolher o pedido subsidiário de realização de depósito judicial, posto que não se trata de conduta compatível com a finalidade de uma liminar, que, nesta hipótese, está atrelada ao recebimento de verbas de caráter alimentar dentro da pretensão de proteger um direito entendido, pelos impetrantes, como líquido e certo.

Em situações semelhantes à presente, já se julgou:

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. (Agravo Regimental nº 2148120-92.2016.8.26.0000 – Órgão Especial – São Paulo – Rel. Beretta da Silveira – J. 05/10/2016)

AGRAVO REGIMENTAL. Teto remuneratório. Recurso interposto contra decisão que deferiu, em parte, liminar pleiteada em autos de Mandado de Segurança para determinar que a autoridade impetrada restabeleça os vencimentos das impetrantes (sem os descontos aplicados com base no Ato 1.339/2016), enquanto o teto remuneratório das servidoras não for definido em regular processo administrativo, com as garantias do contraditório e da ampla defesa. Pretensão de revogação da liminar. Rejeição. Decisão agravada que ficou apoiada em fundamentação adequada e suficiente para justificar o posicionamento adotado. Agravo desprovido. (Agravo Regimental nº 2144794-27.2016.8.26.0000 – Órgão Especial – São Paulo – Rel. Ferreira Rodrigues – J. 21/09/2016)

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº

2176616-34.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, são agravados ACELINA ACELISMAR DE OLIVEIRA e LUCINDA QUEIROZ DE TOLEDO PIZA.

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 30.514)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, RICARDO NEGRÃO, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 30 de novembro de 2016.

ARANTES THEODORO, Relator

Ementa: Agravo regimental. Mandado de segurança. Corte nos vencimentos de servidor público em razão do teto constitucional. Ato da Mesa da Câmara Municipal de São Paulo. Impetração contra o Presidente da Câmara. Competência do Órgão Especial reconhecida. Liminar concedida tão só para suspender o corte até que a administração aprecie a defesa escrita dos servidores. Razões expostas no regimental que não infirmam o decidido. Agravo improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de agravo regimental tirado contra decisão que, em autos de mandado de segurança de interesse de servidores da Câmara Municipal de São Paulo, concedeu liminar para suspender o desconto na remuneração dos impetrantes, efetivado sob a justificativa de ter ela ultrapassado o teto constitucional, até que lhes seja concedida a oportunidade de apresentar e ver julgada defesa escrita.

Após apontar a incompetência deste Órgão Especial para julgar mandado de segurança contra deliberação da Mesa da Câmara, bem como a necessidade de

se intimar o Instituto de Previdência Municipal de São Paulo para integrar a lide, já que é o órgão responsável pela gestão do Regime Próprio de Previdência do Município, o recorrente afirma não se justificar a concessão da liminar porque o ato aqui impugnado foi editado na linha do julgamento do tema da Repercussão Geral nº 257 pelo Supremo Tribunal Federal, no qual foram indicadas as verbas que se submetem ao teto remuneratório constitucional.

A isso o agravante acrescenta que os impetrantes foram notificados para se manifestar sobre o desconto, tendo sido destarte respeitado o direito de defesa, que o corte não atingiu verba de caráter indenizatório e que, de todo modo, se ao final se constatar algum excesso os valores indevidamente descontados poderão ser restituídos, havendo então, por ora, o chamado risco reverso.

Assim, o recorrente pede seja revogada a liminar e, subsidiariamente, ordenado o depósito judicial do valor da remuneração que exceder o teto.

A decisão foi mantida.

É o relatório.

Aqui se cuida de mandado de segurança impetrado por servidores da Câmara Municipal de São Paulo contra Ato da Mesa que levou ao corte de sua remuneração ao argumento de que ela superava o chamado teto constitucional.

O relator concedeu liminar tão só para suspender o desconto até que fosse concedida aos impetrantes a oportunidade de apresentar e ver julgada defesa escrita, o que motivou o presente recurso.

O agravante aqui sustenta, no entanto, ser caso de cassar a liminar e enviar os autos a uma das Varas da Fazenda Pública ao fundamento de que o artigo 74 inciso III da Constituição estadual confere ao Tribunal de Justiça competência para julgar mandado de segurança contra ato *"do Presidente da Câmara Municipal da Capital"*, mas não contra ato da Mesa da Câmara.

Ora, nos termos do Regimento Interno da Câmara Municipal paulistana o Presidente da Mesa *"é o representante da Câmara, em juízo ou fora dele"* (art. 16), a quem compete, dentre outras atribuições, *"convocar e presidir as reuniões da Mesa; tomar parte nas suas discussões e deliberações, com direito a voto e assinar os respectivos atos e decisões e encaminhar as decisões da Mesa, cuja execução não for atribuída a outro de seus membros"* (art. 17, inciso IV, alíneas a, b e d, respectivamente).

Certo, portanto, que é o Presidente da Câmara quem responde pela Mesa.

Logo, motivo não há para se negar ao Tribunal de Justiça, por meio de seu Órgão Especial conforme anuncia o artigo 13 do Regimento Interno, competência para julgar mandado de segurança contra ato colegiado da Mesa da Câmara Municipal de São Paulo.

Aliás, assim já reconheceu este Órgão Especial:

Acesso ao Sumário

"De outra banda, compete ao Tribunal de Justiça, por meio de seu Órgão Especial, processar e julgar originariamente o mandado de segurança contra ato do Presidente da Câmara Municipal da Capital. Assim, se a impetração ataca ato da Mesa da Câmara Municipal, o Presidente da Câmara é a autoridade coatora responsável, devendo figurar no polo passivo da demanda." (MS nº 0254481-12.2012.8.26.0000, rel. Des. Guerrieri Resende).

Por outro lado, nem há razão para se chamar o Instituto de Previdência Municipal para integrar a lide.

Com, efeito, não obstante a particularidade de um dos impetrantes auferir seus proventos de aposentadoria junto àquele órgão, o corte na remuneração se deu especificamente por Ato da Mesa da Câmara, que depois adotou as providências necessárias ao cumprimento da liminar (fls. 50).

Sob tal quadro, pois, não se justifica aquele chamamento.

Tampouco quanto ao mais o recurso procede.

Como se viu, a liminar não foi concedida sob a convicção de ser descabido o corte de remuneração consequente à observância do chamado teto constitucional, mas exclusivamente sob a constatação de que os servidores não foram previamente chamados a se manifestar sobre aquela medida e as verbas que por ela seriam atingidas.

Isto é, porque os servidores não foram chamados para exercer o direito de defesa antes de se consumar o ato, precedência destinada a evitar lesão impossível de ser prontamente reparada porque se cuidava de verbas de finalidade alimentar.

Pois o recorrente aqui confirma que assim não ocorreu, eis que o chamamento dos servidores se deu quando o corte já havia se consumado.

O agravante alega, é verdade, que o Ato normativo não exigia fosse aberto prazo para a defesa antes de se consumar a medida administrativa, mas sim que o servidor fosse comunicado de modo a poder apresentar sua defesa, que não gozaria de efeito suspensivo.

Tal argumento, contudo, diz respeito ao próprio mérito da impetração e, por isso, não é susceptível de ser aqui examinado.

Por ora importa, pois, constatar que a concessão da liminar se fundou na constatação de que não fora adequadamente respeitado o direito de defesa e que havia risco de a ordem que ao final se concedesse tornar-se ineficaz.

Note-se que para o fim em que fora concedida a liminar não se há de dizer presente o chamado risco reverso, eis que como reconhecem os impetrantes *"no caso de improcedência da ação, eventuais valores a serem devolvidos poderão ser descontados de seus vencimentos"* (fls. 14 dos autos principais).

A concessão da liminar nem contrariou o § 2º do artigo 7º da Lei nº

Acesso ao Sumário

12.016/2009, já que não importou em *"concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza"* a servidor público.

Por fim, mandar depositar em juízo a parte atingida pelo corte nenhum proveito traria a qualquer das partes e em realidade equivaleria à própria negação da liminar, cuja concessão como se viu mostrava-se de rigor ante a necessidade de se assegurar o direito de defesa e evitar a pronta consumação de lesão.

Em suma, não se justifica a reforma da aludida decisão.

Nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2151615-47.2016.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, são agravados ANDREA RASCOVSKI ICKOWICZ, MARCELLA FALBO GIACAGLIA, MARIO SERGIO MASCHIETTO e SIMONA MARY PEREIRA DE ALMEIDA.

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 35.645)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), MOACIR PERES, 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, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, RICARDO NEGRÃO e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 30 de novembro de 2016.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL – Decisão que deferiu pedido de liminar – Documentos posteriores que justificam a concessão pretendida – Decisão do STF que, em tese, poderá fundamentar a devolução de valores pagos em excesso - Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo regimental interposto pelo Presidente da Câmara Municipal de São Paulo, em face de decisão que deferiu o pedido de liminar no âmbito do mandado de segurança, cujo objeto é a manutenção de remuneração de servidores acima do teto constitucional, em razão de benefícios alcançados antes da Emenda Constitucional nº 41/2003.

Recurso tempestivo e regularmente processado, com resposta às fls. 333/354.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 359/365).

É o relatório.

Não assiste razão ao recurso.

O ato impugnado aparentemente afronta direito adquirido anterior à Emenda Constitucional nº 41/2003 e o princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos/proventos dos servidores públicos (artigo 37, XV, da Constituição Federal).

Os documentos trazidos, posteriormente, aos autos, dão conta que decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 606.358 com Repercussão Geral, tema 257, a qual embasou a criação do Ato da Mesa nº 1.339/16, prevê a restituição de valores recebidos em excesso em casos similares, ainda que de boa-fé, após o dia 18 de novembro de 2015, data do julgamento daquele recurso, o que, em tese, poderá fundamentar a devolução de valores pagos em excesso, caso seja ao final denegada a ordem com o reconhecimento da legalidade do ato dito coator.

Assim sendo, é de rigor, a manutenção da decisão guerreada para determinar a suspensão dos descontos referentes ao Ato da Mesa nº 1.339/16 dos vencimentos dos impetrados.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2206086-13.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, é agravado AYLOR FRANCISCO ABREU.

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 27.833 (O.E.))**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, RICARDO NEGRÃO, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA e ARANTES THEODORO.

São Paulo, 30 de novembro de 2016.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. Decisão que concedeu liminar em mandado de segurança para suspender os descontos dos vencimentos do impetrante, determinados pelo Ato da Mesa da Câmara Municipal de São Paulo nº 1.339/2016. Ato coator praticado pela Mesa Diretora da Câmara Municipal, sob a presidência do Presidente do Poder Legislativo local (arts. 5º, 16, 17, IV, "a" e "b", do Regimento Interno da Câmara de Vereadores). Chefe do Poder Legislativo que é o legitimado para figurar no polo passivo do feito. Competência do Colendo Órgão Especial para processar e julgar o "writ" (art. 74, III, da Constituição Estadual, e art. 13, I, "a", do Regimento Interno desta Corte de Justiça). Regularidade da decisão. Presença dos requisitos autorizadores da concessão da cautela. Ausência de ilegalidade ou abuso. Agravo não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de AGRAVO REGIMENTAL interposto pela CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e sua MESA DIRETORA de decisão que, em sede de MANDADO DE SEGURANÇA impetrado por AYLOR FRANCISCO ABREU, concedeu liminar para suspender os descontos dos vencimentos do impetrante, ora agravado, determinados pelo Ato nº 1.339/2016, da Mesa Diretora.

Pleiteiam as agravantes seja cassada a liminar concedida, não se conhecendo do *writ*, por não ser este Colendo Órgão Especial competente para apreciar mandado de segurança impetrado contra ato da Mesa Diretora da Câmara dos Vereadores de São Paulo. Aduzem, no mais, a impossibilidade de se conceder medida liminar que gere o pagamento de qualquer natureza, sob pena de infringência ao artigo 7º, da Lei Federal nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. Requerem a substituição da medida, para que se permita à autoridade impetrada efetuar o depósito judicial dos valores que seriam descontados. Por fim, sustentam ausentes os requisitos da tutela de urgência, uma vez que os descontos realizados respeitaram o devido processo legal e os ditames da Constituição Federal, inexistindo, na espécie, qualquer risco de dano ao impetrante, havendo, na verdade, perigo de dano reverso.

O impetrante apresentou sua contraminuta (fls. 77/85).

É o relatório.

A decisão impugnada deve ser mantida, estando lavrada, em parte, nos seguintes termos:

> ***"O* fumus boni iuris *se vislumbra pela análise dos documentos apresentados (fls. 27/31). Já o* periculum in mora *é evidente, com a possibilidade de dano irreparável em decorrência da supressão de parte do pagamento dos vencimentos do impetrante, com comprometimento de seu patrimônio e com reflexos em compromissos eventualmente assumidos. Contudo, recomenda a cautela que se analise o mérito antes de se decidir sobre o pleito de restituição dos valores já descontados.***
>
> ***Deve-se ressaltar que a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 606.358, com Repercussão Geral, tema 257, a qual embasou a criação do Ato da Mesa nº 1.339/16 (fls. 25/26), prevê a restituição de valores recebidos em excesso em casos similares, ainda que de boa-fé, após o dia 18 de novembro de 2015, data do julgamento daquele recurso, o que, em tese, poderá fundamentar a devolução de valores pagos em excesso, caso seja ao final denegada a ordem com o reconhecimento da legalidade do ato dito coator.***
>
> ***Sendo assim, concedo parcialmente a liminar, apenas para determinar a suspensão dos descontos referentes ao Ato nº 1.339/16 dos vencimentos do impetrante, oficiando-se com urgência".***

O agravo regimental é recurso adequado apenas à constatação da regularidade formal e da legalidade da decisão impugnada.

Primeiramente, não procede a alegação de incompetência deste Colendo Órgão Especial para processar e julgar o presente *writ*.

A autoridade coatora é o Presidente da Câmara de Vereadores de São Paulo, que presidiu a reunião da Mesa do Legislativo Paulistano, na qual o Ato

Acesso ao Sumário

da Mesa nº 1.339/16 foi expedido, resultando em descontos dos vencimentos do ora impetrante.

O Regimento Interno da Câmara Municipal (Resolução nº 2, de 26 de abril de 1991) estabelece que ***"a Mesa eleita, com mandato de 1 (um) ano, será composta do Presidente, do 1º Vice-Presidente, do 2º Vice-Presidente, do 1º Secretário e do 2º Secretário"*** (art. 5º, *caput*), cabendo ao Presidente representar a Câmara em juízo ou fora dele (art. 16), ***"convocar e presidir as reuniões da Mesa"*** e assinar os respectivos atos e decisões (art. 17, IV, *a* e *b*).

Segundo Hely Lopes Meirelles, ***"é autoridade coatora, para os efeitos da lei, a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado e o superior que baixa normas gerais para sua execução. (...) Nos órgãos colegiados considera-se coator o presidente que subscreve o ato impugnado e responde pela sua execução; nos atos complexos o coator é a última autoridade que neles intervém para seu aperfeiçoamento, mas a jurisprudência tem exigido a notificação de todos os que participaram do ato; nos atos compostos o coator é a autoridade que pratica o ato principal; nos procedimentos administrativos o coator é a autoridade que preside a sua realização"***[1].

E este Colegiado já decidiu nesse sentido, a saber:

> ***"MANDADO DE SEGURANÇA – Concurso público – Autoridade coatora corretamente indicada – Pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal – Na hipótese, a autoridade apontada é o Presidente da Mesa Diretora da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo – Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada – Impetração conhecida. MANDADO DE SEGURANÇA – Concurso público – Alegação de preterição da impetrante na nomeação a cargo ao qual foi aprovada fora do número de vagas – Cargo de 'Agente Técnico Legislativo' (atualmente denominado 'Analista Legislativo') que é único e engloba diversas disciplinas – No caso, ainda que nomeada psicóloga para o cargo anteriormente ocupado por enfermeira, não significa que aquela atuará na função de especialista em enfermagem – Inexistência de direito líquido e certo – Pedido subsidiário de precedência sobre outros candidatos em futuro concurso – Pedido juridicamente impossível – Segurança denegada".*** (Mandado de Segurança nº 2058073-43.2014.8.26.0000 – São Paulo, TJSP, Órgão Especial, Desembargador Relator Luiz Antonio de Godoy, j. 20/08/2014).

Desse modo, sendo a autoridade coatora o Presidente da Câmara dos Vereadores de São Paulo, tem-se configurada a competência deste Colendo Órgão Especial para processar e julgar o presente *mandamus*, a teor do que determinam o artigo 74, inciso III, da Constituição Estadual, e o artigo 13, inciso

1 *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, 35ª ed., São Paulo: Malheiros, São Paulo, 2013, pp. 72 e 75.

Acesso ao Sumário

I, alínea *a*, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, a saber:

> ***"Artigo 74 – Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição, processar e julgar originariamente:***
>
> ***(...)***
>
> ***III – os mandados de segurança e os 'habeas data' contra atos do Governador, da Mesa e da Presidência da Assembléia, do próprio Tribunal ou de algum de seus membros, dos Presidentes dos Tribunais de Contas do Estado e do Município de São Paulo, do Procurador-Geral de Justiça, do Prefeito e do Presidente da Câmara Municipal da Capital;***
>
> ***(...)".***
>
> ***"Art. 13. Compete ao Órgão Especial:***
>
> ***I – processar e julgar, originariamente:***
>
> ***a) as autoridades e matérias cometidas ao Tribunal de Justiça pelas Constituições Federal, do Estado de São Paulo e legislação aplicável, ressalvada a competência de órgão fracionário;***
>
> ***(...)".***

No restante, o presente recurso visa à análise de questões pertinentes ao mérito da pretensão objeto do mandado de segurança. A decisão agravada não apresenta nenhuma irregularidade, estando devidamente justificada a concessão da liminar com base na observância dos requisitos legais. Assim, o deferimento cautelar não configurou ilegalidade ou abuso de poder, não sendo, portanto, passível de correção pela via do agravo regimental.

Contrariamente ao alegado pelas agravantes, a medida cautelar não resultou em pagamento de qualquer natureza, não havendo ainda de se falar em *periculum in mora* reverso, pois se previu na decisão combatida a restituição dos valores eventualmente recebidos em excesso pelo impetrante.

Ademais, a legislação que as recorrentes alegam ter sido infringida não se aplica ao caso, pois, como já dito, a concessão da cautelar recompôs situação existente previamente, não tendo havido inovação quanto ao pagamento dos vencimentos percebidos pelo impetrado.

Descabido, no mais, o pleito de permissão para a realização de depósitos judiciais, pois teria o mesmo efeito lesivo imediato ao impetrante que a efetivação dos descontos.

Quanto ao devido processo legal, conforme constou da petição inicial, o objetivo da impetração é o ***"resguardo dos direitos do Impetrante, eis que sem a mesma estes não terão assegurado o devido processo legal diante da medida que lhes impõe redução patrimonial"***. E a decisão ora agravada teve o condão de possibilitar justamente essas garantias ao impetrante, não tendo adentrado no mérito dos descontos, se realizados, ou não, de acordo com os ditames da Constituição Federal.

Acesso ao Sumário

Por fim, como destacado na medida liminar, o perigo da demora se mostra evidente, diante da possibilidade de haver dano irreparável pela supressão de parte dos vencimentos do impetrante, comprometendo-se seu orçamento familiar, com reflexos, inclusive, sobre compromissos eventualmente assumidos.

Diante do exposto, nega-se provimento ao agravo regimental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2160682-36.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PEFEITO DO MUNICÍPIO DE JACAREÍ e interessado PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE JACAREÍ, é agravado PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA 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 28.016)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, RICARDO NEGRÃO, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, 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, 30 de novembro de 2016.

RICARDO ANAFE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo Interno.

Pretensão de reconsideração da liminar parcialmente concedida na ação direta de inconstitucionalidade em que se suspendeu, até final julgamento, a eficácia dos incisos XXII e XXIV, do artigo 28, § 2º, do artigo 72, e § 2º, do artigo 74, da Lei Orgânica do Município de Jacareí, na parte em que *obsta novas admissões com base nos dispositivos impugnados* – Pedido de reforma consubstanciado na alegação de que com a

troca de governo decorrente do resultado eleitoral no Município, o novo gestor estará impedido de nomear nova equipe, inviabilizando, assim, o funcionamento das Fundações e Autarquias – Razões recursais que não tem o condão de alterar a posição adotada por este Relator, em cognição sumária – Presença dos requisitos autorizadores da concessão da medida – A eficácia da decisão liminar na ação direta de inconstitucionalidade é *pro futuro*, de forma que não prejudica a ordem administrativa nem impede a continuidade dos serviços públicos, afastados os motivos de segurança jurídica ou de excepcional interesse social a ensejar a modulação temporal dos efeitos.

Nega-se provimento ao recurso interposto.

VOTO

1. Trata-se de agravo interno tirado pelo Prefeito do Município de Jacareí voltado à reforma da decisão liminar proferida nos autos da ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, na parte em que proibiu novas admissões com base nos dispositivos impugnados. Aduz, em síntese, que os dispositivos questionados estão inseridos em quatro leis que organizam a estrutura administrativa da Administração Pública Indireta no Município de Jacareí, formada pela Fundação Pró-Lar, Fundação Cultural de Jacarehy, Instituto de Previdência do Município de Jacareí e o SAAE – Serviço Autônomo de Água e Esgoto, abrangendo diversos cargos em comissão e função de confiança. Alega, ainda, que o novo Prefeito eleito estará impedido de nomear nova equipe, vez que a decisão proferida impede novas nomeações, correndo o risco da total paralisação dos serviços. Sustenta ser necessária a modulação dos efeitos daquela decisão, para autorizar a substituição dos cargos em comissão e funções gratificadas em razão da mudança de governo decorrente do resultado eleitoral, com vistas a evitar a descontinuidade da prestação de serviços públicos.

Contraminuta da D. Procuradoria Geral de Justiça a fl. 13/18, pelo desprovimento do agravo interno.

É o relatório.

2. A decisão agravada concedeu a liminar nos seguintes termos:

"(...) Plausível a argumentação exposta na inicial, pois numa análise superficial, os dispositivos impugnados criam cargos de provimento em comissão e funções de confiança sem especificar suas atribuições,

Acesso ao Sumário

não satisfazendo a exigência, a descrição das atividades por meio de decreto ou portaria. De outro lado, a descrição genérica e imprecisa das atribuições dos cargos ofende o princípio da legalidade, tornando-os, dessa forma, compatíveis com exercício de atividades meramente burocráticas, sem natureza de direção, chefia ou assessoramento, o que *in thesis*, viola o disposto no artigo 115, inciso V, da Constituição do Estado, e pelo artigo 37, inciso V, da Constituição Federal. Noutro ponto, com relação aos cargos de assessoramento jurídico ('Consultor Jurídico' e 'Assessor Jurídico'), insertos nos Anexo I da Lei nº 5.499/2010, Anexo I da Lei 5.500/2010, Anexo I da Lei nº 5.501/2010 e Anexo II da Lei nº 5.502/2010, na redação dada pela Lei nº 5.957/2015, do Município de Jacareí, *prima facie*, tem as mesmas funções atribuídas à Advocacia Pública, cujos cargos devem ser providos por meio de concurso público (artigos 98, § 2º e 100, da Constituição do Estado).

Já no que se refere à Lei Orgânica Municipal, na parte que possibilita à Câmara Municipal convocar e requisitar informações dos Presidentes de Autarquias e Fundações Municipais, à luz de cognição sumária, insere-se, em princípio, na atribuição constitucionalmente estabelecida ao Legislativo, nos termos do artigo 20, inciso X, da Carta Bandeirante. Noutro giro, acerca dos dispositivos e expressões impugnadas, descabe neste momento, eventual interpretação conforme a Constituição, de acordo com a autorização do artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99; entretanto, os incisos XXII e XXIV, do artigo 28, § 2º, do artigo 72, e § 2º, do artigo 74, da LOM que dispõem sobre imputação da prática de crime de responsabilidade, em princípio, padecem de inconstitucionalidade, por violação ao princípio federativo, eis que são da competência legislativa da União a definição de crimes de responsabilidade e seu respectivo processo, nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal.

De toda forma, na espécie, não vislumbro o *periculum in mora*, pois as leis questionadas foram editadas em 2010, de modo que envolvem grande número de cargos e a sua supressão de imediato poderá ensejar dano maior à Administração Pública local. Assim, até que realizado aprofundado exame dos argumentos expostos, com a vinda das informações e manifestação da D. Procuradoria Geral de Justiça, concedo em parte a liminar, para suspender a eficácia dos incisos XXII e XXIV, do artigo 28, § 2º, do artigo 72, e § 2º, do artigo 74, da Lei Orgânica do Município de Jacareí, bem como para obstar novas admissões com base nos dispositivos impugnados, a partir da ciência desta decisão, até julgamento final da ação. Comunique-se.

Acesso ao Sumário

2. Requisitem-se informações do Senhor Presidente da Câmara Municipal de Jacareí e do Senhor Prefeito do Município de Jacareí, a serem prestadas em 30 dias.

3. Cite-se o Procurador-Geral do Estado para, em querendo, manifestar-se sobre os dispositivos impugnados.

4. Após, encaminhem-se os autos à douta Procuradoria Geral de Justiça, voltando conclusos.

Intimem-se." (fl. 670/674).

Assim, em juízo de cognição sumária, vislumbra-se a plausibilidade jurídica do pedido, porquanto 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.

E, 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).

Nesse quadro, se apresenta descabida a reconsideração da decisão, posto que a revogação da liminar condiciona-se a constatação de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, o que não se verifica no caso, de tal arte que as razões do agravo interno não são suficientes para afastar a conclusão da decisão agravada. Nessa mesma linha, julgados do Colendo Órgão Especial: Agravo Regimental nº 2073445-61.2016.8.26.0000/50000, Rel. Des. Sérgio Rui, j. 29/6/2016; Agravo Regimental nº 2049664-10.2016.8.26.0000, Rel. Des. Renato Sartorelli, j. 13/4/2016.

De outra parte, também sem razão o recorrente quanto ao pedido de modulação de efeitos da decisão agravada.

Ora, a validade de lei inconstitucional, pelo tempo de sua vigência, deve ser expressa, o que significa que se deve equacionar os efeitos da decisão proferida pela Corte Superior, no que tange à amplitude (*inter partes* ou *erga omnes*), ao tempo de vigência (*ex tunc* ou *ex nunc*), à repristinação, e às repercussões econômicas e sociais. Trata-se da chamada modulação dos efeitos da decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade __ regra excepcional que

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.

indica a possibilidade de se conferir o efeito *ex nunc* (não retroativo) à decisão proferida pelo Tribunal.

Com efeito, a regra no Direito Brasileiro continua sendo a da eficácia *ex tunc*, apenas diante de situações extraordinárias, por razões de segurança jurídica ou de interesse social, é que poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, alterar o momento da produção dos efeitos da decisão que definir pela inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo (Cf. artigo 27, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999).

Nessa esteira, importante notar que, em regra geral, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade atribuídos às medidas cautelares são *ex nunc* (Cf. artigo 11, § 1º, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999)[2].

In casu, este Relator, atento à natureza provisória da medida liminarmente concedida, atribuiu eficácia da decisão *pro futuro*, sem o desfazimento de atos administrativos precedentes, impedindo apenas novas nomeações com base nos dispositivos impugnados.

Dessa forma, não há falar em comprometimento da ordem administrativa, afastado o risco de descontinuidade dos serviços públicos, bem como os motivos de segurança jurídica ou de excepcional interesse social a ensejar a modulação temporal dos efeitos.

3. À vista do exposto, mantida a decisão agravada, e, pelo arrimo esposado, nego provimento ao recurso interposto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2189959-97.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITO DO MUNICÍPIO DE UBATUBA, é agravado PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA 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 36.118)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, RICARDO NEGRÃO, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO

Acesso ao Sumário

2 "Art. 11. (...) § 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa."

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, 30 de novembro de 2016.

FERRAZ DE ARRUDA, Relator

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – INTERPOSIÇÃO CONTRA O DEFERIMENTO DE PEDIDO DE LIMINAR EM FACE DE LEI QUE AUTORIZA O EXECUTIVO MUNICIPAL A REPASSAR RECURSOS FINANCEIROS MEDIANTE CONVÊNIO ÀS ASSOCIAÇÕES DE PAIS E MESTRES DAS ESCOLAS MUNICIPAIS – NÃO HÁ COMO, EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL, ADENTRAR-SE AO MÉRITO DE TAIS QUESTÕES – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Trata-se de Agravo Regimental interposto, tempestivamente, contra a decisão que, nos autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade, suspendeu liminarmente os efeitos da lei impugnada até que se julgue o mérito da presente, alcançando, por arrastamento, a lei revogada.

Inconformado, o Prefeito Municipal da Estância Balneária de Ubatuba busca afastar a liminar por entender "prima facie" ausência dos pressupostos afetos ao "fumus boni iuris". Alega, ainda que a celebração de convênio por parte do Executivo Municipal com entidade sem caráter lucrativo, com autorização legislativa, possibilita o afastamento da realização do certame licitatório, permitindo a contratação direta. Ademais, entende que, não há violação ao princípio do concurso público, haja vista que, os dispositivos da lei municipal não estabelecem como finalidade a contratação de pessoal.

Houve contraminuta a pág. 62/70.

É o relatório.

Em realidade o agravante entra pelo próprio mérito da ação ao pretender, via este recurso, o desfazimento da medida liminar concedida, ou pelo menos que não se sacrifique a lei inteira como violadora de normas constitucionais.

Mas sem razão.

Acesso ao Sumário

Não vou adentrar ao mérito do tema porque aqui não é lugar, mantendo, pois, o entendimento de que a lei impugnada pretende, sem licitação, celebrar convênio com entidade particular para gerir, por meio de verba liberada pelo Município, aspectos patrimoniais da relação da entidade conveniada com as escolas municipais de tal sorte que, sem dúvida alguma, implicará em constantes manuseios de verbas públicas por entidade privada privilegiada, ainda que ligada ao ensino das escolas municipais.

Não há, por outro lado, pelo mesmo motivo, porque fatiar a lei e verificar em sede agravo regimental o que é ou não constitucional já que a citada lei impugnada mais não quer do que passar para entidade privada, sem licitação, mediante a disponibilidade de verbas orçamentárias, encargo primeiro que é da Municipalidade.

Enfim, mantenho o despacho agravado por seus jurídicos fundamentos.

Isto posto, nego provimento ao presente agravo regimental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2103431-60.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ANTONIO JOSE CHRISTOVAM e interessado MUDANÇAS SÃO CHRISTOVAM (MASSA FALIDA), é agravado MIGUEL ANGELO BRANDI JÚNIOR (DESEMBARGADOR).

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 22.645)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, 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 e BERETTA DA SILVEIRA.

São Paulo, 7 de dezembro de 2016.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Presidente e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo Regimental – Arguição de suspeição arquivada – Oposição contra Desembargador da 7ª Câmara de Direito Privado sob a alegação de parcialidade no julgamento – Inexistência de qualquer fato concreto que possa conspurcar a imparcialidade do arguido – Agravo não Provido.

VOTO

Irresignado com a decisão que, com o permissivo no art. 113 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, determinou o arquivamento da petição de arguição de suspeição oposta em face do Desembargador Miguel Ângelo Brandi Júnior, da 7ª Câmara de Direito Privado, na análise do agravo de instrumento nº 2140732-75.2015.8.26.0000, Antonio José Christovam interpôs agravo regimental, sob a alegação de parcialidade no julgamento.

Contraminuta às fls. 32/35.

É o relatório.

O reclamo recursal não merece acolhida.

Com efeito, a arguição de suspeição é meio pelo qual *a parte, denunciando a falta de capacidade subjetiva do juiz, provoca seu afastamento da relação processual* (SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 2º vol. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 197).

Consoante a lição de Alfredo Buzaid (BUZAID, Alfredo. Estudos e Pareceres de Direito Procesual Civil – Exceção de Suspeição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 189), comentando o que significava o art. 135, inciso V, do CPC, a expressão "interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes", que pode ser perfeitamente aplicada à locução do art. 145, IV, do NCPC, porquanto de mesmo teor que a anterior, dispõe que o que *o enunciado da lei quer exprimir com essas palavras é que o juiz tem um vínculo de interesse próprio, que se identifica com o interesse da parte, em cujo benefício profere ou vai proferir a sentença. Ele estará julgando causa* ***alheia****, mas na qual tem um interesse* ***próprio***.

Não se indicou especificamente qual o interesse do ilustre Desembargador na solução da causa. A propósito, instado a se manifestar a respeito do agravo, Sua Excelência reiterou os argumentos já apresentados quando de sua manifestação na arguição, ou seja, que não conhece qualquer uma das partes, e limitou-se a apreciar as questões jurídicas – sem qualquer valoração pessoal – que lhe foram submetidas, conclusão adotada à unanimidade pela Turma Julgadora.

Decisões contrárias ao interesse da parte, *error in judicando*, *error in procedendo*, ou eventual não apreciação ou má intelecção das teses ou da prova não são passíveis de correção por meio da arguição de suspeição e nem

Acesso ao Sumário

a justificam quando inexistente o dolo e caberia à parte valer-se do recurso adequado.

Ainda que assim não fosse, anota Theotônio Negrão que *a exceção de impedimento de desembargador deve ser oposta antes do julgamento pelo Tribunal, sob pena de preclusão (RSTJ 187/249: 2ª T., Resp 520.026). No mesmo sentido: RSTJ 54/411 (3ª T.), 119/467 (4ª T.)* (v. *Código de processo civil e legislação processual civil em vigor*. 41ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, nota *1c* ao art. 305, p. 465).

Ora, somente depois de julgado o agravo de instrumento pela Câmara, e já opostos embargos de declaração, é que o arguente interpôs a arguição, o que já seria suficiente para repelir o incidente.

Acrescente-se, contudo, que o art. 146, *caput*, do Código de Processo Civil estabelece que "no prazo de 15 (quinze dias), a contar do conhecimento do fato, a parte alegará o impedimento ou a suspeição, em petição específica dirigida ao juiz do processo, na qual indicará o fundamento da recusa, podendo instruí-la com documentos em que se fundar a alegação e com rol de testemunhas".

Destarte, a parte pode arguir a suspeição ou o impedimento do magistrado mesmo depois do julgamento por ele proferido, desde que o faça no prazo de quinze dias contados da ciência da falta de pressuposto processual (juiz competente e imparcial) do órgão julgador. Mas se tal circunstância ocorrer (ciência após o julgamento), o meio processual adequado não será a exceção ritual, uma vez que a decisão do magistrado impedido ou suspeito já foi proferida e não haverá mais sentido em afastá-lo do julgamento, mas sim os recursos comuns ou a ação rescisória.

A finalidade das exceções de impedimento e de suspeição é de afastar magistrado eventualmente impedido ou suspeito, da condução do processo, nos casos previstos em lei. Portanto, somente tem sentido sua admissão nos prazos previstos na legislação processual civil até a prolação da sentença (Nelson Nery Jr. & Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 578).

Na situação específica de julgamentos por órgãos colegiados, decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça que *a suspeição do julgador somente pode ser arguida enquanto não realizado o julgamento do feito. Inaugurar a possibilidade de apresentação da exceção após a prolação de voto de primeiro vogal conspiraria contra o Princípio da Segurança Jurídica, que visa preservar as decisões judiciais* (REsp. 955.783/DF, 1ª Turma, Rel. Luiz Fux, j. 6.5.2010).

Arguição de suspeição contra membro de Turma especializada sem função de relatoria deverá ser oposta até o julgamento do feito (AgRg na ExSusp 14/SP, Corte Especial, Rel. Nilson Naves, DJU 22.3.2003).

As exceções de suspeição e impedimento de Desembargador devem ser

Acesso ao Sumário

opostas antes do julgamento pelo Colegiado (REsp 151.768/RN, 4ª Turma, Rel. Barros Monteiro, j. 1.10.98).

A exceção de impedimento deve ser oposta antes do julgamento pelo Tribunal, sob pena de preclusão (Resp 520.026/CE, 2ª Turma, Rel. Francisco Peçanha Martins, j. 21.9.93).

Destarte, inexistindo qualquer fato concreto *que possa macular a imparcialidade do julgador, ficando a alegação somente no campo da retórica, não rende ensejo ao acolhimento de exceção de suspeição* (AgRg na ExSusp. 87/GO, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Segunda Seção, julgado em 09-09-2009, DJE 16-09-2009).

Salienta-se que em suas razões o agravante não apresentou novos argumentos, além dos já apreciados no momento da prolação da decisão recorrida.

Destarte, ausentes os requisitos legais, era mesmo o caso de rejeição liminar da arguição de suspeição.

Ante o exposto, **nega-se** provimento ao agravo regimental.

Arguições de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0039528-85.2016.8.26.0000, da Comarca de Iguape, em que é suscitante 7ª 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: "ACOLHERAM A ARGUIÇÃO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. MOACIR PERES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.550)**

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, ELCIO TRUJILLO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA,

Acesso ao Sumário

TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO e SÉRGIO RUI.

São Paulo, 19 de outubro de 2016.

SALLES ROSSI, Relator

Ementa: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 1.936/2007 do Município de Iguape que autorizou a Câmara Municipal a custear o pagamento de contrato de assistência médica celebrado por seus servidores, mediante o intermédio de entidade de classe representante da categoria junto à entidade particular prestadora de serviço de saúde – Violação ao art. 37, XXI, da Constituição Federal e art. 117 da Constituição Estadual, infringindo a regra de licitação para contratações públicas, o que acarreta inobservância aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, que devem nortear a Administração Pública – Incidente conhecido e acolhido.

VOTO

Cuida-se de Arguição de Inconstitucionalidade suscitada pela 7ª Câmara de Direito Público do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em face da Lei nº 1.936/2007, do Município de Iguape, que autorizou a Câmara Municipal a custear o pagamento de contrato de assistência médica celebrado por seus servidores, mediante o intermédio de entidade de classe representante da categoria junto à entidade particular prestadora de serviço de saúde.

Sustenta a Câmara suscitante que a norma impugnada ao delegar à entidade de classe representante dos servidores a faculdade de contratar entidade particular, sendo o pagamento realizado diretamente pelo Poder Público, violou o artigo 37, XXI da Constituição Federal, ao descumprir o regramento da obrigatoriedade da licitação para contratações públicas. Por essa razão, foi suscitada a inconstitucionalidade da norma e a necessidade do exame da matéria pelo Colendo Órgão Especial desse E. Tribunal de Justiça.

Acesso ao Sumário

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 113/118), pelo conhecimento do incidente e seu acolhimento.

É o relatório.

A presente arguição de inconstitucionalidade comporta ser conhecida e

acolhida.

Assim está redigida a Lei nº 1.936/2007, do Município de Iguape:

"Art. 1º. Fica a Câmara Municipal autorizada a pagar o valor devido mensalmente pelo servidor da Câmara Municipal, ativo ou inativo, filiado a entidade de classe de servidores municipais, em razão de contrato celebrado entre essa entidade em nome dos servidores e alguma entidade particular de prestação de serviços de assistência médica em grupo.

Parágrafo único – O pagamento a que se refere o *caput* será efetuado diretamente pela Câmara Municipal à entidade prestadora dos serviços médicos com base nas informações prestadas pela entidade de classe dos servidores municipais."

Extrai-se claramente dos termos da norma impugnada sua inconstitucionalidade, por conta de flagrante violação ao art. 37, XXI, da Constituição Federal e art. 117 da Constituição Estadual, infringindo a regra de licitação para contratações públicas, o que acarreta inobservância aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, que devem nortear a Administração Pública.

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A hipótese dos autos não se enquadra dentre aquelas que possibilitam a dispensa de licitação (art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93, alterada pela Lei nº 9.648/98), ausente situação emergencial ou de calamidade pública que justificasse a contratação de entidade particular prestadora de serviço de saúde sem observância do procedimento licitatório.

Ensina HELY LOPES MEIRELLES, *"A emergência que dispensa licitação caracteriza-se pela urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens públicos ou particulares. Situação de emergência é, pois, toda aquela que põe em perigo ou causa dano à segurança, à saúde ou à incolumidade de pessoas ou bens de uma coletividade, exigindo rápidas providências do Poder Público para debelar ou minorar as consequências*

Acesso ao Sumário

lesivas (art. 24, IV). (...) Exemplificando, são casos de emergência o rompimento do conduto de água que abastece a cidade; a queda de uma ponte essencial para o transporte coletivo; a ocorrência de um surto epidêmico; a quebra de máquinas ou equipamentos que paralise ou retarde o serviço público e tantos outros eventos ou acidentes que transportam a vida da comunidade e exigem prontas providências da Administração. Em tais casos, a autoridade pública responsável, verificando a urgência das medidas administrativas, pode declará-las de emergência e dispensar a licitação para as necessárias contratações, circunscritas à debelação do perigo ou à atenuação de danos a pessoas e bens públicos ou particulares. O reconhecimento da emergência é de valoração subjetiva, mas há de estar baseado em fatos consumados ou iminentes, comprovados ou previstos, que justifiquem a dispensa da licitação." (*in* Licitação e Contrato Administrativo, 15º ed., Editora Malheiros, pág. 145).

A Câmara Municipal sequer aponta as razões que justificariam a adoção do regime de contratação direta, sem prévia licitação, o que, se observado, poderia conferir ao erário vantagem em obter serviço de idêntica qualidade com menor custo.

A respeito, leciona ALEXANDRE DE MORAES: *"Enquanto os particulares desfrutam de ampla liberdade na contratação de obras e serviços, a Administração Pública, em todos os seus níveis, para fazê-lo, precisa observar, como regra, um procedimento preliminar determinado e balizado na conformidade da legislação. Em decorrência dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e probidade administrativa, os contratos que envolvem responsabilidade do erário público necessitam adotar a licitação, sob pena de invalidade, ou seja, devem obedecê-la com rigorosa formalística como precedente necessário a todos os contratos da administração, visando proporcionar-lhe a proposta mais vantajosa e dar oportunidade a todos de oferecerem seus serviços ou mercadorias aos órgãos estatais, assegurando, assim, sua licitude. A participação da administração pautar-se pelos imperativos constitucionais e legais, bem como pela mais absoluta e cristalina transparência."* (Direito Constitucional, 18ª ed., editora Atlas, pág. 327).

Em vista disso, pelo meu voto, conheço do presente incidente que fica acolhido para declarar a inconstitucionalidade do artigo 1º e parágrafo único da Lei nº 1.936/2007, do Município de Iguape.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de

Inconstitucionalidade nº 0056046-53.2016.8.26.0000, da Comarca de Marília, em que é suscitante 9ª CÂMARA DE DIREITO 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 A ARGUIÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.818)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), 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, RICARDO NEGRÃO, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 30 de novembro de 2016.

MÁRCIO BARTOLI, Relator

Ementa: Arguição de Inconstitucionalidade. Art. 76 da Lei Orgânica do Município de Vera Cruz que assegura aos servidores públicos o direito a incorporação anual dos décimos das diferenças dos vencimentos. Lei de origem parlamentar. Matéria relativa aos servidores públicos e ao seu regime jurídico. Violação de iniciativa legislativa exclusiva do Prefeito, conforme o artigo 24, parágrafo segundo, item 4, da Constituição do Estado de São Paulo. Precedentes deste Órgão Especial e do STF.

VOTO

1. Trata-se de arguição de inconstitucionalidade suscitada pela 9ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso de Apelação Cível nº 1009184-76.2015.8.26.0344, a fim de dirimir, em sede de controle difuso, questão acerca da constitucionalidade do art. 76 da Lei Orgânica do Município de Vera Cruz.

A Câmara suscitante arguiu a inconstitucionalidade do dispositivo mencionado por vício de iniciativa, uma vez que, ao inserir o dispositivo impugnado na Lei Orgânica do Município de Vera Cruz, o Poder Legislativo teria exorbitado a sua competência, ocasionando a inconstitucionalidade formal

Acesso ao Sumário

do mesmo (cf. fls. 142/6).

Manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça pela **procedência** da arguição de inconstitucionalidade (fls. 152/7).

2. O dispositivo impugnado tem a seguinte redação:

"Artigo 76 – O servidor, com mais de cinco anos de efetivo exercício, que tenha exercido ou venha exercer, a qualquer título cargo ou função que lhe proporcione remuneração superior a do cargo de que seja titular, ou função para qual foi admitido, incorporará um décimo desta diferença, por ano, até o limite de dez décimos".

3. É caso de **procedência** da arguição de inconstitucionalidade. Embora a autonomia dos municípios esteja constitucionalmente assegurada, as Constituições da República e do Estado de São Paulo[1] estabelecem que, a capacidade de auto-organização dessa entidade federativa, deve observar os ditames da Lei Fundamental do país e da Constituição Estadual. Sendo assim, qualquer lei ou ato normativo editado no âmbito municipal está sujeito ao controle de constitucionalidade perante a Constituição Estadual, exame esse exercido pelo Tribunal de Justiça, em consonância com o artigo 125, § 2º, da Constituição Federal e artigo 90, *caput*, da Constituição do Estado de São Paulo.

Dentre as regras a serem rigorosamente obedecidas na formação de uma lei, encontra-se a da **competência privativa do Chefe do Poder Executivo para a deflagração do processo legiferante em determinadas matérias**, estabelecidas no artigo 24, § 2º, da Constituição Paulista: *"1 – criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração; 2 – criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 47, XIX; 3 – organização da Procuradoria Geral do Estado e da Defensoria Pública do Estado, observadas as normas gerais da União; 4 – servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; 5 – militares, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para inatividade, bem como fixação ou alteração do efetivo da Polícia Militar; 6 – criação, alteração ou supressão de cartórios notariais e de registros públicos."* (grifado).

Como se sabe, as regras concernentes à reserva de iniciativa legislativa de determinadas matérias a este ou àquele agente político são de obrigatória

1 Constituição Federal, *"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: (...)"* (grifado).
Constituição do Estado de São Paulo, *"Artigo 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**"* (grifado).

Acesso ao Sumário

observância pelos municípios, em razão do princípio da simetria na organização dos entes federativos e do disposto no artigo 144 da Constituição do Estado.

A respeito das formalidades procedimentais do processo legislativo, leciona **Luiz Guilherme Marinoni**[2] que "a produção da lei exige a observância de pressupostos e requisitos procedimentais, cuja observância é imprescindível para a lei ser constitucional. A Constituição regula o modo como a lei e outros atos normativos primários previstos no art. 59 devem ser criados, estabelecendo quem tem competência para produzi-los e os requisitos procedimentais que devem ser observados para sua produção. Faltas quanto à competência ou quanto ao cumprimento das formalidades procedimentais viciam o processo de formação da lei, tornando-a formalmente inconstitucional. A inconstitucionalidade formal deriva de defeito na formação do ato normativo, o qual pode estar na violação de regra de competência ou na desconsideração de requisito procedimental. O procedimento para a produção de lei ordinária e de lei complementar compreende iniciativa, deliberação, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação. (...) De outra parte, a Constituição também confere iniciativa privativa, em relação a certos temas, a determinados órgãos públicos. Isso quer dizer que, no que toca a certo tema, a iniciativa de apresentação de projeto de lei, ou seja, a incoação do processo de produção da lei, pode ser privativa de determinado órgão ou agente público."

4. No caso dos autos, a lei impugnada **cuidou de matéria concernente aos servidores públicos e ao seu regime jurídico, que deve ser tratada, exclusivamente, em lei de iniciativa do Prefeito Municipal**.

Quanto à abrangência da matéria relativa a regime jurídico dos servidores públicos, estabeleceu o **Supremo Tribunal Federal** que *"a locução constitucional 'regime jurídico dos servidores públicos' corresponde ao conjunto de normas que disciplinam os diversos aspectos das relações, estatutárias ou contratuais, mantidas pelo Estado com os seus agentes. Precedentes."* (ADI 2.867, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 3-12-2003, Plenário, DJ de 9-2-2007).

A jurisprudência da **Suprema Corte** é farta no sentido de que a iniciativa de leis sobre regimes jurídicos de servidores é privativa do Executivo[3]. Especificamente no que se refere à criação de atribuições e deveres aos servidores públicos da Administração, por lei de autoria da Casa Legislativa, o **Pleno do STF** decidiu: *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.*

2 Curso de Direito Constitucional, 2ª edição, 2013, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 860/861.

3 ADI 2.873, Rel. Min. **Ellen Gracie**, julgamento em 20-9-2007, Plenário, *DJ* de 9-11-2007; ADI 2.856, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, julgamento em 10-2-2011, Plenário, *DJE* de 1º-3-2011; ADI 3.167, Rel. Min. **Eros Grau**, julgamento em 18-6-2007, Plenário, *DJ* de 6-9-2007; ADI 1.895, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, julgamento em 2-8-2007, Plenário, *DJ* de 6-9-2007; ADI 2.029, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, julgamento em 4-6-2007, Plenário, *DJ* de 24-8-2007; ADI 3.175, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17-5-2007, Plenário, *DJ* de 3-8-2007.

Acesso ao Sumário

*LEI COMPLEMENTAR N. 109, DE 23 DE JUNHO DE 2005, DO ESTADO DO PARANÁ. ATO DE INICIATIVA PARLAMENTAR. DETERMINAÇÃO DE PRAZO PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO REGRESSIVA, PELA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO, CONTRA O AGENTE PÚBLICO QUE DEU CAUSA À CONDENAÇÃO DO ESTADO, SEGUNDO DECISÃO JUDICIAL DEFINITIVA E IRREFORMÁVEL. IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÕES AOS SERVIDORES DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO. REGIME JURÍDICO. INICIATIVA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 61, § 1º, INCISO II, ALÍNEA 'C', DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PROCESSO LEGISLATIVO. PRINCÍPIO DA SIMETRIA. OBSERVÂNCIA COMPULSÓRIA PELOS ENTES FEDERADOS. CRIAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES PARA ÓRGÃO PÚBLICO INTEGRANTE DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL. ARTIGO 61, § 1º, II, 'E' C.C ART. 84, III E VI, DA CONSTITUIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. VÍCIO RECONHECIDO. 1. O Estado Democrático brasileiro tem como cláusula pétrea constitucional a separação e a harmonia entre os poderes, consubstanciada em princípio explícito e instrumentalizada em regras constitucionais de competência. 2. Compete ao Poder Executivo estadual a iniciativa de lei referente aos direitos e deveres dos servidores públicos (artigo 61, § 1º, II, "c", da Constituição Federal). 3. O texto normativo da Lei complementar estadual de n. 109/05, do Estado do Paraná, impõe obrigação funcional aos servidores da Procuradoria Estadual – sob pena de sanção diante do seu descumprimento – cuja instituição não se encarta na iniciativa parlamentar ora questionada, restando patente a competência privativa do Chefe do Poder Executivo para iniciar o processo legislativo que dispõe sobre servidores públicos, como se evidencia da sistemática disposta no artigo 61, § 1º, II, 'c', da Constituição Federal, de observância compulsória pelos entes federados. 4. A Constituição, ao conferir aos Estados-membros a capacidade de auto-organização e de autogoverno, impõe a observância obrigatória de vários princípios, entre os quais o pertinente ao processo legislativo, de modo que o legislador estadual não pode validamente dispor sobre as matérias reservadas à iniciativa privativa do Chefe do Executivo. (Precedentes: ADI n. 1.594, Relator o Ministro EROS GRAU, DJe de 22.8.08; ADI n. 2.192, Relator o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 20.6.08; ADI n. 3.167, Relator o Ministro EROS GRAU, DJ de 6.9.07; ADI n. 2.029, Relator o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJ de 24.8.07; ADI n. 3.061, Relator o Ministro CARLOS BRITTO, DJ de 9.6.06; ADI n. 2.417, Relator o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 5.12.03; ADI n. 2.646, Relator o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 23.5.03). **5. O ato normativo hostilizado inegavelmente dispõe sobre regime jurídico dos servidores da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, sendo certo que esta Corte igualmente já afirmou, inúmeras vezes, que a iniciativa de leis que versem sobre regime jurídico de***

Acesso ao Sumário

servidores públicos é reservada ao Chefe do Poder Executivo. *(Precedentes: ADI n. 1.440-MC, Relator o Ministro ILMAR GALVÃO, DJ de 1º.6.01; ADI n. 2.856-MC, Relator o Ministro GILMAR MENDES, DJ de 30.4.04 e ADI n. 4.154, Relator o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJ de 26.5.10, bem como foi sustentado pelo Min. Eros Grau, à fl. 53, por ocasião do julgamento da cautelar nesta ação direta). 6. A lei paranaense exigiu para órgão público integrante do Poder Executivo estadual, a Procuradoria do Estado, função que deveria ser inaugurada por nomeação do Executivo estadual, ao qual compete propor originariamente projetos de lei que visem criação, estruturação e atribuições de Secretarias e órgãos da administração pública (artigo 61, § 1º, II, 'e' c.c art. 84, II e VI, da CF). 7. O Ilustre Procurador-Geral da República, em seu parecer de fls. 102/106, defende com propriedade este posicionamento, verbis: '14. A questão pode ser vista, ainda, sob outro ângulo, de modo a corroborar a existência de inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa. É que o diploma legal paranaense, ao determinar que a ação regressiva deverá ser ajuizada pela Procuradoria Geral do Estado do Paraná em determinado prazo, confere atribuição a órgão público, o que, segundo a Constituição Nacional, também é matéria de iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo. 15. Sob essa perspectiva, tem-se, no caso, ingerência da Assembléia Legislativa do Estado do Paraná em prerrogativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo estadual para a iniciativa de lei que disponha sobre atribuições dos órgãos da Administração Pública, que se extrai, pelo princípio da simetria, do art. 61, § 1º, inciso II, alínea 'e', da Constituição da República. 16. Com efeito, as atribuições dos órgãos da Administração pública, embora não mais constem expressamente da redação do art. 61, § 1º, inciso II, alínea 'e', da Lei Maior, em virtude da alteração promovida pela EC 32/2001, devem ser tratadas em lei de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo. 17. Nesse sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual se considera '... indispensável a iniciativa do Chefe do Poder Executivo (mediante projeto de lei ou mesmo, após a EC 32/01, por meio de decreto) na elaboração de normas que de alguma forma remodelem as atribuições de órgãos pertencente à estrutura administrativa de determinada unidade da Federação' (ADI 3.254, rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 2/12/2005). 8. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 109/05, do Estado do Paraná".* (ADI 3564, Relator: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-174 DIVULG 08-09-2014 PUBLIC 09-09-2014).

Há precedentes de julgamentos proferidos por Órgão Especial no mesmo sentido: *"DIREITO CONSTITUCIONAL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL – 'CÓDIGO DE ÉTICA DOS SERVIDORES PÚBLICOS' – INICIATIVA PARLAMENTAR*

Acesso ao Sumário

– VÍCIO – EXISTÊNCIA – SEPARAÇÃO DE PODERES – VIOLAÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE VERIFICADA – É inconstitucional a Lei 1.063, de 26 de março de 2009, do Município de Rosana, que 'institui o Código de Ética do Servidor do Poder Executivo, Legislativo e Administração Indireta do Município de Rosana, Estado de São Paulo', de iniciativa de vereadores, pois ***compete privativamente ao Prefeito deflagrar Projeto de Lei que disponha sobre regime jurídico dos servidores públicos****, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes – Violação dos arts. 5º, 24, § 2º, número "4", 47, incisos II e XIV, e 144, da Constituição Estadual – Ação procedente".* (ADI nº 9030088-53.2009.8.26.0000, j. em 9 de fevereiro de 2011, grifado).

5. No caso concreto, portanto, houve manifesta interferência indevida da Câmara Municipal na atribuição do Prefeito Municipal de desencadear o processo legislativo que culminou na modificação do art. 76 da Lei Orgânica do Município de Vera Cruz; violou-se o artigo 24, § 2º, 2 e 4, da Constituição do Estado de São Paulo e, consequentemente, o princípio da separação e independência dos Poderes.

6. Ante o exposto, julga-se a arguição procedente, para declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 76 da Lei Orgânica do Município de Vera Cruz.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0053580-86.2016.8.26.0000, da Comarca de Marília, em que é suscitante 9ª CÂMARA DE DIREITO 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 PROCEDENTE O INCIDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.945)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), 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, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI e FRANCISCO CASCONI.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 7 de dezembro de 2016.
RENATO SARTORELLI, Relator

Ementa: "ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 7.777/2015 DO MUNICÍPIO DE MARÍLIA QUE IMPÕE AOS ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS DA CIDADE HORÁRIO ESPECIAL DE ATENDIMENTO A APOSENTADOS, PENSIONISTAS, IDOSOS, GESTANTES E PESSOAS COM DEFICIÊNCIAS – MATÉRIA QUE EXTRAPOLA O INTERESSE LOCAL – USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE O ASSUNTO – VIOLAÇÃO DO PACTO FEDERATIVO – SÚMULA Nº 19 DO STJ – PRECEDENTES DO STF – INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA – INCIDENTE JULGADO PROCEDENTE".

"Em que pese a autonomia dos Municípios para editar normas locais e se auto-organizarem, a competência que lhes foi outorgada não é absoluta, sujeitando-se aos limites e contornos definidos pela Lei Maior e pela respectiva Constituição Estadual, inclusive a repartição de competências legislativas decorrentes do pacto federativo, em razão do princípio da simetria e da regra contida no artigo 144 da Carta Bandeirante".

"A regulamentação do horário de funcionamento dos estabelecimentos bancários extrapola o interesse local, reclamando disciplina normativa idêntica em todo o território nacional".

VOTO

Cuida-se de incidente de inconstitucionalidade suscitado pela E. 9ª Câmara de Direito Público, em mandado de segurança impetrado pela FEBRABAN – Federação Brasileira dos Bancos contra ato do Prefeito do Município de Marília, atacando a Lei Municipal nº 7.777, de 10 de abril de 2015, que *"dispõe sobre horário especial de atendimento a aposentados, pensionistas, idosos, gestantes e pessoas com deficiências"*, em todos os estabelecimentos bancários situados naquele Município, invadindo a competência legislativa privativa da União, nos termos da Súmula 19 do C. Superior Tribunal de Justiça.

Acesso ao Sumário

O julgamento foi suspenso em face da arguição de inconstitucionalidade do ato normativo impugnado, encaminhando-se os autos a este C. Órgão Especial, a teor do enunciado da Súmula Vinculante nº 10, do E. Supremo Tribunal Federal, tudo conforme consta do v. acórdão de fls. 266/272 da relatoria do eminente Desembargador Moreira de Carvalho.

A d. Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo acolhimento do incidente, declarando-se a inconstitucionalidade da Lei nº 7.777, de 10 de abril de 2015, do Município de Marília *(cf. fls. 278/282)*.

É o relatório.

Tenho para mim que a arguição de inconstitucionalidade merece prosperar.

O texto impugnado tem a seguinte redação, ***verbis***:

"Art. 1º – Ficam as instituições financeiras estabelecidas no Município de Marília, obrigadas a prestarem atendimento exclusivo para aposentados, pensionistas, idosos, gestantes e pessoas com deficiências, no horário das 09 às 11 horas, de segunda a sexta-feira.

§ 1º – Para o cumprimento do disposto no 'caput' deste artigo, no horário estabelecido, deverá estar disponível, no mínimo, um caixa para atendimento exclusivo, respeitando-se o tempo de espera conforme legislação vigente.

§ 2º – No horário das 11 às 16 horas, o atendimento será realizado normalmente para o público em geral, respeitados os direitos dos aposentados, pensionistas, idosos, gestantes e pessoas com deficiências, determinados na legislação.

Art. 2º – O não cumprimento do disposto nesta Lei acarretará ao infrator a aplicação de advertência, sujeitando-se no caso de reincidências às seguintes sanções, aplicadas sucessivamente:

I – multa no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais);

II – multa no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais); e

III – suspensão do Alvará de Funcionamento expedido pelo Município.

Parágrafo único – As multas previstas neste artigo serão corrigidas anualmente de acordo com os índices adotados pelo Município.

Art. 3º – A fiscalização e aplicação das penalidades previstas nesta Lei ficarão sob a responsabilidade do Município.

Art. 4º – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário" *(cf. fl. 63)*.

Em que pese a autonomia dos Municípios para editar normas locais e se auto-organizarem, a competência que lhes foi outorgada não é absoluta, sujeitando-se aos limites e contornos definidos pela Lei Maior e pela respectiva Constituição Estadual, inclusive a repartição de competências legislativas

Acesso ao Sumário

decorrentes do pacto federativo, em razão do princípio da simetria e da regra contida no artigo 144 da Carta Bandeirante.

No caso, a Lei nº 7.777/2015 do Município de Marília invadiu esfera legislativa privativa da União, implicando ofensa ao princípio federativo previsto no artigo 1º da Constituição Estadual, pois a regulamentação do horário de funcionamento dos estabelecimentos bancários extrapola o interesse local, reclamando disciplina normativa idêntica em todo o território nacional.

O eminente Ministro Gilmar Ferreira Mendes, a respeito do tema, ensina que *"uma parte das competências reservadas dos Municípios foi explicitamente enumerada pela CF, por exemplo, a de criar distritos (art. 29, IV) e a de instituir guardas municipais para a proteção de seus bens, serviços e instalações (art. 144, § 8º). A outra parcela dessas competências é implícita. As competências implícitas decorrem da cláusula do art. 30, I, da CF, que atribuiu aos Municípios 'legislar sobre assuntos de interesse local', significando interesse predominantemente municipal, já que não há fato local que não repercuta, de alguma forma, igualmente, sobre as demais esferas da Federação"*, ponderando, mais adiante, que *"o horário de funcionamento de instituições bancárias, entretanto, transcende o interesse predominante dos Municípios, recaindo sobre a esfera federal (Curso de Direito Constitucional, 11ª edição, 2016, editora Saraiva, págs. 868/869).*

A esse propósito, o Egrégio Supremo Tribunal Federal já deixou pontificado, ***verbis***:

> ***"Recurso Extraordinário. Horário de funcionamento bancário: matéria que, por sua abrangência, transcende ao peculiar interesse do Município. Competência exclusiva da União para legislar sobre o assunto. Precedentes do STF. RE conhecido e provido"*** *(RE nº 118.363/PR, Relator Ministro Celio Borja).*
>
> ***"AGRAVO REGIMENTAL. INTEMPESTIVIDADE. É INTEMPESTIVO O AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROTOCOLIZADO NO PRAZO DO ARTIGO 317, C/C A REGRA ESTABELECIDA NO PARAGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 110, AMBOS DO RISTF. MESMO AFASTADA ESSA INTEMPESTIVIDADE, O AGRAVO REGIMENTAL NÃO LOGRARIA ÊXITO, PORQUE A COMPETÊNCIA PARA FIXAÇÃO DO HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO DOS ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS É DA UNIÃO, E NÃO DAS PREFEITURAS, CONFORME JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO"*** *(AI nº 124.793 AgR/MA, Relator Ministro Carlos Madeira).*

Na mesma diretriz, o entendimento perfilhado por este C. Órgão Especial, ***verbis***:

> ***"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei municipal que obriga as instituições financeiras a reservar a primeira hora (das***

Acesso ao Sumário

dez às onze horas) do horário bancário, de segunda a sexta-feira, ao atendimento apenas de 'aposentados, pensionistas, idosos, gestantes e pessoas com deficiências' – INCONSTITUCIONALIDADE do diploma porque 'a fixação do horário bancário, para atendimento público, é da competência da União' (Súmula 19 do C. STJ) – Diploma que, embora não alterando o horário de atendimento ao público pelas instituições financeiras (das 10 às 16 horas), dividiu esse horário em duas partes, reservando a primeira hora para o atendimento exclusivo das pessoas que refere, alterando-o e o reduzindo para os demais clientes (das 11 às 16 horas), procedendo a distinção que a norma federal reguladora do serviço bancário não faz – Precedentes do STF e deste Tribunal – Matéria regulada pela lei questionada já objeto de lei federal, cabendo aos órgãos de defesa do consumidor, inclusive os locais, promover a fiscalização de seu cumprimento e estrita observância – Ação julgada procedente" *(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2144778-10.2015.8.26.0000, Relator Desembargador João Carlos Saletti).*

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL Nº 2.713, DE 17 DE MARÇO DE 2015, QUE DISPÕE SOBRE O HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NO MUNICÍPIO – INVASÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA EXCLUSIVA DA UNIÃO – LEI Nº 5.595, DE 31 DE DEZEMBRO DE 1964, QUE ATRIBUIU AO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL A COMPETÊNCIA PARA A FIXAÇÃO DO HORÁRIO DE ATENDIMENTO BANCÁRIO – SÚMULA Nº 19 DO STJ – PRECEDENTES DO STF – INCONSTITUCIONALIDADE DECRETADA. AÇÃO PROCEDENTE" *(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2113663-68.2015.8.26.0000, Relator Desembargador Neves Amorim).*

É oportuno, ainda, registrar que a matéria não encerra nenhuma controvérsia à luz do enunciado da Súmula nº 19 do E. Superior Tribunal de Justiça, ***verbis***:

"A fixação do horário bancário, para atendimento ao público, é da competência da União".

Outrossim, vale a pena reproduzir o seguinte excerto da manifestação do digno Procurador de Justiça, ***verbis***:

"A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que os municípios detêm competência legislativa para dispor sobre segurança, rapidez e conforto no atendimento de usuários de serviços bancários, por serem tais matérias assuntos de interesse local (art. 30, inciso I, Constituição Federal), orientação ratificada no julgamento da Repercussão Geral no RE nº 610221-RG, de relatoria da Ministra Ellen Gracie (DJe de 20/08/10) (STF, AgR-ARE 756.593-MG, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, 16-12-2014, v.u., DJe 12-02-2015).

Porém, 'a competência para fixação do horário de funcionamento dos estabelecimentos bancários é da União, e não das Prefeituras, conforme jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal' (STF, AgR-AI 124.793-MA, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Madeira, 20-05-1988, v.u., DJ 17-06-1988, p. 15.261).

No mesmo sentido a Súmula n. 19 do STJ, segundo qual 'A fixação do horário bancário, para atendimento ao público, é da competência da União'.

Com efeito, a regulamentação do horário de funcionamento das instituições financeiras não diz respeito apenas ao local onde se acham instaladas, mas afeta a todos os entes federativos e à população de modo geral, assumindo caráter nitidamente nacional.

O trato da matéria, visualizada numa perspectiva abrangente e múltipla, envolve não apenas o horário de abertura e fechamento para o público, mas sua conexão com relações e efeitos direta ou indiretamente dela derivados, ou seja, o impacto e a interferência em questões colaterais à execução da atividade, como segurança, relações trabalhistas, privacidade, proteção ao consumidor etc., demandando, por isso mesmo, uma disciplina normativa uniforme para todo território nacional e aplicável a todas as pessoas físicas ou jurídicas.

Decerto o escopo da lei ora combatida era cuidar dos interesses dos usuários de instituições financeiras.

Porém, houve invasão da competência normativa privativa da União (art. 22, VI e VII) para legislar sobre as matérias previstas nos arts. 48, XIII e 192, da Constituição Federal" *(cf. fls. 280/282).*

A conclusão, portanto, é de que houve supressão de atribuição reservada à União em razão da edição de norma que ofende diretamente sua iniciativa legislativa, traduzindo infringência aos artigos 1º e 144, ambos da Constituição do Estado de São Paulo.

Ante o exposto, julgo procedente o incidente para reconhecer a inconstitucionalidade Lei nº 7.777, de 10 de abril de 2015, do Município de Marília, nos termos do acórdão, determinando o retorno dos autos à C. 9ª Câmara de Direito Público para continuidade do julgamento.

Acesso ao Sumário

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº

0038961-54.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 4ª 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: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 28ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. JOÃO NEGRINI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.089OE)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, 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 e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 5 de outubro de 2016.

CARLOS BUENO, Relator

Ementa: "CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Apelação cível – Empresa concessionária de serviço público de saneamento básico – Responsabilidade civil – Ilícito extracontratual – Queda de automóvel em poço de visita da ré – Inexistência do tampão de acesso – Pretensão fundada na responsabilidade objetiva – Exceção – Acidente de trânsito – Competência da Seção de Direito Privado – Inteligência do art. 3º, inciso I, I.7, 'b', c.c art. 5º, III, III.15, ambos 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. 28ª Câmara de Direito Privado."

Acesso ao Sumário

VOTO

A C. 4ª Câmara de Direito Público suscitou conflito de competência nos autos da Apelação Cível nº 1021189-86.2015.8.26.0100, da comarca de São Paulo, sendo suscitada a C. 28ª Câmara de Direito Privado.

Distribuídos os autos, a 28ª Câmara de Direito Privado não conheceu do recurso e determinou sua remessa a uma das Câmaras da Seção de Direito Público, fls. 189/192. O processo foi redistribuído à 4ª Câmara de Direito Público que entendeu ser a competência para julgar o caso afeta à Seção de Direito Privado, suscitando o presente conflito, fls. 199/207.

A Procuradoria Geral de Justiça apresenta parecer no qual entende ser a 28ª Câmara de Direito Privado competente para julgar o recurso de apelação, fls. 215/219.

É o relatório.

Conflito negativo de competência suscitado pela 4ª Câmara de Direito Público, tendo como suscitada a 28ª Câmara de Direito Privado. Argumenta a suscitante que o caso sub judice é relativo a matéria que contém pretensão de reparação de danos decorrentes de acidente de veículo, cuja natureza é privada, e não se subsume à matéria de direito público, ainda que fundada na responsabilidade civil do Estado. De outro lado, a suscitada argui que por se tratar de ação com fundamento em ilícito extracontratual de concessionária de serviço público, a competência é da 1ª a 13ª Câmaras da Seção de Direito Público.

O processo trata de ação privada movida por Adriana Samanta Toth Custódio em face da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP, mediante a qual pleiteia indenização por danos materiais e morais em razão de ter caído com seu veículo em um poço de visita da ré, concessionária prestadora de serviço público de saneamento básico. Julgada parcialmente procedente a ação, as partes interpuseram recurso de apelação, a autora adesivamente, distribuído à 28ª 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, consubstanciada na reparação de danos materiais e morais decorrentes de acidente de veículo, por falha na prestação de serviço público. A autora afirma ter caído com seu veículo em um poço de visita da ré, que estava sem o tampão que proíbe o acesso.

Acesso ao Sumário

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". (grifos do relator)

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 só que não implica no reconhecimento da competência da Seção de Direito Público para o julgamento da causa, porque se enquadra na exceção grifada acima, cujo comando diz competir à Terceira Subseção de Direito Privado, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, o julgamento das "ações de reparação de dano causado em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado, concessionárias e permissionárias de serviços de transporte, bem como as que digam respeito ao respectivo seguro, obrigatório ou facultativo, além da que cuida o parágrafo primeiro." (grifos do relator)

Portanto, ação em que se postula a reparação de danos materiais e morais decorrentes de acidente de trânsito, ainda que tenha como fundamento a responsabilidade civil de concessionária de serviço público, por haver regra específica na Resolução TJSP 623/2013, implica no reconhecimento da competência da Terceira Subseção de Direito Privado para julgamento da causa presente.

Em sendo assim, **julga-se procedente o conflito, determinando-se a redistribuição do feito para a C. 28ª Câmara de Direito Privado**.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0050771-26.2016.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é suscitante 7ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 4ª CÂMARA DE DIREITO 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 30.510)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, ARTUR MARQUES, ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, FRANCISCO CASCONI e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 9 de novembro de 2016.

ARANTES THEODORO, Relator

Ementa: Conflito de competência. Ação de reparação de danos atribuídos à falha na prestação de serviço de saúde, direcionada contra a Fazenda do Estado e o Município. Artigo 3º item I.7 da Resolução nº 623/2013, com redação conferida pela Resolução nº 736/2016. Julgamento que incumbe à 4ª Câmara de Direito Público. Conflito acolhido.

VOTO

Cuida-se de Conflito de Competência suscitado pela 7ª de Câmara de Direito Privado relativamente à 4ª de Câmara de Direito Público no tocante ao julgamento de recurso extraído de autos de ação de indenização por danos morais e materiais consequentes à morte de paciente em razão alegada de falha do serviço público de saúde.

A Câmara integrante da Seção de Direito Público negou sua competência ao argumento de se tratar de demanda fundada em responsabilidade civil por erro médico, devendo ser então julgada pelas Câmaras de Direito Privado nos termos do artigo 5º Item I.24 da Resolução nº 623/2013.

A Câmara da Seção de Direito Privado, de seu turno, apontou sua incompetência pela assertiva de se tratar de matéria relacionada à responsabilidade do Estado por falha na prestação de serviço médico, devendo o recurso ser então julgado pela Câmara de Direito Público nos termos do artigo 3º item I.7 da Resolução nº 623/2013, com a redação conferida pela Resolução nº 648/2014.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo reconhecimento da competência da Câmara da Seção de Direito Público.

É o relatório.

Consoante anuncia o artigo 103 do Regimento Interno desta Casa, *"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".

Ora, aqui se cuidava de propositura assentada na alegação de falha na prestação de serviço médico e direcionada contra entes públicos, isto é, a Fazenda do Estado e o Município de Bauru.

Pois ante os termos da petição inicial vê-se que se cuidava de feito da competência de uma das Câmaras da Seção de Direito Público, isso ante a textual previsão do artigo 3º item I.7 da Resolução nº 623/2013[1], que assim se apresenta:

"I.7 Ações de responsabilidade civil do Estado, compreendidas as de ato 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".

Note-se que antes mesmo da alteração recentemente promovida pela Resolução nº 736/2016 o citado artigo 3º já atribuía o julgamento das ações de responsabilidade civil do Estado às Câmaras da Seção de Direito Público.

Em suma, cuidando-se de demanda indenizatória nitidamente fundada no artigo 951 do Código Civil e direcionada contra ente público, caso é de se reconhecer a competência da Câmara suscitada.

Em casos similares nessa linha tem decidido este Órgão Especial, como dá exemplo acórdão assim ementado:

"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, rel. Des. Evaristo dos Santos, 17/08/2016).

Assim, o conflito é conhecido, reputando-se competente a 4ª Câmara de

Acesso ao Sumário

1 Redação alterada pela Resolução nº 736/2016 em 30.03.2016.

Direito Público.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0048159-18.2016.8.26.0000, da Comarca de São Roque, em que é suscitante 9ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 3ª 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 3ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. BERETTA DA SILVEIRA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.356)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, FRANCISCO CASCONI, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, ARTUR MARQUES, ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 9 de novembro de 2016.

PÉRICLES PIZA, Relator

Ementa: Conflito de competência. Ação que versa sobre extinção de condomínio. Pretensão que envolve como objeto principal a venda judicial de imóvel, repartindo-se o valor obtido para cada condômino e pondo fim à comunhão existente entre as partes. Matéria afeta a uma das Câmaras de Direito Privado. Suscitação procedente. Competência da 3ª Câmara de Direito Privado.

Acesso ao Sumário

VOTO

I – Trata-se de Conflito de Competência suscitado pela 9ª Câmara

de Direito Público, em razão da 3ª Câmara de Direito Privado ter-se dado por incompetente para conhecer do Agravo de Instrumento nº 2009913-16.2016.8.26.0000, interposta nos autos da ação de extinção de condomínio nº 586.01.2010.001256-0/000000-000, da Comarca de São Roque.

O agravo de instrumento interposto foi inicialmente distribuído à Colenda 3ª Câmara de Direito Privado que deixou de conhecê-lo por entender ser de competência de uma dentre as 1ª e 13ª Câmaras da Seção de Direito Público, determinando a remessa do feito (cf. fls. 275/280).

Distribuído o recurso à Colenda 9ª Câmara de Direito Público, esta, por sua vez, também não conheceu do recurso e suscitou o presente conflito de competência (fls. 287/290).

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela procedência do conflito, para reconhecer a competência da Colenda 3ª Câmara da Seção de Direito Privado.

É o relatório.

II – Razão assiste à 9ª Câmara de Direito Público, cabendo à 3ª Câmara da Seção de Direito Privado julgar o agravo de instrumento versado nestes autos.

Com efeito, da leitura dos autos, verifica-se que Antonia Miranda Pedroso, Clarice Miranda Bazilius, Divina Aparecida Miranda Barbosa, Nivaldo Miranda, José Miranda Neto, Delcília Miranda Siulvério, Alcebíades Miranda e Minergídio Miranda, propuseram **Ação de Extinção de Condomínio** em face de Edna Miranda, Lucília Miranda e Maria Miranda, pleiteando a venda judicial de imóvel, repartindo-se o valor obtido para cada condômino, pondo fim à comunhão existente entre as partes (fls. 14/17).

Irresignada com a decisão do magistrado de primeira instância, determinando que os honorários do perito judicial fossem cobrados da Fazenda do Estado de São Paulo, por meio de ação autônoma, a Procuradoria Regional de Sorocaba interpôs agravo de instrumento, a fim de reformar a decisão impugnada (fls. 01/12).

Esclareço que a competência das Câmaras desta Corte deve ser definida pela análise do pedido e da causa de pedir, conforme o disposto no artigo 103, do Regimento Interno deste Egrégio 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."*

A demanda originária aduzida trata de dissolução de condomínio, oriundo de partilha judicial realizada nos autos de inventário, com a posterior alienação pública do bem e repartição do valor obtido pelos condôminos.

Pois bem.

Em que pesem os argumentos lançados pela suscitada, pode-se concluir que a resolução de nº 623/2013 deste Egrégio Tribunal de Justiça Paulista, publicada em 06 de novembro de 2013, a qual versa sobre a sistematização dos atos administrativos normativos que disciplinam a competência entre as Seções deste Tribunal de Justiça, subsume-se perfeitamente ao caso em apreço quando dispõe acerca da competência da Primeira Subseção de Direito Privado, composta pelas 1ª a 10ª Câmaras.

> *Art. 5º. 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.27 – Ações relativas a venda de quinhão, bem como a venda e administração de coisa comum;*

Assim, conforme bem mencionado pela Câmara suscitante, secundado pelo parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, ante a matéria tratada na lide de origem que se coaduna plenamente com a hipótese tratada na resolução acima, não há que se falar em afastamento da competência da 3ª Câmara de Direito Privado do E. Tribunal de Justiça.

Não subsiste dúvida de que a competência para julgamento de ações relativas à dissolução de condomínio, como a no caso em apreço, é da Primeira Subseção de Direito Privado, composta pelas 1ª a 10ª Câmaras.

Desta feita, as demais questões, como pagamento de honorários periciais, tratam-se de matérias de plano secundário, incidental ao pedido principal da lide.

Ou seja, o fundamento da pretensão inicial dos autores é, repise-se, a dissolução da sociedade, versando apenas de modo reflexo sobre o pagamento de verba honorária a ser realizado pela Fazenda Pública.

Ante o exposto, julgo procedente o conflito, reconhecendo a competência da suscitada, a 3ª Câmara de Direito Privado desta Corte, à qual os autos devem ser remetidos para julgamento do recurso interposto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0051835-71.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante

12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 36ª 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 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 24.490)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), JOÃO NEGRINI FILHO, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, ARTUR MARQUES, ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, FRANCISCO CASCONI, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO e TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 9 de novembro de 2016.

BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Conflito de competência. Apelação. Questão de fundo versa sobre benefício concedido com base na Lei nº 4.819/58. Inteligência do artigo 3º, I.1 da Resolução nº 623/13. Conflito acolhido, fixada a competência na C. 12ª Câmara de Direito Público.

VOTO

Conflito de competência suscitado pela C. 12ª Câmara de Direito Público ante v. acórdão proferido na C. 36ª Câmara de Direito Privado, em que se declinou competência para conhecimento da apelação.

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência do conflito, reconhecida a competência da C. 12ª Câmara de Direito Público (fls. 1.089/1.093).

É o relatório.

AFONSO DE MEDEIROS E OUTROS, aposentados, ajuizaram ação contra FUNDAÇÃO CESP e COMPANHIA DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA PAULISTA – CTEEP para *determinar a imediata cessação dos descontos indevidos feitos até hoje a título de contribuição para os benefícios de Complementação de Aposentadoria, com devolução integral do valor correspondente a todas as contribuições ilegais descontadas dos autores*.

Acesso ao Sumário

Sustentam ser indevida a contribuição previdenciária por terem direito à complementação de aposentadoria nos termos da Lei estadual nº 4.819/58, sem necessidade de contrapartida pelos empregados, uma vez que o benefício é legalmente instituído.

Assim, defendem que embora tenham aderido ao plano de complementação denominado "Plano A", recebem os mesmos benefícios daqueles que não aderiram a ele, configurando esse desconto em enriquecimento ilícito das rés.

A ação foi julgada parcialmente procedente para, cessados os descontos, se reconhecer a prescrição de parte das parcelas, determinada a devolução daquelas vertidas a partir de maio de 2011 (fls. 627/629).

Inconformada, as partes apelaram (fls. 643/651 – autores; fls. 674/692 – corré CETEEP; fls. 821/848 – corré Fundação CEESP), distribuídos os recursos à C. 36ª Câmara de Direito Privado, em que, por v. acórdão relatado pelo I. Desembargador Pedro Baccarat, declinou-se competência a uma das Câmaras de Direito Público deste E. Tribunal, porque *o tema diz respeito a benefícios de empregados devidos pela Fazenda Pública ainda que os pagamentos, por algum período tenham sido realizados pelas empresas públicas ou de economia mista, por força de convênio destinado exclusivamente à administração do pagamento dos valores devidos pela Fazenda* (fls. 1.070/1.074).

Redistribuídos os autos à C. 12ª Câmara de Direito Público, suscitou-se conflito de competência porque *a competência para processamento e julgamento deste recurso é da Seção de Direito Privado, com competência preferencial para o julgamento de ações relativas a Previdência Privada* (fls. 1.079/1.082).

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.*

A discussão aqui versa sobre descontos ditos indevidos, a título de contribuição previdenciária, que formariam um fundo para pagamento dos benefícios de complementação de aposentadoria e pensão previstos na Lei estadual nº 4.819/58.

De fato, os autores são ex-funcionários da CESP – CENTRAIS ELÉTRICAS DE SÃO PAULO, sucedida pela CTEEP – COMPANHIA DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA PAULISTA e nesta condição, aderiram ao plano de suplementação de aposentadorias e pensões ("Plano A") instituído pela FAEC – FUNDAÇÃO DE ASSISTÊNCIA AOS EMPREGADOS

Acesso ao Sumário

DA CESP (antecessora da Fundação CESP)[1].

Era possível ao empregado admitido no quadro de pessoa da CESP em data anterior a 14.05.74 (data de vigência da Lei estadual nº 200/74, que revogou a Lei estadual nº 4.819/58)[2] adquirir a condição de provedor-beneficiário, cujo custeio viria *de contribuições do Governo do Estado de São Paulo – por força da Lei nº 4819/58 –, CESP e dos provedores-beneficiários*[3].

Circular informativa da CESP nº 001/84 esclarece sobre *a transformação do "Plano A" em "4819"* e afirma que *com relação aos benefícios, eles passaram a ser maiores do que aqueles implantados em 1977. No que se refere às contribuições, a parte da Empresa foi extinta; a dos empregados foi reduzida sensivelmente e se tornou simbólica, pois passou a constituir um Fundo Específico, totalmente resgatável (com correção monetária e juros) quando o associado se desliga da Empresa por demissão ou aposentadoria, ou utilizado para pagamento das contribuições mensais, por parte daqueles que, no seu desligamento da empresa antes da aposentadoria, optarem por ingressar no Plano B de previdência. Foi mantida, apenas a doação feita pelo Governo do Estado* (fls. 354), feita nos termos do Decreto nº 10.630 de 27 de outubro de 1977 (fls. 352).

Assim, embora os benefícios oferecidos pela CESP sejam complementares ao instituído pela Lei estadual nº 4.819/58, o "Plano A" foi criado em atendimento a essa lei. E a conversão desse plano ao "Plano 4819" não alterou essa circunstância, pois o próprio regulamento estabelece, no objeto do plano, que *este regulamento tem por objeto o cumprimento do Decreto nº 10630/77, no que se refere à complementação de aposentadorias e pensões estendidas pela Lei nº 4819/58 aos empregados da CESP admitidos até 13.05.74, inclusive, nos termos da Lei 200/74* (fls. 355).

Apesar da informação da Fundação CESP, contida no Anexo I – Dossiê Expediente (fls. 366) de que *os beneficiários da Lei Estadual nº 4.819, de 1958, não são efetivamente participantes da Fundação CESP, que é obrigada por força de decisão judicial, a processar a folha de pagamento dos benefícios de tal grupo*, é certo que os descontos nos salários dos autores eram feitos pelas rés e tiveram origem nessa lei.

Breve leitura de fls. 370/382 esclarece sobre a ordem cronológica de criação dos planos de suplementação e das sucessões dos responsáveis pelo pagamento, culminando em serem as complementações pagas diretamente pela Fazenda do Estado desde 1º/01/2004.

Isso observado, entendo ser da Seção de Direito Público a competência para

Acesso ao Sumário

1 Fls. 341/351 – Regulamento nº 001/77.

2 Fls. – 343 item III.3.

3 Fls. – 348 item XVII.31.

julgamento do recurso porque a questão de fundo versa sobre complementação de aposentadoria instituída pela Lei Estadual nº 4.819/1958, decorrente de contrato celebrado entre ex-funcionário da CESP e as rés.

A competência, deveras, é de uma das C. Câmaras de Direito Público, como está no artigo 3º, I.1:

> **Art. 3º.** A Seção de Direito Público, formada por 8 (oito) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, salvo o 1º Grupo, que é integrado pelas três primeiras Câmaras, e o 7º Grupo, que é integrado pelas Câmaras 14ª, 15ª e 18ª, é constituída por 18 (dezoito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, assim distribuídas:
>
> I – 1ª a 13ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:
>
> I.1 – Ações relativas a concursos públicos, servidores públicos em geral, **questões previdenciais e ações fundadas na Lei Estadual nº 4.819/1958**.

Como indicou o parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça, posicionamento recente deste C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça fixou a competência para ações deste jaez na C. Seção de Direito Público:

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA AÇÃO FUNDADA NA LEI ESTADUAL Nº 4.819/1958 – MATÉRIA ATRIBUÍDA À SUBSEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO – ART 3º, I.1. DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013 DESTE E. TRIBUNAL – CONFLITO CONHECIDO E PROVIDO PARA DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS À 9ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO[4].

Diante disso, procedente o conflito, dá-se fixação da competência, desde logo e de imediato, na C. 12ª Câmara de Direito Público.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0036272-37.2016.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é suscitante 38ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 12ª 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 UMA DAS CÂMARAS DA PRIMEIRA SUBSEÇÃO DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO

4 Conflito de Competência nº 0008624-82.2016.8.26.0000, Relator Desembargador NEVES AMORIM, Órgão Especial, Data do julgamento: 1º/06/2016, Data de registro:02/06/2016.

PAULO. V.U. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. EVARISTO DOS SANTOS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.617)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, FRANCISCO CASCONI, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, ARTUR MARQUES, ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 9 de novembro de 2016.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator Designado

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Agravo em ação de Execução de Título Extrajudicial para regularizar loteamento. Irrelevante a perda do objeto. Necessária definição da competência para julgamento do agravo e demais recursos. Restrita a competência do Colendo Órgão Especial para dirimir única e tão somente conflito entre dois órgãos fracionados. Competência recursal se estabelece pelo pedido contido na inicial. Matéria – regularização de loteamento – afeta à competência preferencial da Primeira Subseção de Direito Privado (art. 5º, I.21, da Resolução nº 623/13 do TJSP).

Questões urbanísticas e ambientais alternativas e secundárias são insuficientes a deslocar competência. Precedentes.

Conflito procedente, competente uma das Câmaras da Primeira Subseção de Direito Privado do Tribunal de Justiça.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Relatório já nos autos.

2. Entendo procedente o conflito e competente uma das Câmaras da Primeira Subseção de Direito Privado.

Trata-se de conflito de competência suscitado pela **Eg. 38ª Câmara de**

Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo contra a **Eg. 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** nos autos do **agravo de instrumento** de interlocutória (fls. 18) deferindo a substituição processual em **execução de Termo de Ajustamento de Conduta** celebrado para regularização de parcelamento de solo.

A **Eg. 12ª Câmara de Direito Público**, entendendo tratar-se de matéria relacionada a **regularização de loteamento** não conheceu do recurso, e determinou a remessa dos autos a uma das Câmaras da Seção de Direito Privado (fls. 433/438).

Redistribuídos (fls. 448), a **Eg. 38ª Câmara de Direito Privado** negou o efeito suspensivo e determinou o processamento do feito (fls. 456/457).

A **Eg. 38ª Câmara de Direito Privado** entendendo tratar-se de matéria ambiental, declarou-se incompetente e suscitou conflito de competência (fls. 437/445).

A agravante informou a **perda do objeto** do agravo, em razão do acolhimento da exceção de preexecutividade pelo Juízo ***a quo*** extinguindo a execução por ilegitimidade passiva (fls. 482, 483/487).

Em que pese a d. opinião do i. Relator extinguindo o conflito de competência sem julgamento de mérito, diante da extinção da execução, entendo ser caso de conhecimento do conflito.

Inobstante a extinção da ação principal – execução –, necessário definir a competência para julgamento do agravo e eventuais recursos. O encerramento do incidente processual originário **não** se enquadra no âmbito de competência desse **Colendo Órgão Especial**, restrita a dirimir única e tão somente o conflito entre dois órgãos fracionados da Casa. Descabida qualquer manifestação ou antecipação quanto ao mérito do recurso.

Impõe-se definir qual Câmara é a competente para apreciar o agravo (ainda que tão somente para o considerar prejudicado por manifesta superveniente falta de interesse recursal).

Assim entendo ser caso de se **conhecer** do conflito suscitado e, em prosseguimento, julgá-lo **procedente** e competente **uma das Câmaras da Primeira Subseção de Direito Privado**.

A **competência recursal** se estabelece pelos termos do **pedido** contido na inicial, conforme dispõe o **art. 100** do **RITJ-SP**:

> *"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"* (grifei).

Como já se decidiu neste **Eg. Tribunal de Justiça**:

"Em primeiro plano de discussão, cumpre recordar a observação do eminente Desembargador Paulo Franco quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº 328.885-5/8, que mui bem aclara a problemática:"

*"'**A competência recursal é aferida pela "causa petendi" e pelo pedido formulado na inicial,** e não se altera em razão de questões que sejam suscitadas no curso da demanda.'"*

"'Nesse sentido, venerando acórdão do Egrégio Grupo Especial das Seções Civis, de que foi relator o Eminente Desembargador CEZAR PELUSO, em que se consignou o seguinte:'"

'É coisa velha, que, entre nós, a competência recursal se define e firma pelos termos da pretensão, considerada esta como somatória da causa de pedir e do pedido, ainda que haja reconvenção, ou ação contrária, ou tenha o réu arguido fatos ou circunstâncias capazes de modificar a mesma competência' (JTJ 190/274)." (AC nº 0.003.407-74.2011.8.26.0601 – v.u. j. de 26.06.13 – Rel. Des. **RICARDO ANAFE**).

Ora, a ação tem por **objeto**:

*"a) ... a citação de ARMANDO CICILLINI e JOSÉ ADROALDO CAMOLEZ, nos termos do art. 632 do Código de Processo Civil, para procederem **à aprovação do registro do parcelamento do solo** objeto do termo de ajustamento de condutas;"*

"b) em caso de não cumprimento da obrigação de fazer, requer-se a citação dos executados, nos termos do art. 652 do Código de Processo Civil, para pagamento do débito de R$ 452.800,00 (quatrocentos e cinquenta e dois mil e oitocentos reais), no prazo de 03 (TRÊS) dias, sob pena de penhora de bens, tantos quantos bastem à satisfação do débito, e subsequente intimação dessa penhora ao executado;"

"c) a incidência de correção monetária sobre o valor principal de R$ 452.800,00 (quatrocentos e cinquenta e dois mil e oitocentos reais), bem como juros de mora, a partir da citação;"

"d) o recolhimento da multa do Fundo Especial de Despesa e Reparação de Interesses Difusos Lesados, conta nº 1300074-5, Nossa Caixa Nosso Banco, Agência 0935, São Paulo-SP." (grifei – fls. 22/23).

Não se discute o descumprimento de **legislação ambiental** ou **administrativa**. Pretende o Ministério Público, em resumo, a **regularização de loteamento** a ensejar a competência da **Seção de Direito Privado**.

Observam **VICENTE CELESTE AMADEI** e **VICENTE DE ABREU AMADEI** ao tratarem da regularização de loteamento, quando presente **interesse social**, **prescindir** a Administração de determinação judicial:

Acesso ao Sumário

"A regularização de parcelamento do solo urbano decorrente de regularização fundiária de ***interesse social*** *ocorre* ***fora da esfera decisória do Poder Judiciário****. Tudo se opera apenas no âmbito administrativo municipal e do registro de imóveis."* [grifei – "Como Lotear uma Gleba – O parcelamento do solo urbano em todos os seus aspectos (Loteamento e Desmembramento)" – Ed. Millennium – 3ª ed. – 2012 – p. 398].

Necessária, no entanto, a via judicial, como é o caso dos autos, quando prevalente **interesse específico**:

"... conforme expressamente previsto no art. 64 da Lei n º 11.977/2009, ***o registro de parcelamento do solo deve se realizar nos 'termos da legislação em vigor', entenda-se da Lei nº 6.766/79****, observadas as disposições previstas nos artigos 65 a 68 da Lei nº 11.977/2009."* (grifei – **VICENTE CELESTE AMADEI e VICENTE DE ABREU AMADEI** – op. cit. – p. 394).

Imprescindível a intervenção judicial, no caso, para **compelir** o **loteador inadimplente** a **regularizar** a situação. Não se cuida de **interesse social**, mas tão somente **específico** na regularização do loteamento em questão.

Inequívoco o propósito primordial da demanda, a **regularização de loteamento** de acordo com a Lei nº 6.766/79 (fls. 22/23). Essa sua **causa de pedir**.

Confira-se, exemplificativamente:

"Segundo se apurou no Inquérito Civil nº 09/99 da Promotoria de Justiça de Habitação e Urbanismo de Santa Isabel (procedimento anexo), a família Prado e o corretor de imóveis Sebastião Osvaldo da Silva associaram-se e executaram parcelamento de solo, para fins urbanos, sem registro imobiliário, alienando lotes, em um imóvel rural situado no Bairro do Ouro Fino, com acesso pela Estrada Municipal SIS 340, coordenadas 23K 0371387/UTM 7423584, Santa Isabel, Bacia Hidrográfica do Rio Jaguari, em área de proteção aos mananciais hídricos, sem aprovação do Município de Santa Isabel e prévia anuência dos órgãos do Governo Estadual, ***agindo, desse modo, em desacordo com as normas da lei Federal nº 6.766/79 (arts. 3º, par. único, V; 12; 13, I e par. único; 18, 37; 53)****".*

(...)

"... os requeridos alienaram os lotes mediante promessas de venda, por instrumentos particulares de compromisso de compra e venda, ***sem a regularização do registro do desmembramento, contrariando o art. 37 da Lei 6.766/79****. As vendas foram contratadas diretamente por Sebastião Osvaldo da Silva, através de sua corretora SOS."*

"O desmembramento, ***afrontando o art. 3º, par. único, V, da Lei***

Acesso ao Sumário

***6.766/79**, foi executado..."* (grifei – fls. 96/97).

Como aqui já decidido:

*"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – REGULARIZAÇÃO DE LOTEAMENTO URBANO – **Questão afeta à competência da Seção de Direito Privado desta Corte, ao teor da disciplina da Resolução nº 623/13, artigo 5º, inciso I.21 – Irrelevância da participação, no polo passivo da causa, da Municipalidade, indicada apenas como órgão responsável para fiscalizar e controlar o loteamento – Autor que pretende a regularização de loteamento para realização 'de todas as obras de infraestrutura, ainda não executadas e apuradas em laudo pericial e de vistoria a ser realizada (rede de água, esgotos, luz elétrica, guias e sarjetas, escoamento de água pluvial, pavimentação e outras'** – Ausência de discussão sobre ato administrativo a deslocar a competência para a Câmara de Direito Público – conflito improcedente, competente a Colenda 5ª Câmara de Direito Privado da Corte."* (grifei – CC nº 0029291-60.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 30.07.14 – Rel. Des. **XAVIER DE AQUINO**).

O parcelamento do solo para fins urbanos é regido pela **Lei nº 6.766**, de 19 de dezembro de 1979 e as ações dela decorrentes – **regularização de loteamento** – são da competência preferencial das **1ª a 10ª Câmaras do Direito Privado** – art. 2º, III, 'a', da **Resolução nº 194/2004** e Provimento nº 51/98, Anexo I, itens XXI, XXXI e XXXIII, **subsistindo** mesmo após alteração dada pela **Resolução nº 281/2006** e **Resolução nº 623/2013** ambas desta **Colenda Corte**.

Hoje sintetizada na **Resolução nº 623/2013, art. 5º, inciso I.21**, ao assim dispor:

*"**Art. 5º.** 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.21 – **Ações relativas a loteamentos** e a localização de lotes;"*

Inequivocamente, a demanda em questão **é** ação dessa específica natureza – ***"... relativa(s) a loteamentos..."***, firmando a competência da referida Subseção do Direito Privado, com a amplitude estabelecida na referida regra – **todas** as ação relativas a loteamentos.

Como distinguir quando o legislador não distingue?

Acesso ao Sumário

Observe-se que demandas dessa natureza – para **regularização de loteamento** – **sempre** foram apreciadas pela Seção de Direito Privado, deslocando-se a competência recursal para a de Direito Público ou Direito Ambiental **tão somente** quando o pedido **principal** ou **prevalente** apresenta questão **ambiental** (ausente na hipótese dos autos), e **nada** justifica mudar essa orientação agora, máxime quando, no caso, repita-se, preocupações outras (**urbanísticas** ou **ambientais**) são **secundárias**, como já apontado.

Entender de forma diversa, ***data maxima venia***, implica em direta afronta ao disposto na referida Resolução. Estabelecer **outra** competência para casos como o dos autos está a exigir prévia alteração do disposto na norma local disciplinadora da competência recursal no âmbito do **Eg. Tribunal de Justiça** (providência já em andamento, com a nomeação de Comissão específica para esses fins). Sem essa providência – mudança na **Resolução nº 623/2013**, **não** há como, firmar, para o caso dos autos, a competência da Seção de Direito Público.

Assim se tem decidido no **Colendo Órgão Especial**:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação proposta por loteadores, com apoio no art. 38, § 3º, da Lei nº 6.766/79, para obter levantamento de valores que haviam sido depositados por adquirentes de lotes em conta especial (até que o loteamento fosse regularizado). Questão submetida à disciplina da Lei nº 6.799/79."

"Competência recursal que – em razão dos termos do pedido inicial – deve ser atribuída à C. Câmara suscitada, ainda que 'o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la' (art. 103 do RITJSP)."

"Ademais, existindo um dispositivo específico prevendo a competência da Seção de Direito Privado para julgar os recursos referentes a loteamentos, como é o caso do art. 5º, inciso I.21, da Resolução nº 623/2013, não se revela razoável e pertinente ignorar esse critério expresso e deslocar a competência para Seção de Direito Público somente porque a municipalidade alegou que também tem interesse no levantamento dos valores ou sob o pretexto (equivocado) de que a controvérsia, embora envolva questões referentes a loteamentos, estaria relacionada à atividade de fiscalização do Poder Público (controle e cumprimento de atos administrativos)."

"É que o procedimento de fiscalização, aqui, constitui fase já superada e sobre o qual não paira nenhuma discussão, tanto que a administração atestou a regularidade do loteamento, encerrando discussão sobre o tema. Controvérsia que se limita, agora, somente à apuração de quem efetivamente providenciou a regularização para que se defina o titular do direito ao levantamento dos valores depositados

Acesso ao Sumário

pelos adquirentes. Questão que deve ser decidida com base na lei de parcelamento do solo urbano e em normas de direito privado (independentemente da condição ou qualidade das partes), e não em regras de Direito Administrativo. Conflito julgado procedente. Competência da 7ª Câmara de Direito Privado." (CC nº 0.044.365-57.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 03.12.14 – Rel. Des. **FERREIRA RODRIGUES**).

"Conflito de competência Ação civil pública Regularização de loteamento urbano Obras de infraestrutura básica."

"É da Primeira Subseção de Direito Privado a competência para processar e julgar recurso apresentado em ação civil pública que tem por escopo a regularização de loteamento urbano, consistente em dever legal de implementação, por particulares, de obras de infraestrutura básica, sendo irrelevante, para o fim de deslocamento da competência para a Seção de Direito Público, a participação, no polo passivo, do Ente Municipal, que foi indicado apenas como órgão responsável pelo controle e pela fiscalização do loteamento."

"Reconhecida a competência da Terceira Câmara de Direito Privado para processar e julgar o recurso. Inteligência do artigo 5º, inciso I.21, da Resolução n. 623/2013. Conflito de competência procedente." (CC nº 0.027.295-27.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 25.06.14 – Rel. Des. **ITAMAR GAINO**).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação civil pública ajuizada pelo Município de Mogi das Cruzes para regularização de loteamento clandestino. Competência recursal que se estabelece pelo pedido contido na inicial. Questão urbanística secundária e decorrente da regularização do loteamento e a ela condicionada. Competência da Eg. 9ª Câmara de Direito Privado. Conflito procedente, competente a Câmara Suscitante." (CC nº 0.012.595-46.2014.8.26.0000 – p.m.v. j. de 04.06.14 – de que fui Relator Designado).

De outra parte, convém acrescentar que **não** se vislumbra **qualquer** das hipóteses de competência das **Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente**, nos termos do **art. 4º da Resolução TJSP nº 623/2013**:

*"I – Ações cautelares e principais que envolvam a aplicação da legislação ambiental e **interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente natural**, independentemente de a pretensão ser meramente declaratória, constitutiva ou de condenação a pagamento de quantia certa ou a cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer;"*

"II – Ações em que houver imposição de penalidades administrativas pelo Poder Público e aquelas relativas a cumprimento de medidas tidas

Acesso ao Sumário

como necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos provocados pela degradação da qualidade ambiental (Lei nº 6.938/1981, art. 14, 'caput' e §§ 1º a 3º).''

Não há falar em subsunção do presente caso ao **inciso I**. **Não** se trata de ação envolvendo discussão sobre interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente. Objeto da demanda é, reitere-se, a **regularização de loteamento**. Discutem-se, pois, questões atinentes ao exercício do **direito de propriedade** dos réus, tendo sido a **questão ambiental** invocada apenas de forma **reflexa** e **mediata**.

Tampouco se verifica aplicação do **inciso II**.

Feito **não** versa sobre imposição de penalidade administrativa, ou medidas referentes à *''... preservação ou correção dos inconvenientes e danos provocados pela degradação da qualidade ambiental''*.

Em conflitos similares, assim se pronunciou este **Eg. Órgão Especial**:

''CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Agravo de instrumento tirado de ação civil pública manejada contra loteamento irregular – Discussão secundária acerca dos contornos ambientais – Matéria vinculada à seara privada – Inteligência dos arts. 4º, I e 5º, I21, da Resolução nº 623/2013 – Precedentes deste C. Órgão Especial – Conflito procedente – Competência da C. 5ª Câmara de Direito Privado.'' (CC nº 0.209.115-13.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 26.02.14 – Rel. Des. **LUÍS GANZERLA**).

E,

''APELAÇÃO. Conflito negativo de competência. Ação Civil Pública. Regularização de loteamento clandestino. Julgada improcedente em 1º grau de jurisdição. Apelo ministerial. Conflito negativo de competência suscitado quando da análise do Recurso de Apelação interposto. Matéria não envolve interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente. Inteligência da Resolução nº 512/2010 desta Corte de Justiça. Incompetência das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente. Precedentes deste Colendo Órgão Especial. Suscitação procedente. Competência da 1ª Câmara de Direito Privado para julgamento da apelação.''

(...)

''Repita-se que, o tema em debate na ação principal tem nítido cunho de direito privado, pois o que se busca diretamente é a submissão do loteamento a: (i) aprovação pela Prefeitura (art. 12, Lei 6.766/79); (ii) efetivação do registro especial (art. 18, da Lei 6.766/79); (iii) elaboração de contrato-padrão contendo cláusulas e condições protetivas ditadas por lei (arts. 25 a 36, Lei 6.766/79; (iv) estar a gleba situada foras

Acesso ao Sumário

das áreas de risco ou de proteção ambiental (art. 3º, par. Único, Lei nº 6.766/79), e em zona urbana ou de expansão urbana, sendo imperiosa prévia audiência do INCRA, quando houver a alteração de uso do solo rural para fins urbanos (arts. 3º, caput, e 53, Lei 6.766/79); por fim (v) execução de obras de infraestrutura (art. 18, V, Lei 6.766/79)".

"Não se trata, portanto, de ação que envolva discussão sobre interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente."

"A questão ambiental foi invocada apenas de forma reflexa, o que afasta a hipótese de enquadramento na competência definida pelo art. 1º da Resolução nº 240, deste Colendo Órgão Especial, daí o reconhecimento da competência da 1ª Câmara de Direito Privado, nos termos da Resolução nº 194/2004 c.c. Provimento nº 63/2004, ambos deste E. Tribunal de Justiça." (CC nº 0.184.771-65.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 27.11.13 – Rel. Des. **PÉRICLES PIZA**).

Nesse mesmo sentido: CC nº 0.105.052-68.2012.8.26.0000 – v.u. j. de 25.07.12 – Rel. Des. **ELLIOT AKEL**; CC nº 0.011.293-79.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 23.04.14 – Rel. Des. **XAVIER DE AQUINO**; CC nº 0.070.767-78.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 22.10.14 – Rel. Des. **JOÃO NEGRINI FILHO**.

Daí a remessa dos autos à Primeira Subseção de Direito Privado do Tribunal de Justiça para apreciar e julgar o presente recurso.

Essa, ***data maxima venia***, a solução pertinente ao caso dos autos enquanto não alterada a redação da norma local definidora da competência recursal do Tribunal de Justiça.

3. Julgo procedente o conflito e competente uma das Câmaras da Primeira Subseção de Direito Privado do Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0033240-24.2016.8.26.0000, da Comarca de Valinhos, em que é suscitante 1ª CÂMARA EXTRAORDINÁRIA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 3ª 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 3ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS.

SRS. DES. EVARISTO DOS SANTOS E BERETTA DA SILVEIRA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.942)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, RICARDO NEGRÃO, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, 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, 30 de novembro de 2016.

SÉRGIO RUI, Relator

Ementa: Conflito de competência. Ação civil pública. Insurgência do Ministério Público de São Paulo contra a construção de condomínio residencial horizontal no Município de Valinhos ao entendimento de que se trata de loteamento. Alegação de desrespeito à Lei Municipal nº 2.979/96, que trata do uso e ocupação do solo. Sentença de improcedência. Recurso de apelação não conhecido pela 3ª Câmara de Direito Privado e, posteriormente, pela 1ª Câmara Extraordinária de Direito Público. Competência recursal que se insere no âmbito de atribuição das Câmaras da 1ª Subseção de Direito Privado com apoio no artigo 5º, inciso I.21, da Resolução nº 623/2013. Conflito procedente. Competência da 3ª Câmara de Direito Privado.

VOTO

Trata-se de conflito de competência – suscitado pela 1ª Câmara Extraordinária de Direito Público em face da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo – decorrente de recurso de apelação interposto contra r. sentença proferida nos autos de ação civil pública que tramita perante a 1ª Vara da Comarca de Valinhos/SP. Nestes autos, a douta magistrada sentenciante julgou improcedente a ação civil pública ajuizada pelo nobre representante do Ministério Público em desfavor de Moinho de Vento Empreendimentos Imobiliários S/A Ltda., Abdala Jorge Gazal, Antonio Roberto Montero, Cláudio Terci, Neief Labaki, Paulo Roberto Montero e o Município de Valinhos, afeta a loteamento que obteve alvará de licença de obras junto à Prefeitura Municipal de Valinhos nos idos do ano 2000.

Acesso ao Sumário

Interposto recurso de apelação pelo **Parquet**, foi ele distribuído à 3ª Câmara de Direito Privado do E. Tribunal de Justiça de São Paulo – suscitada –, que entendeu por bem que "a Resolução nº 623/13, nos dispositivos mencionados no trecho acima transcrito, dispõe ser de competência preferencial de Direito Público o julgamento de ação civil pública, relacionada com matéria da própria Seção, entre as quais se insere o julgamento de ações relativas a controle e cumprimento de atos administrativos" (**sic**) – **in casu**, ligados à aprovação de loteamento irregular (fls. 3.950-3.957). Por tal razão, foi reputada competente uma das Câmaras de Direito Público.

Redistribuído o recurso à 1ª Câmara Extraordinária de Direito Público – suscitante – ponderou-se, no V. Acórdão que dele não conheceu e no qual foi suscitado o presente conflito, que "no caso em tela, por mais que a pretensão possa envolver o exercício de poder de polícia, especificamente a omissão da Administração Municipal neste seu mister, este fato *per se* não possui o condão de deslocar a competência para processar e julgar o presente recurso para a Seção de Direito Público. Isso porque a lide se cuida de propalado loteamento irregular, matéria regida pela Lei nº 6.766/79" (**sic**) (fls. 3.970). Aquele douto Relator esclareceu, ainda, haver recentes julgados do C. Órgão Especial são nesse sentido. Não bastasse, as Câmaras de Direito Privado têm decidido tal matéria, resultando desse entendimento que a competência é da Câmara de Direito Privado (fls. 3.968-3.974).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, representada pelos Doutores Oswaldo Peregrina Rodrigues e Rossini Lopes Jota, opinou pela procedência do conflito, reconhecendo-se a competência da Subseção I de Direito Privado para julgar o recurso de apelação originário, com fulcro no artigo 5º, inciso I.21, da Resolução nº 623/2013, mais especificamente da Colenda 3ª Câmara da Seção de Direito Privado.

É o relatório.

Nos termos do artigo 103 do Regimento Interno, "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".

Acesso ao Sumário

Objetiva o apelante o provimento de seu recurso a fim de que seja reputada fraudulenta a constituição do condomínio horizontal com fulcro na Lei nº 4.591/1964 – que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias –, uma vez que se trata, em verdade, de loteamento, regido pela Lei nº 6.766/1979 – que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano. Por conta de tal manobra, a municipalidade permitiu à Moinho de Vento implantar seu empreendimento em uma área superior à permitida, com construções de área unitária menor que aquela prevista na lei de parcelamento do solo, gerando

adensamento populacional, tudo em desatendimento à legislação municipal vigente à época – Lei nº 2.979/1996 (fls. 3.889-3.896).

Em que pese o entendimento de que a questão principal está relacionada ao poder de polícia da municipalidade ao autorizar a implementação do condomínio, da leitura da ação civil pública originária percebe-se que a questão de fundo é a irregularidade do condomínio instituído, o qual desrespeitaria a lei de uso e ocupação do solo do Município de Valinhos.

Diante disso, em grau recursal, a decisão de conflito envolvendo questão dessa natureza deve orientar-se pela regra do artigo 5º, inciso I.21, da Resolução nº 623/2013, culminando com a competência de uma das Câmaras da 1ª Subseção de Direito Privado, detentora da competência preferencial para o julgamento da matéria:

"Art. 5º. 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.21 – Ações relativas a loteamentos e a localização de lotes".

Nesse sentido a jurisprudência:

Conflito de competência – Ação civil pública – Loteamento clandestino – Regularização nos termos da Lei nº 6.766/69 – Questão de natureza privada – Incidente julgado procedente para se determinar a competência da 14ª Câmara Extraordinária de Direito Privado (Órgão Especial; Conflito de competência 0003987-88.2016.8.26.0000/Rio Claro; Relator: João Negrini Filho; julg. em 3/8/2016; M.V. – **in** "site" do Tribunal de Justiça de São Paulo).

Conflito de competência. Ação civil pública. Regularização de loteamento. Competência da Seção de Direito Privado – Primeira Subseção (DP-1). Artigo 5º, I.21 da Resolução nº 623/13 do Tribunal de Justiça. Precedentes do C. Órgão Especial. Competência assim fixada. Conflito procedente (Órgão Especial; Conflito de competência 0024313-69.2016.8.26.0000/São João da Boa Vista; Relator: Borelli Thomaz; julg. em 3/8/2016; M.V. – **in** "site" do Tribunal de Justiça de São Paulo).

Conflito de competência. Ação civil pública ajuizada pelo Município de Mogi das Cruzes para regularização de loteamento clandestino. Competência recursal que se estabelece pelo pedido contido na inicial. Questão urbanística secundária e decorrente da regularização do loteamento e a ela condicionada. Competência da Eg. 9ª Câmara de Direito Privado. Conflito procedente, competente a Câmara Suscitante (Órgão Especial; Conflito de competência 0012595-46.2014.8.26.0000/Mogi das Cruzes; Relator: Evaristo dos Santos; julg. em 4/6/2014; M.V. in "site" do Tribunal de Justiça de São Paulo).

Acesso ao Sumário

Conflito de competência – Ação civil pública – Regularização de loteamento urbano – pretendida regularização de loteamento para realização de obras de infraestrutura, com observância da Lei 6766/79 – questões urbanísticas, relacionadas a loteamento que desautorizam o deslocamento da competência para as Câmaras de Reserva do Meio Ambiente – conflito improcedente. **Conflito de competência – Ação civil pública – regularização de loteamento urbano** – Questão afeta à competência da Seção de Direito Privado desta Corte, ao teor da disciplina da Resolução nº 623/13, artigo 5º, inciso I.21 – Irrelevância da participação, no polo passivo da causa, da Municipalidade, indicada apenas como órgão responsável para fiscalizar e controlar o loteamento – Autor que pretende a regularização de loteamento para realização "de todas as obras de infraestrutura, ainda não executadas e apuradas em laudo pericial e de vistoria a ser realizada (rede de água, esgotos, luz elétrica, guias e sarjetas, escoamento de água pluvial, pavimentação e outras" – Ausência de discussão sobre ato administrativo a deslocar a competência para a Câmara de Direito Público – conflito improcedente, competente a Colenda 5ª Câmara de Direito Privado da Corte (Órgão Especial; Conflito de competência 0029291-60.2014.8.26.0000/Itapetininga; Relator: Xavier de Aquino; julg. em 30/7/2014; V.U. – **in** "site" do Tribunal de Justiça de São Paulo).

Por tais razões, julga-se procedente o presente conflito, declarando-se competente para conhecer e julgar o recurso de apelação interposto a Colenda 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Mandados de Injunção

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Injunção nº 2031666-29.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante ASSOCIAÇÃO DOS AUDITORES FISCAIS TRIBUTÁRIOS MUNICIPAIS DE SÃO PAULO, é impetrado PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE O ADV. DR. CLÁUDIO RENATO DO CANTO FARAG.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.188)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA

Acesso ao Sumário

SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, ARTUR MARQUES, ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, FRANCISCO CASCONI, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO e BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 9 de novembro de 2016.

JOÃO NEGRINI FILHO, Relator

Ementa: MANDADO DE INJUNÇÃO – ARGUIÇÃO DE MORA LEGISLATIVA MUNICIPAL NA REGULAMENTAÇÃO DO ARTIGO 40, § 8º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, INTRODUZIDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003, COMANDO REPRODUZIDO PELA CONSTITUIÇÃO BANDEIRANTE NO ARTIGO 126, § 8º-A – INCONFORMISMO QUANTO AOS CRITÉRIOS DE REAJUSTE PREVISTOS NO DECRETO Nº 46.861/2005, INCLUSIVE COM A UTILIZAÇÃO DESTE INSTRUMENTO NORMATIVO PARA REGULAMENTAR A NORMA CONSTITUCIONAL – DESCABIMENTO – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – EXECUTIVO MUNICIPAL QUE EDITOU ATO NORMATIVO QUE PROMOVE O REAJUSTE DE PENSÕES E PROVENTOS.

Mandado de injunção extinto sem resolução de mérito.

VOTO

Trata-se de mandado de injunção impetrado pela ASSOCIAÇÃO DOS AUDITORES FISCAIS TRIBUTÁRIOS MUNICIPAIS DE SÃO PAULO em face do PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO em que requer o reconhecimento da mora legislativa municipal na regulamentação do artigo 40, § 8º, da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 41/2003, que determina a fixação dos critérios de reajustamento de benefícios, comando reproduzido pela Constituição Bandeirante no artigo 126, § 8º-A. Postula pela aplicação supletiva do artigo 41-A, *caput*, da Lei Federal nº 8.213/91, enquanto persistir a ausência da lei municipal específica.

Os autos foram distribuídos a este relator que determinou o seu

Acesso ao Sumário

processamento, com requisição de informações à digna autoridade impetrada, dando-se, oportunamente, vista dos autos à ilustre Procuradoria Geral de Justiça (fl. 139).

O Sindicato dos Profissionais em Educação no Ensino Municipal de São Paulo – SINPEEM requereu seu ingresso nos autos como *"amicus curiae"* (fls. 161/162).

O Prefeito do Município de São Paulo prestou informações às fls. 145/153. Aduz, em preliminar, inadequação da via eleita e ausência de causa de pedir. Aponta que a propositura do mandado de injunção não se presta a sanar eventuais disparidades financeiras verificadas nos proventos de aposentadoria. Acrescenta que o mandado de injunção não seria o remédio constitucional para dispor sobre a inadequação de determinado diploma legal para concretização do direito. Sustenta que não há omissão legislativa, portanto, o feito deve ser extinto sem resolução do mérito. Ainda em preliminar, aponta a existência de coisa julgada, pois a parte autora já havia intentado Mandado de Segurança nº 0010526-13.2015.8.26.0053, com idêntico pedido, sendo julgado desfavoravelmente à impetrante, com trânsito em julgado em 2015. Com isso, pede a extinção do processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 337, VII do novo Código de Processo Civil. No mérito, afasta a omissão legislativa, apontando a existência do Decreto Regulamentar nº 46.861/2005, que faz remissão à Lei nº 13.303/2002, que preveem os critérios de reajustes dos benefícios. Por outro lado, aponta a existência da Súmula Vinculante nº 42, segundo a qual *"é inconstitucional a vinculação do reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária"*. Acrescenta que o Poder Judiciário não pode substituir o Executivo para impor índices de reajuste ou mesmo obrigá-lo a encaminhar projeto de lei que o determine, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes.

A Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo opinou pela extinção do feito, sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 485, inciso IV, do Código de Processo Civil, com a consequente denegação da ordem.

É o relatório.

De início, observa-se a existência de pedido formulado pelo Sindicato dos Profissionais em Educação no Ensino Municipal de São Paulo – SINPEEM para ingresso na lide, na qualidade de *"amicus curiae"*.

O Estatuto do Sindicato, juntado às fls. 178/201, revela que esta entidade representa todos os profissionais do ensino oficial do município de São Paulo: docentes, especialistas, quadro de apoio, auxiliares, vigias escolares e agentes de apoio.

O *"caput"* do artigo 138 do novo Código de Processo Civil assim dispõe: *"O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade*

Acesso ao Sumário

do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação."

Assim, o pleito merece acolhimento, devendo ser o Sindicato dos Profissionais em Educação no Ensino Municipal de São Paulo – SINPEEM admitido na presente ação como *"amicus curiae"*, nos termos do artigo 138 do novo Código de Processo Civil.

Superada esta questão, passemos ao julgamento da lide.

A autoridade coatora postula a extinção da ação, sem apreciação do mérito, sob a invocação da coisa julgada, em razão da identidade de causas e de pedidos em relação a demanda pretérita envolvendo as mesmas partes.

No Mandado de Segurança nº 0010526.13.2015.8.26.0053 a impetrante defendeu a existência de direito líquido e certo ao reajuste de proventos de acordo com os índices utilizados pelo Regime Geral de Previdência Social, nos termos do artigo 15, da Lei Federal nº 10.887/04. No entanto, na presente ação, a parte requer o reconhecimento da mora legislativa municipal na regulamentação do artigo 40, § 8º, da Constituição Federal, adotando-se supletivamente, enquanto persistir a ausência de lei municipal específica, o *"caput"* do artigo 41-A da Lei Federal nº 8.213/91. Como se vê, inequívoca a inexistência de identidade do pedido e causa de pedir entre as duas ações – a anterior e esta. Portanto, deve ser sumariamente afastada a arguição de coisa julgada.

Também em preliminar, o alcaide paulistano aponta inadequação da via eleita/ausência de causa de pedir.

Neste ponto, porém, razão assiste ao contestante.

Senão vejamos.

O mandado de injunção tem como finalidade suprir a falta de norma integradora, de modo a permitir o pleno exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, como assinala o inc. LXXI, do artigo 5º, da Constituição Federal:

"conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e à cidadania".

Essa omissão legislativa se dá em face da existência de normas constitucionais de eficácia limitada, que necessitam de outra, infraconstitucional, que permita sejam aqueles direitos e liberdades insertos na Carta Magna considerados como direitos subjetivos de seus destinatários.

Acesso ao Sumário

No caso, a impetrante afirma que a autoridade se encontra em débito, pela inexistência de lei que estabeleça critérios do reajustamento de benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, nos termos do parágrafo 8º, do artigo 40, da Constituição Federal, o que inviabilizaria o exercício do direito. O Chefe do Poder Executivo, ao invés de encaminhar à Câmara Municipal um projeto de lei dispondo sobre a matéria, em desrespeito ao princípio da legalidade estrita, teria se limitado a editar Decreto nº 46.861, de 27 de dezembro de 2005, que impõe, em seu artigo 33, a concessão de reajuste dos proventos na mesma data em que forem reajustados os benefícios do Regime Geral da Previdência Social, de acordo com o artigo 1º da Lei nº 13.303/2002, sem prejuízo do estabelecido no artigo 2º da mesma lei, não se lhes aplicando a paridade. Assim, considerando que citada lei é anterior à Emenda Constitucional nº 41/2003, a garantia do direito constitucional insculpido no artigo 40, § 8º, da Carta Magna não teria sido atendido.

Extrai-se da argumentação da impetrante é que sua insurgência não ocorre em face da inexistência de norma infraconstitucional integradora, mas da não concordância com os critérios de reajuste de proventos e de pensões previstos no referido Decreto, inclusive com a utilização deste instrumento normativo para regulamentar a norma constitucional.

Enfim, a norma regulamentadora já existe, logo, a cobrança de diferenças, a discussão com relação a índices e o instrumento normativo adotado manejam via processual adequada que não a presente injunção.

Assim, considerando que os pedidos não guardam relação com a via mandamental, devem ser indeferidos pela falta de interesse e adequação da via eleita, artigo 485, VI do Código de Processo Civil.

É de se reconhecer que a matéria foi objetivamente analisada no parecer elaborado pela douta Procuradoria Geral de Justiça às fls. 205/214, ora parcialmente transcrito e adotado como razão de decidir:

> *"A norma constitucional que previu o direito ao reajuste de benefícios de pensão e proventos aos servidores municipais, introduzida pela Emenda Constitucional n. 41/2003, assim estabeleceu (destacamos):* ***§ 8º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei****.*
>
> *A edição do Decreto Municipal n. 46.861/2005 afastou de modo insofismável o pressuposto para o exercício da ação constitucional de mandado de injunção, qual seja, a* ***omissão*** *do Poder Público. O Decreto em apreço, com efeito, dispôs sobre a concessão das aposentadorias e pensões dos servidores públicos do Município de São Paulo,* ***inclusive acerca dos reajustes previstos na norma constitucional****, porquanto*

Acesso ao Sumário

estabeleceu em seu artigo 33 o seguinte:

'Artigo 33. Aos proventos das aposentadorias de que tratam os artigos 4º, 5º, 7º e 9º serão concedidos reajustes na mesma data em que forem reajustados os benefícios do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, de acordo com o disposto no artigo 1º da Lei nº 13.303, de 18 de janeiro de 2002, sem prejuízo do estabelecido no artigo 2º da mesma lei, não se lhes aplicando a paridade.'

A Administração Pública promoveu dentro deste parâmetro legal os reajustes de pensões e proventos de 2005 a 2013 (fls. 147) e de 2014/2015 (fls. 156/157).

A notória irresignação do impetrante com os ***critérios*** *de reajuste de proventos e de pensões previstos no referido Decreto – inclusive com a utilização do Decreto para regulamentar a norma constitucional – não pode ser objeto do mandado de injunção, mas deve ser perquirida pela via processual adequada. Neste sentido este c. Órgão Especial já decidiu o seguinte (destacamos):*

'Mandado de Injunção. Servidor Público. Guardas Municipais. Revisão geral anual. Pleitos condenatórios e inconformismo quanto a percentuais de reajustes e índices. Reposição de perda de índices. Inadequação da via eleita. Executivo Municipal que editou leis correlatas à revisão geral anual em cumprimento ao disposto no inciso X do art. 37 da CR e da Lei 13.303, de 18 de janeiro de 2002, com reajustes de escalas de padrões e vencimentos. Injunção denegada.' (TJSP, MI n. 0047087-35.2012.8.26.0000, rel. Des. Cauduro Padin, j. em 24.07.2013).

Assim também já se posicionou o c. Supremo Tribunal Federal:

'MANDADO DE INJUNÇÃO. REVISÃO GERAL ANUAL. ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, EXISTÊNCIA DE LEI REGULAMENTADORA. DESCABIMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Segundo a jurisprudência do STF, a existência, ainda que superveniente, de norma regulamentadora do direito constitucional pretendido leva à perda do objeto do mandado de injunção. A Lei 10.331/2001 regulamentou o art. 37, X, da Constituição, conferindo-lhe eficácia plena, e está em vigor desde 19 de dezembro de 2001. Posteriormente, a Lei 10.697/2003 também cumpriu o dispositivo constitucional. Ainda, o mandado de injunção não é o meio processual adequado para questionar a efetividade da lei regulamentadora. Fundamentos observados pela decisão agravada.

2. Agravo regimental desprovido' (MI 2.182-AgR, Relator o Ministro Teori Zavaski, Plenário, DJe 9.5.2013).

Recentemente (1º de fevereiro de 2016), o c. Supremo Tribunal Federal, ao decidir o MI n. 2480/DF, relatoria da eminente Ministra

Acesso ao Sumário

CÁRMEM LÚCIA, assim decidiu em Decisão Monocrática Terminativa: 'MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 40, § 8º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRESERVAÇÃO DO VALOR REAL DOS PROVENTOS. EXISTÊNCIA DE LEI REGULAMENTADORA. MANDADO DE INJUNÇÃO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO'.

Acrescente-se a estas ponderações a circunstância de que a verificação da assertiva do impetrante de que os critérios utilizados pela Administração Pública por meio do Decreto Municipal n. 46.861/2005 para efetuar os reajustes dos benefícios não são suficientes para preservar o assim denominado valor real (artigo 40, parágrafo 8º da Constituição da República) demandaria larga dilação probatória que não se coaduna com o mandado de injunção.

Finalmente, a alteração dos critérios de reajuste estabelecidos pelo Poder Executivo por meio de ação judicial, com virtual incremento nos valores dos benefícios de pensão e proventos, além de violar o disposto no artigo 2º da Constituição da República, que trata do princípio da separação dos Poderes, afronta a Súmula Vinculante n. 42 do c. Supremo Tribunal Federal, cujo teor é o seguinte:

'É inconstitucional a vinculação do reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária.'

Neste passo, sendo notória a impropriedade do meio processual eleito pelo impetrante para desconstituir o Decreto Municipal n. 46.861/2005, aguarda a Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo a ***extinção do feito****, sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 485, inciso IV, do Código de Processo Civil, com a consequente* ***denegação*** *da ordem."*

Neste sentido, destacam-se os precedentes deste C. Órgão Especial:

MANDADO DE INJUNÇÃO – Servidor público – Revisão geral anual de remuneração – Alegação de omissão do Governador do Estado em relação à edição de lei com a revisão dos associados do impetrante – Direito de servidores previsto nos arts. 37, X, da Constituição Federal, e 115, XI, da Constituição Estadual – Dispositivos que dependem de norma regulamentadora, a qual já foi editada tanto no âmbito federal quanto no estadual – Eventual discussão sobre o cumprimento da lei regulamentadora que não pode ser objeto deste meio processual – Via inadequada – Precedentes do E. STF – Mandado de injunção extinto sem resolução de mérito.

(Mandado de Injunção nº 2106216-92.2016.8.26.0000. Relator: Álvaro Passos; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 28/09/2016; Data de registro: 29/09/2016)

Mandado de injunção. Impetração contra omissão do Governador do Estado de São Paulo, que deveria estabelecer os critérios de

Acesso ao Sumário

aposentadoria dos agentes de segurança penitenciária. Existência de regime previdenciário próprio regulamentado pela Lei Complementar 1.109, de 6 de maio de 2010. Não configuração da mora legislativa. Julgado extinto o processo sem resolução do mérito (art. 267, VI, CPC).

(Mandado de Injunção nº 2030737-64.2014.8.26.0000. Relator: Márcio Bartoli; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 12/11/2014; Data de registro: 13/11/2014)

Ante o exposto, julgo extinto o processo, sem resolução do mérito (artigo 485, VI, Código de Processo Civil).

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2109163-22.2016.8.26.0000, da Comarca de Francisco Morato, em que é agravante E.G.R.R. (MENOR), é agravado MUNICÍPIO DE FRANCISCO MORATO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO ao agravo de instrumento para determinar a imediata matrícula da criança em creche da rede municipal próxima de sua residência, ou, ainda, caso não haja vaga na rede pública, que então providencie o custeio em instituição particular, sob pena de multa diária no valor de R$ 100,00, limitada a R$ 50.000,00, sem prejuízo de revisão, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.132)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 21 de novembro de 2016.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER BUSCANDO MATRÍCULA DE CRIANÇA EM ESCOLA DE EDUCAÇÃO INFANTIL PRÓXIMA DE SUA RESIDÊNCIA – TUTELA ANTECIPADA INDEFERIDA – REFORMA DA DECISÃO – NECESSIDADE – PREEXISTÊNCIA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA – POSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DO DIREITO INDIVIDUAL – INEXISTÊNCIA DE CARÁTER PREJUDICIAL DA TUTELA COLETIVA FRENTE AO DIREITO INDIVIDUAL – PROBABILIDADE DO DIREITO INVOCADO PELA CRIANÇA – DEMORA NO

Acesso ao Sumário

PROVIMENTO JURISDICIONAL QUE IMPORTA EM PERIGO DE DANO À CRIANÇA – DEVER DO PODER PÚBLICO DE FORNECER EDUCAÇÃO BÁSICA OBRIGATÓRIA E GRATUITA A CRIANÇA EM UNIDADE PRÓXIMA À SUA RESIDÊNCIA – GARANTIA FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO CONSAGRADA EM NORMA DE EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA – RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de concessão de efeito ativo liminar, interposto por **E.G.R.R.**, representado por sua mãe, F.C.R., contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara do Foro de Francisco Morato, que indeferiu a tutela de urgência nos autos de ação de obrigação de fazer, objetivando a matrícula da criança em creche da rede pública nas proximidades de sua residência ou em instituição privada.

A decisão agravada sustenta a impossibilidade da concessão de antecipação de tutela individual por conta da existência de liminar em ação civil pública movida pelo Ministério Público, que determinou a observância de ordem cronológica de inscrição de todas as crianças do município (fls. 26/27).

Deferida a liminar (fls. 30/32), foram prestadas informações (fls.37/38).

A d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 42/44).

É o relatório.

O presente agravo comporta provimento.

O ingresso em unidade de ensino fundamental ou creche da rede municipal é pleito que encontra amparo no Texto Constitucional e na jurisprudência já firmada nesta Câmara Especial.

Ademais, os direitos à pré-escola e ao ensino fundamental devem ser assegurados às crianças, com absoluta prioridade, nos termos do artigo 208, incisos I e IV, da Carta Magna.

Sobre a existência de uma ação civil pública proposta para a solução da questão das vagas em creches, anoto que isto não permite a violação de direito subjetivo da criança à vaga postulada ou mesmo impede o exercício do direito individual de ação pela interessada.

O fato de haver sentença emitida em ação civil pública com prazo alongado para a disponibilização de vagas em larga escala, em âmbito coletivo, com o fim de regularizar a situação do Município no que tange ao direito à

Acesso ao Sumário

educação não traduz a imposição à criança a obrigação de aguardar, anos a fio, a disponibilização da vaga que significará a concretização de seu direito constitucional.

Daí, evidentemente, a probabilidade do direito invocado pela agravante.

No mais, diante da necessidade de imediato amparo à criança, imperiosa a pronta resposta judicial a respeito da pretensão da agravante, uma vez que a demora poderá acarretar-lhe perigo de dano. Comprovado, portanto, o *periculum in mora*.

Ante o exposto e por tais fundamentos, pelo meu voto **DOU PROVIMENTO** ao agravo de instrumento para determinar a imediata matrícula da criança em creche da rede municipal próxima de sua residência, ou, ainda, caso não haja vaga na rede pública, que então providencie o custeio em instituição particular, sob pena de multa diária no valor de R$ 100,00, limitada a R$ 50.000,00, sem prejuízo de revisão.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001343-77.2015.8.26.0005, da Comarca de São Paulo, em que é apelante J.A.A., é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DO FORO REGIONAL DE SÃO MIGUEL PAULISTA.

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 42.151)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 24 de outubro de 2016.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Acesso ao Sumário

Ementa: DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR.

– Preliminares afastadas.

– Sempre que possível (e isto o é, *quod plerumque accidit*), o menor, por lei natural, deve crescer e

educar-se na família biológica, sob a guarda e responsabilidade paideica dos pais.

– Aferir a concretude da aplicação desta norma é sempre tarefa de caráter prudencial e exige considerar o interesse primeiro do menor.

– Prova, na espécie, que indica a violação dos deveres previstos em lei para o sustento, a guarda e a educação de filha menor.

Não provimento do recurso.

VOTO

RELATÓRIO:

1. J.A.A., mãe da criança T.A.A.N., nascida em (...), acolhida institucionalmente em (...), interpôs recurso de apelação contra a r. sentença (e-págs. 369-72), que julgou procedente a demanda e destituiu a mãe, ora recorrente, e o pai, M.F.N., do poder familiar que exerciam sobre a menor.

2. A apelante pleiteia, em preliminar: a) a antecipação de tutela para permitir a visitação à filha; b) a reforma da decisão que indeferiu a produção de prova antes do encerramento da instrução, visando ao aproveitamento de entrevista psicossocial referente a irmã de T.A.A.N.; e c) a nulidade do processo cautelar, que subsidiou a propositura da presente ação, por violação aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Alega, no mérito, que não estão presentes os requisitos para a destituição do poder familiar (e-págs. 380-404).

3. Recebido o apelo (e-pág. 455), vieram aos autos contrarrazões, opinando a digna Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do recurso (e-págs. 463-75).

É o relatório, em acréscimo ao da r. sentença de origem.

VOTO:

4. De partida, afastam-se as arguidas preliminares.

Não se verifica, na espécie, cerceio de exercício de direito processual e nulidade do processo. Citada pessoalmente à e-pág. 201, a apelante deixou transcorrer *in albis* o prazo para contestação, momento em que poderia, inclusive, impugnar os elementos produzidos na ação cautelar.

Recebeu os autos no estado em que se encontravam, e exerceu seu direito de defesa, onde foi ouvida em audiência, manifestando o desejo de entregar a filha a adoção em favor da atual sogra, que não possui parentesco com a menor, e apresentando alegações finais (e-pág. 289).

Os autos estavam suficientemente instruídos com estudos psicossociais

Acesso ao Sumário

e depoimentos das testemunhas e da mãe, de maneira que a prova requerida apenas postergaria o resultado da lide.

5. No mérito, a pretensão ajuizada em janeiro de 2015, referiu que os pais da menor T.A.A.N, acolhida institucionalmente em (...), não reuniam condições para o exercício do poder familiar.

Narra que a criança foi submetida à instituição de acolhimento, pois, com dois meses de vida, foi internada no Hospital Municipal (...) em (...), com quadro de vômito, diarreia, febre, desidratação, desnutrição e maus tratos. Permaneceu no nosocômio até a alta hospitalar e, na sequência, encaminharam-na à Casa de Acolhimento (...) (e-págs. 44-5).

No mais, apesar do acompanhamento sistemático, os pais não alteraram a conduta, tampouco modificaram a situação de vulnerabilidade vivida pela família.

6. Consta dos autos que a recorrente é dependente química, não fez o devido pré-natal, não tem moradia fixa e nem condições de cuidar da filha. Não possuía sequer a documentação básica própria e da criança.

As visitas à casa de acolhimento foram esporádicas, havendo dificuldade por parte da equipe técnica em localizá-la, pois a mãe nunca ofereceu o endereço correto de sua moradia (e-pág. 71).

A alegação de que não procurou a filha porque não obteve informações sobre sua transferência não prospera, pois decorreram cerca de quatro meses entre o último dia que compareceu ao SAICA (...) (...) e a data em que a infante foi transferida ao SAICA (...) (...) (e-págs. 112 e 159).

Quanto ao pai, M.F.N., apesar de alegar interesse pela criança, há indicações que manteve com ela pouco contato. Diversas foram as tentativas da equipe multidisciplinar de contactá-lo, sem sucesso, demonstrando não haver interesse real pela guarda da menina. Mudou de endereço e atualmente se encontra em lugar incerto e não sabido, cuja defesa foi proporcionada por curador (e-pág. 194). Em diligência em local apontado como trabalho, a empresa informou que o requerido não fez parte de seu quadro de funcionários (e-pág. 249).

Acesso ao Sumário

7. Há indicações bastantes nos autos que persuadem do acerto da r. sentença de origem, no sentido do abandono material, moral e intelectual da menor, o que autoriza e recomenda a decretação da perda do poder familiar, nos termos dos arts. 1.637 e 1.638, inciso II, do Código Civil.

A consciência da antijuridicidade do abandono implicita-se no próprio fato omissivo, suposto, como é da espécie, que seja ele de conhecimento ordinário por exigível a conduta oposta.

8. Verifica-se dos autos que não há membros do círculo extenso da família que apresentem condições para o exercício da guarda.

Os estudos técnicos apontam inexistir perspectivas de reinserção da criança na família biológica, manifestando-se pela colocação em família substituta (e-págs. 75-81, 99-100, 104-6; 107-10, 112-3, 139-46, 153-4, 159-60).

A criança está institucionalizada há mais de dois anos, sem que se localizem membros da família extensa, ou que a mãe demonstre efetivo interesse na prole, situação que não pode se prolongar por tempo indeterminado.

9. Diante do disposto no art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente e no art. 1.634 do Código Civil, e visando ao princípio da proteção integral e dos superiores interesses da criança, preconizados por esse Estatuto, deve, a meu ver, confirmar-se a r. sentença.

Averbe-se que, sempre que possível (e isto o é, *quod plerumque accidit*), a menor, por lei natural, deve crescer e educar-se na família biológica, sob a guarda e responsabilidade paideica dos pais. Todavia, a aferição da concretude da aplicação desta norma é juízo sempre de caráter prudencial e exige considerar o interesse primeiro do menor.

POSTO ISSO, pelo meu voto, nego provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1030802-57.2015.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante S.C., é apelado COORDENADOR DO CONSELHO MUNICIPAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS.

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 40.907)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 24 de outubro de 2016.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO QUE ACOLHEU DENÚNCIAS E INDEFERIU A POSSE DA IMPETRANTE PARA O CARGO DE CONSELHEIRA TUTELAR.

Acesso ao Sumário

– Mandado de Segurança impetrado contra ato do Coordenador do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente que indeferiu a posse de membro eleito para o cargo de Conselheiro Tutelar de São José dos Campos para gestão de 2016/2020.

– "Em mandado de segurança não cabe dilação probatória. A prova dos fatos deve estar preconstituída" (AgR no Ag 364.884-STJ – Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, j. 7-6-2001).

Não provimento da apelação.

VOTO

RELATÓRIO:

1. Trata-se de mandado de segurança impetrado por S.C. contra atos do Coordenador do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, objetivando reverter a procedência do pedido de impugnação de sua candidatura ao cargo de conselheira tutelar e, por conseguinte, participar em curso de formação de conselheiros tutelares.

Denegado o *mandamus* na origem (cf. e-págs. 250-5), apelou a impetrante, insistindo na juridicidade de seu pleito, e reiterando as seguintes razões iniciais: a) incompetência do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente para recebimento de denúncias contra candidaturas; b) a inobservância de instância recursal administrativa; c) cerceamento de defesa e d) insuficiência provativa da conduta, imputada à impetrante, de abuso dos poderes econômico e político (e-págs. 265-79).

Respondeu-se ao recurso (e-págs. 283-9, 332-5).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela manutenção da sentença (e-págs. 345-7).

É o relatório do necessário.

VOTO:

2. De partida, remarco meu entendimento pessoal de que a competência da Vara da Infância e Juventude e, no plano da distribuição interna da própria Corte, a competência da egrégia Câmara Especial somente são convocáveis diante da presença de situação de risco – em contraste com o amparo normal familiar que se conceda ao menor, circunstância não presente na espécie.

Trata o caso em análise, portanto, de nítida questão de Direito Administrativo e Constitucional, suscitada por pessoa plenamente capaz, para além, portanto, das hipóteses avistadas no aludido art. 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Acesso ao Sumário

Não presente, destarte, situação a justificar a atuação da Justiça Especializada da Infância e Juventude, deve a causa deslindar-se perante uma das egrégias Câmaras de Direito Público deste Tribunal de Justiça.

Ressalva-se, pois, o entendimento desta Relatoria, vencida no tocante com a questão de ordem.

3. Quanto ao mérito do recurso, não há como se reconhecer a concessão do *writ*, impondo-se a manutenção da sentença.

De fato, a apelante não trouxe elementos de convicção aptos a infirmar as deliberações tomadas pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Verifica-se, na estreita via de cognição do *mandamus*, que se conduziu, de forma escorreita, a apreciação e o julgamento das denúncias apresentadas contra a candidatura da impetrante.

Houve a constituição de Comissão Especial para acompanhamento do processo eleitoral (e-págs. 23), que julgou as denúncias apresentadas contra a impetrante (e-págs. 158-63), observando-se o disposto na Resolução nº 170 do CONANDA.

Cabe a quem julga na origem, que é o primeiro destinatário da prova, aferir a importância, a necessidade ou a conveniência de uma produção probatória específica. O direito à prova não é imune ao controle de sua pontual pertinência.

Não custa lembrar que sequer, até mesmo, está o julgador adstrito a um testemunho, por força do princípio da persuasão racional, quanto mais a determiná-lo em casos que julgue esse ato sem utilidade procedimental.

Especialmente, no caso, não se demonstrou, mediante prova pré-constituída, nulidade alguma à decisão deliberativa do Conselho que, acolhendo representações por abuso dos poderes político e econômico, impediu a posse da impetrante ao cargo de conselheira tutelar. Há, tampouco, demonstração que se frustrou o manejo de recurso ao órgão plenário, conforme previsão do § 4º do art. 11 da Resolução 170 do CONANDA.

A solução dessa controvérsia, especialmente quanto ao alegado cerceamento de defesa e inexistência de ilicitude da conduta, exige dilação probatória, incompatível com o âmbito de um processo apenas documentário – tal o é o mandado de segurança – , em que a prova há de ser preconstituída, não se recrutando do constante dos autos direito líquido e certo para a acolhida da segurança.

POSTO ISSO, vencido na questão de ordem que reconhecia a incompetência desta eg. Câmara Especial, meu voto nega provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0014712-67.2015.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE FRANCA, é apelado G.A.V.M. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial 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 29.821)**

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, 24 de outubro de 2016.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: Apelação Cível – Insurgência do Ministério Público contra r. sentença que autorizou o trabalho, devidamente registrado, a adolescente de 16 anos – Trata-se de questão complexa e que portanto exige, para sua melhor solução, sistemática e teleológica interpretação dos dispositivos que regem a controvérsia – Competência estadual para a matéria – Incidência, na hipótese e, em especial, dos artigos 1º, incisos III e IV, 3º, III, 5º, XIII e 6º, todos da Constituição da República, bem como dos artigos 4º e 61 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Inexistência, *in casu*, *a priori*, de prejuízos morais e educacionais ao jovem – Ponderação de normas constitucionais – Imprescindibilidade – Recurso não provido, com observação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público contra r. sentença de fls. 27/30 que, mediante específicas condições, autorizou o exercício de atividade laboral pelo menor G.A.V.M. (DN (...)).

Recorre o Ministério Público alegando, em síntese, a incompetência da Justiça Comum para a lide, a inconstitucionalidade do r. *decisum* hostilizado,

bem como ofensa à proteção ao trabalho de pessoa em desenvolvimento (fls. 37/48).

Bem processado o recurso e recebido apenas no efeito devolutivo (fl. 57), houve apresentação de contrarrazões (fls. 60/64), restando mantida a respeitável sentença por seus próprios fundamentos (fls. 65/67) e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pela perda do objeto, por entender que o adolescente já completou 16 anos de idade (fls. 72/73).

É o relatório.

De início, e no tocante ao pedido de concessão antecipada dos efeitos da tutela, anoto que tal pleito nada mais é do que o reconhecimento do efeito suspensivo à apelação. E, como é cediço, não há que se falar na concessão do efeito suspensivo ao presente recurso, não só em face de ele restar prejudicado diante do presente julgamento da matéria, como também em razão do decidido no Enunciado nº 6, do Fórum Permanente de Estudos dos Juízes da Infância e da Juventude do Estado de São Paulo – FOPEJISP –, publicado em outubro de 2011, aplicável, por analogia, *in casu*: *'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 a aplicabilidade imediata da medida socioeducativa para efeito de expedição da guia de execução, fundando a decisão nos princípios da imediatidade e da celeridade'*.

Outrossim, reconhece-se a competência da Justiça Estadual para a insurgência, vez que se trata de pedido de autorização para trabalho de adolescente que contava com idade entre quatorze e dezesseis anos, o que precede, a toda evidência, qualquer relação de trabalho, esta sim de competência da Justiça Especializada, *ex vi* do disposto nos artigos 113 e 114, I e IX, da Constituição da República.

Neste sentido, ressalte-se o entendimento do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA sobre esta questão: *'O pedido de alvará para autorização de trabalho a menor de idade é de conteúdo nitidamente civil e se enquadra no procedimento de jurisdição voluntária, inexistindo debate sobre qualquer controvérsia decorrente de relação de trabalho, até porque a relação de trabalho somente será instaurada após a autorização judicial pretendida. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito, suscitado'* (CC 98.033/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO).

Quanto ao *meritum causae*, cumpre ressaltar que – e como não poderia deixar de ser – as normas protetivas, vigentes no País, não recomendam o trabalho precoce vez que, em princípio, tiraria este do adolescente o tempo que teria para atividades lúdicas e sociais próprias da idade, podendo implicar, ainda, em alguns casos, perda de importante conteúdo escolar.

Acesso ao Sumário

No caso em apreço, porém, o jovem em questão é aluno regularmente matriculado em escola estadual (fls. 14/16) e, conforme consta dos autos, a família é hipossuficiente e o Estado não supre, como seria de direito e de rigor, suas necessidades.

Não podem ser desconsideradas tais contundentes assertivas, inclusive em face da notória situação econômica e do desemprego que assolam o País. E, também, há de se levar em conta que milhares de crianças e jovens de fato trabalham, porém de forma irregular, inclusive, e por vezes, em condições análogas à de escravo.

Igualmente, não se pode ignorar o alto índice de adolescentes envolvidos em atos infracionais, conforme diuturnamente esta Câmara Especial vem atestando. Destarte, um menor que procura um trabalho honesto, conforme consta dos autos (fls. 5), deve ter sua conduta prestigiada pelo Estado. Consigne-se, ademais, que poderá vir este jovem a servir de exemplo para seus iguais, demonstrando desta forma que há meios lícitos a serem trilhados.

O entendimento deste Relator encontra expresso apoio na Lei Maior, que é a base, como é cediço, de todo o ordenamento jurídico. A Constituição da República, em seu artigo 1º, incisos III e IV, assegura a dignidade da pessoa humana, bem como o valor social do trabalho e da livre iniciativa; informa que a erradicação da pobreza bem como a redução de desigualdades sociais são objetivos fundamentais (artigo 3º, III); que é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (artigo 5º, XIII) e, ainda, que o trabalho constitui direito social (artigo 6º).

Por outro lado, é preciso, a toda evidência, que sejam harmonizadas as disposições acima elencadas com o conteúdo do artigo 7º, XXXIII, da Constituição Federal.

Acerca desta aparente colisão, trago a lume o ensinamento de ROBERT ALEXY, *in* 'Teoria dos Direitos Fundamentais', Malheiros Editores, páginas 93/94, 2008: *'Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência.'*.

Acesso ao Sumário

Cabe, igualmente, trazer a cotejo a contribuição do Exmo. Sr. Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO sobre casos difíceis, *in* 'O Novo Direito

Constitucional Brasileiro', Editora Fórum, páginas 36/37, 2012: *'A nova interpretação incorpora um conjunto de novas categorias, destinadas a lidar com as situações mais complexas e plurais referidas anteriormente. Entre elas, a normatividade dos princípios (como dignidade da pessoa humana, solidariedade e segurança jurídica), as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação jurídica. Nesse novo ambiente, mudam o papel da norma, dos fatos e do intérprete. Nesse novo ambiente, mudam o papel da norma, dos fatos e do intérprete. A norma, muitas vezes, traz apenas um início de solução, inscrito em um conceito indeterminado ou em um princípio. Os fatos, por sua vez, passam a fazer parte da normatividade, na medida em que só é possível construir a solução constitucionalmente adequada a partir dos elementos do caso concreto. E o intérprete, que se encontra na contingência de construir adequadamente a solução, torna-se coparticipante do processo de criação do Direito.'*.

Destarte, diante dos fatos apresentados, analisados sob a interpretação harmônica das pertinentes normas constitucionais e infraconstitucionais, plenamente possível a concessão do alvará almejado.

Neste sentido, com proficiência, concluiu o MM. Juiz de Primeiro Grau que, considerando-se as dificuldades de o Estado em cumprir as obrigações legais cabíveis, não se pode negar ao adolescente o direito de buscar sozinho aquilo que não lhe foi dado por omissão. E acrescenta: *'o Direito não irá impedir o adolescente de engajar-se no mercado de trabalho, mas irá garantir-lhe um trabalho protegido pelo próprio Estado, inclusive do ponto de vista previdenciário (artigo 61 da Lei nº 8.069/90).'*.

Por fim, anoto que considero prequestionados todos os dispositivos constitucionais e legais invocados pelo apelante.

Isto posto, **nega-se provimento ao apelo, ressalvando que o menor deverá comprovar, semestralmente, perante o MM. Juiz de Primeira Instância, o cumprimento das observações constantes na parte dispositiva da r. sentença ora *sub judice*, inclusive a efetivação dos seus devidos direitos trabalhistas e previdenciários bem como sua frequência e aproveitamento escolar.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003710-58.2016.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante M.J.S. (MENOR), é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE ARARAQUARA.

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 39.392)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 7 de novembro de 2016.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Apelação – Infância e Juventude – Ato Infracional – Tráfico de entorpecentes – Recurso da defesa – Desclassificação para uso – Improcedência – Apreensão de 180 porções de cocaína – Confissão extrajudicial corroborada pelos firmes e coerentes depoimentos dos policiais militares – Quantidade, natureza e forma de acondicionamento dos entorpecentes revelam o intuito mercantil – Substituição da internação – Descabimento – Ato infracional análogo a crime equiparado a hediondo – Adolescente reincidente em cumprimento irregular de medida socioeducativa de liberdade assistida, aplicada em razão da prática de roubo – Situação de risco e vulnerabilidade evidenciada nos autos – Medida extrema adequada ao caso e necessária ao processo de ressocialização e reeducação do adolescente – Sentença mantida – Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 106/113, que julgou procedente a representação oferecida contra **M.J.S.** e lhe aplicou a medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado, pela prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06. Inconformada, recorreu a defesa buscando improcedência ou desclassificação da conduta para aquela prevista no art. 28, *caput*, da Lei 11.343/06. Subsidiariamente, pleiteou a substituição da medida socioeducativa de internação por outra mais branda (fls. 131/136).

Em contrarrazões, o Ministério Público pugnou pela manutenção da r. sentença (fls. 140/143).

A r. decisão foi mantida, remetendo-se os autos a este Egrégio Tribunal de Justiça (fls. 146).

Acesso ao Sumário

A Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo (fls. 158/161).

É o relatório.

O recurso interposto não comporta provimento.

Consta dos autos que, no dia (...), aproximadamente às (...), na (...), nas imediações do cruzamento com a rua (...), (...), na cidade de (...), M.J.S. trazia consigo, para posterior entrega a consumo de terceiros, 180 porções de cocaína, substância entorpecente que causa dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Conforme o apurado, agentes policiais flagraram o adolescente conversando com ocupantes de um veículo que, ao perceberem a aproximação da viatura, rapidamente deixaram o local. Os policiais militares abordaram o adolescente e, em revista pessoal, foi encontrada uma garrafa plástica contendo 100 porções de cocaína, bem como R$ 40,00.

Indagado a respeito, o jovem confessou que estava comercializando drogas no local acima descrito, apontando o lugar onde estariam escondidos mais 80 pinos de cocaína, o que foi confirmado pelos agentes públicos.

A materialidade do ato infracional ficou demonstrada pelas circunstâncias descritas no boletim de ocorrência (fls. 9/11), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 12/13), pelos autos de constatação preliminar de substância entorpecente (fl. 15) e pelo exame químico toxicológico com resultado positivo para a droga conhecida por cocaína (fls. 99/100).

A autoria é incontroversa.

Ouvido informalmente perante o representante do Ministério Público, **M.J.S.** disse que não estava vendendo drogas, apenas segurava a garrafa que continha os entorpecentes, a pedido de outro adolescente. Informou que o dinheiro encontrado foi pagamento pelo serviço prestado como "olheiro", que realizava na traficância, sendo remunerado por hora "trabalhada". Explicou, inclusive, qual a função do "olheiro" (fls. 51/52).

Em juízo, ratificou sua versão dada em oitiva informal. Negou que estivesse comercializando drogas no local, apenas segurava a garrafa contendo os entorpecentes a pedido de outro adolescente. Contou que desempenhava a função de "olheiro" e que ganhou R$ 40,00 pelo "serviço" prestado, porém o dinheiro fora apreendido pelos policiais. Admitiu que, à época dos fatos, estava em cumprimento de liberdade assistida, porém não vinha cumprindo a medida. Disse que não estudava, havia parado na 7ª série (mídia audiovisual).

Os policiais militares **P.H.A.L.** e **L.S.**, em uníssono, confirmaram as circunstâncias fáticas da apreensão de M.J.S. Em suma, narraram que, em patrulhamento, flagraram o adolescente em contato com ocupantes de um veículo, os quais deixaram rapidamente o local ao perceberem a aproximação

Acesso ao Sumário

da viatura policial. Afirmaram que o comportamento era típico do tráfico de drogas. Disseram que abordaram o adolescente e, com ele, foi encontrada uma garrafa plástica, contendo 100 pinos de cocaína, bem como R$ 40,00 (fls. 107).

Nesse contexto, não deve prosperar a tese desclassificatória aventada pela defesa.

Isso porque, a condição de usuário foi aventada pelo apelante em suas razões de recurso com o nítido intuito de afastar sua responsabilidade sobre os fatos ora apurados, os quais foram devidamente comprovados pela prova oral e pericial acostada aos autos, bem como pelas demais peculiaridades do caso concreto.

Veja-se que o adolescente, no decorrer de seus interrogatórios, demonstrou nitidamente que não tem ciência de que o trabalho como "olheiro", remunerado com drogas, é tão ilegal quanto a venda, assumindo essa função como se não estivesse fazendo nada de errado.

Ademais, em depoimentos firmes e coerentes, os policiais militares confirmaram os fatos descritos na representação, bem como o envolvimento do adolescente com a traficância.

Ressalte-se, ainda, que a quantidade, a natureza e a forma de acondicionamento dos entorpecentes, além de totalmente incompatíveis com o consumo próprio, revelam-nos claramente o intuito mercantil do adolescente.

Frise-se, por fim, que M.J.S. sequer comprovou ter capacidade financeira para adquirir considerável quantidade de drogas.

Com efeito, diante do robusto conjunto probatório amealhado aos autos, a responsabilização do adolescente pela prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06 era mesmo medida que se impunha.

Passo a análise da medida socioeducativa.

Além de devidamente justificada sua necessidade e excepcionalidade, a internação do adolescente mostrou-se adequada ao caso e não comporta qualquer alteração.

Isso porque, embora o tráfico não envolva diretamente o emprego de violência ou grave ameaça a pessoa, é certo que se trata de crime equiparado àqueles considerados hediondos pela legislação infraconstitucional e traz grande desassossego à nossa sociedade, pois, além de ser praticado por meio de atividade organizada, fomenta a ocorrência de diversos outros delitos graves.

Ainda, cumpre consignar que, além de ter sido responsabilizado anteriormente por outros atos infracionais, o adolescente cumpria liberdade assistida, e mesmo assim ele voltou a delinquir, o que nos permite concluir que a adoção de uma medida socioeducativa mais branda seria inócua.

Vale destacar, também, alguns pontos negativos do relatório de diagnóstico polidimensional (fls. 101/105), evidenciando que o adolescente encontrava-se em clara situação de risco e vulnerabilidade. Vejamos: *"É sua segunda passagem pela fundação CASA. Responde por ato infracional equivalente a tráfico de drogas, com antecedentes e medida socioeducativa de liberdade assistida, não cumprida a contento. (...) o adolescente está informado sobre sua situação processual; mas vem apresentando resistência às normas disciplinares internas (...). Encontra-se inserido no cotidiano da Fundação, participando das atividades propostas pelo setor pedagógico, com resultados pouco satisfatórios (...) Não é capaz de ponderar os prejuízos advindos de sua apreensão e de suas ações ilícitas (...) informa que fazia uso de maconha diariamente (...)."*

Desse modo, é certo que o adolescente necessita de acompanhamento e orientação especializados para poder compreender a inadequação e a extrema gravidade da conduta praticada, bem como se afastar do nefasto mundo das drogas no qual estava inserido, o que somente será possível por meio de sua internação.

Portanto, considerando-se as peculiaridades da infração e as condições pessoais do adolescente, por ora, a medida extrema, além de necessária, é a mais adequada a viabilizar o processo de ressocialização e reeducação de M.J.S.

Isto posto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso interposto por **M.J.S.**, mantendo-se, na íntegra, a r. sentença recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002182-98.2016.8.26.0286, da Comarca de Itu, em que é apelante M.N.C. (MENOR), é apelado MUNICÍPIO DE ITU.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Em conformidade ao art. 942 e parágrafos do NCPC, no julgamento estendido decidiram: Por maioria, negaram provimento ao recurso. Vencida a Relatora sorteada com declaração de voto. Acórdão com o 2º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38439)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), vencedor, LIDIA CONCEIÇÃO, vencida, ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

Acesso ao Sumário

São Paulo, 3 de outubro de 2016.
LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator Designado

Ementa: 1. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. Estatuto da Criança e do Adolescente. Pretensão à obtenção de vaga em unidade educacional infantil mantida pela Municipalidade, próxima à residência da parte.

2. Vaga providenciada pela Municipalidade de Itu antes de sua citação e qualquer determinação judicial.

3. Pedido de frequência ininterrupta durante o recesso escolar. Falta de interesse de agir, também, verificada. Funcionamento das creches nos meses de janeiro, julho e dezembro. Art. 181 do Regimento Interno Escolar do Município de Itu.

4. Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação, nos autos de ação de rito ordinário, ajuizada por menor, contra a Municipalidade de Itu. A r. sentença de fls. 19/22, cujo relatório se adota, julgou extinto o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 330, III, e 485, I e IV, do Código de Processo Civil.

A parte autora requer a efetivação de matrícula em creche, em período integral, inclusive nos meses de janeiro, julho e dezembro (fls. 27/28). Sustenta que a vaga em creche pela Municipalidade somente é garantida no período de férias através de ação judicial. Dessa forma, pleiteia o afastamento da extinção para regular seguimento do feito em primeira instância.

Oferecidas contrarrazões (fls. 38/44), os autos foram remetidos a este tribunal. A d. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 54/60).

É o relatório.

No caso concreto, a vaga foi fornecida pela Administração antes de ter sido citada. Assim, o MM. Juiz julgou o processo extinto em razão da falta de interesse de agir.

Na medida em que a Administração forneceu vaga na creche, por lógica, observará a redação do art. 181 do Regimento Interno Escolar do Município da Estância Turística de Itu, que assim dispõe:

"Art. 181. As escolas da Rede Municipal de Ensino com exceção das

Acesso ao Sumário

> Creches, estarão fechadas no período de 01 a 31 de Janeiro, período de férias do corpo docente e discente, para a realização de manutenções e reformas, porém, funcionarão por meio das secretarias, em horários diferenciados, atendendo a comunidade na execução e expedição de documentos.
>
> Parágrafo Único. As creches funcionarão no período de férias e recesso escolar, de acordo com as necessidades da comunidade local (grifo próprio).”

É dizer, a vaga abrangeu também o pedido do autor para os meses de janeiro, julho e dezembro.

Reconhece-se o juízo de discricionariedade à Administração Pública no redirecionamento das crianças que utilizarão as creches durante o recesso, de modo a diminuir custos e a possibilitar a programação municipal de férias dos profissionais e da realização de obras de manutenção nos prédios.

Porém, deve-se garantir o transporte gratuito das crianças, caso a unidade escolhida fique a uma distância superior a dois quilômetros da residência. Nesse sentido:

> “Apelação Cível e Recurso Oficial. Ação de obrigação de fazer. Dever do Poder Público de fornecer educação básica, obrigatória e gratuita a menor de idade em escola próxima a sua residência, no período integral, observado o período de recesso. Pedido procedente. Preliminar de ausência de interesse de agir afastada. O interessado não está obrigado a esgotar as vias administrativas para obtenção do seu direito. Garantia fundamental à educação consagrada em norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Ausência de violação aos princípios da separação dos poderes e da discricionariedade administrativa. Celebração de Termo de ajustamento de conduta que não afasta o direito subjetivo das crianças às vagas postuladas. Interesse processual presente. Serviço essencial. Deve ser prestado ininterruptamente, até nos recessos de férias. Possibilidade, entretanto, do Poder Público promover eventual redirecionamento das crianças que utilizarão de creche neste período, com a garantia de atendimento de toda a demanda, providenciando o necessário transporte em caso de transferência para local distante a mais de dois quilômetros da residência da criança. Multa diária fixada com a finalidade de garantir o cumprimento da decisão judicial. Valor arbitrado em obediência aos critérios da jurisprudência dominante. Apelo parcialmente provido. Recurso oficial parcialmente provido, a fim de determinar que a multa seja destinada ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município.” (Apelação nº 3001982-21.2013.8.26.0526 – Salto, Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Pinheiro Franco, j. em 18.5.2015).

Isto posto, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 8252)

O relatório do voto proferido pelo Exmo. Desembargador Relator Designado fica adotado.

Ousei divergir da maioria da Douta Turma Julgadora porque, pelo meu voto, dava provimento em parte ao recurso da criança apelante.

Isso porque, com a devida vênia, entendi que a criança possui interesse de agir, decorrente tanto da necessidade de intervenção estatal para que se atinja o resultado útil colimado, quanto em virtude da adequação da via eleita tendente à obtenção da tutela jurisdicional pretendida. E no caso em tela, entendi que estavam presentes os requisitos supracitados, na medida em que a matrícula do autor não foi efetivada antes do ajuizamento da ação, mas apenas após a intimação pessoal da Secretária Municipal de Educação de Itu para realizar análise administrativa do pedido e prestar esclarecimentos quanto à disponibilização de vaga (fls. 14/15 e 17). Ocorre que a expedição de ofício pelo D. Magistrado não apenas deu ciência a municipalidade da existência de demanda, mas ainda impôs à Municipalidade-ré o ônus do atendimento, decorrendo, daí, o interesse processual. Assim, ainda que a MM. Juíza *a quo* tenha determinado uma providência fora do procedimento ao determinar a "análise" pela Sra. Secretária, procedeu a um comando que determinava sua apreciação.

Ainda, conforme declarado a fls. 02 da inicial, a genitora do menor L.F.P.P. esteve por vezes em creches municipais mais próximas de sua residência, mas não obteve vaga, a qual teria sido negada pela municipalidade. Assim, respeitado o convencimento da Douta Maioria da Turma Julgadora, entendi da existência do interesse processual[1], decorrente da utilidade do provimento jurisdicional, podendo o menor socorrer-se do Poder Judiciário para assegurar garantias constitucionais.

Ainda, acolhi em parte as razões do apelo invocadas pela criança-autora e **entendi pela procedência do pedido** para que o Município-apelado fornecesse vaga em creche ou em entidade equivalente **em período integral**[2] – consoante entendimento pacífico deste Eg. Tribunal e não há qualquer referência a respeito da vaga disponibilizada – **próxima** à residência da criança (assim entendida como a unidade de ensino municipal situada no raio de até dois quilômetros

Acesso ao Sumário

1 *"Há o interesse de agir quando o provimento jurisdicional postulado for capaz de efetivamente ser útil ao demandante, operando uma melhora em sua situação na vida comum – ou seja, quando for capaz de trazer-lhe uma verdadeira tutela, a tutela jurisdicional."* (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, Volume II. São Paulo: ed. Malheiros, 2001)

2 RN nº 0001945-15.2014.8.26.0654, Rel. Des. Pinheiro Franco, Câmara Especial, j. 30.03.2015; AP/RN nº 0005279-51.2014.8.26.0462, Rel. Des. Ricardo Anafe, Câmara Especial, j. 30.03.2015; AI nº 2176000-30.2014.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Dias Motta, Câmara Especial, j. 30.03.2015; AP nº 3001830-14.2013.8.26.0286, Rel. Des. Eros Piceli, Câmara Especial, j. 03.11.2014.

de sua residência, ou fornecimento de **transporte** na hipótese de matrícula em instituição de ensino localizada acima da distância supracitada. Ainda, vislumbrei que o fornecimento deveria ocorrer de forma **ininterrupta**, dada a natureza do serviço prestado pelo ente público – essencial – decorrente dos princípios da continuidade e da eficiência (este que, aliás, integra o conceito legal de serviço público adequado – artigo 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/95), que norteiam a atuação da Administração Pública (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal), pretensão deduzida tanto na inicial como nas razões do recurso. E, a matéria, com a extinção importava em verdadeira negativa de acesso à pretensão da criança, pois não consta do ofício de fls. 17 que a vaga tenha sido concedida em período integral e ininterrupto, como era a pretensão do autor.

E, neste ponto, observei que é assegurada a frequência da criança durante o recesso escolar, mas não necessariamente na mesma creche em que matriculada, respeitado o critério de proximidade, haja vista a necessidade de manutenção dos prédios das creches municipais *"conciliando-se com a rotina de atividades, tal como em outros prédios onde se realiza serviço público essencial e continuado – Hospitais, Delegacias de Polícia, Bombeiros"*[3], além de propiciar o escalonamento de férias aos funcionários que ali trabalham.

Com relação ao atendimento integral, este se justificaria na medida em que viabiliza pleno desenvolvimento da criança, possibilitando sua adequada educação e, consequentemente, atende ao seu direito subjetivo. E, há que se ressaltar que, ao estabelecer a Constituição Federal em seu art. 208, § 1º o ensino obrigatório como direito subjetivo, não estabelece qualquer limitação, de modo que razoável garantir à criança a permanência em creche no período integral, posto que entendimento diverso contrariaria o sentido da efetividade do seu processo educacional.

E, consoante o entendimento majoritário deste Eg. Tribunal de Justiça, o qual se adota *(TJSP, AP. nº 0007040-50.2014.8.26.0161, Rel. Des. Ricardo Anafe, Câmara Especial, j. 23.03.2015; AI. nº 2102903- 94.2014.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Dias Motta, Câmara Especial, j. 02.03.2015; AP/RN. nº 0001391-07.2014.8.26.0161, Rel. Des. Walter Barone, Câmara Especial, j. 23.03.2015; AP. nº 0014232-50.2013.8.26.0361, Rel. Des. Pinheiro Franco, Câmara Especial, j. 26.01.2015)*, o custeio de instituição privada para o fornecimento da vaga pretendida somente é cabível na hipótese de inexistência de creche ou unidade de ensino pública ou conveniada.

E, da análise dos autos, verifiquei que o autor M.N.C. possui idade compatível com a faixa etária da vaga pleiteada (fls. 08 – art. 208, inciso IV da Constituição Federal) e, apesar de ter providenciado sua inscrição em instituição escolar infantil, foi impossibilitado de efetivar matrícula. E, *"(...) o direito do*

3 TJSP, AP nº 0221522-90.2009.8.26.0000, Rel. Des. Silveira Paulilo, Câmara Especial, j. 26.03.2012.

Acesso ao Sumário

menor à frequência em creche, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, ***colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia****, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana. (...)"* (STJ, REsp 736524/SP, Rel. Min. Luiz Fux, T1, j. 21.03.2006, DJe. 03.04.2006) (g.n.).

Desta forma, entendi que estava presente a probabilidade do direito da criança-autora, a partir da negativa de concessão da vaga pela municipalidade-ré, seja porque foi negado à criança direito garantido constitucionalmente, seja porque a demora no exercício deste direito traria ao menor prejuízo de difícil reparação. *In casu*, se observa que a reserva da vaga pretendida **somente** foi efetivada pela municipalidade após intimação para análise administrativa do pedido (fls. 14/15 e 17).

Assim, a recusa da ré implicou na privação do menor uma educação direcionada ao seu pleno desenvolvimento, que envolve aspectos físico, psicológico, intelectual e social, preparando-o ao exercício da cidadania e qualificando-o para a vida, em contraposição aos evidentes transtornos que seriam ocasionados pela permanência da criança em sua residência sem o amparo e a vigilância da genitora durante o expediente do trabalho, ou mais grave, acompanhando-a àquele local.

Nestes termos, consigne-se que *"(...) o direito do menor à frequência em creche, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras,* ***colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia****, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana. (...)"* (STJ, REsp 736524/SP, Rel. Min. Luiz Fux, T1, j. 21.03.2006, DJe. 03.04.2006) (g.n.).

Logo, por estas razões, entendi pela reforma da r. sentença atacada.

Ante o exposto, e com a devida vênia da Douta e Culta maioria da Turma Julgadora, pelo meu voto, **DAVA PROVIMENTO** ao presente recurso de apelação.

LÍDIA CONCEIÇÃO, Desembargadora, Relatora sorteada vencida

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1012993-74.2015.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante MUNICÍPIO DE

MARÍLIA, é apelado F.M.D. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO à remessa necessária e ao recurso interposto pela Fazenda Pública Municipal, com a observação acima lançada. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.090)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 21 de novembro de 2016.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – MANDADO DE SEGURANÇA – INSUMOS – DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL – EXIGIBILIDADE INDEPENDENTE DE REGULAMENTAÇÃO – NORMAS DE EFICÁCIA PLENA – DETERMINAÇÃO JUDICIAL PARA CUMPRIMENTO DE DIREITOS PÚBLICOS SUBJETIVOS–SOLIDARIEDADEENTREESTADO E MUNICÍPIOS – ILEGITIMIDADE AFASTADA – ATRIBUIÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER AO ENTE INDICADO PELA PARTE – REGULAÇÃO ADMINISTRATIVA POR CONTA DO PRINCÍPIO DA DESCENTRALIZAÇÃO INEFICAZ PERANTE O CIDADÃO – SÚMULAS 37 E 66, TJSP – INEXISTÊNCIA DE OFENSA À AUTONOMIA DOS PODERES OU DETERMINAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS – PREVALÊNCIA DA ORDEM MÉDICA – PRESUNÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA – PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE DA SAÚDE E ACESSO A MEIOS DE TRATAMENTO – ÔNUS DA PROVA QUANTO À CAPACIDADE ECONÔMICA QUE CABE A QUEM A ALEGA – PRESUNÇÃO RECONHECIDA – RESERVA DO POSSÍVEL AFASTADA – MULTA COMINATÓRIA –

Acesso ao Sumário

POSSIBILIDADE – DETERMINAÇÃO DE APRESENTAÇÃO DE RELATÓRIO MÉDICO ATUALIZADO A CADA SEIS MESES PARA CONTINUIDADE DO ATENDIMENTO – NEGO PROVIMENTO À REMESSA NECESSÁRIA E AO RECURSO INTERPOSTO PELA FAZENDA PÚBLICA, COM OBSERVAÇÃO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo **MUNICÍPIO DE MARÍLIA** contra a r. sentença de fls. 132/134, que julgou procedente o pedido em ação mandamental impetrada por **F.M.D.**, para o fim de determinar o fornecimento à criança, na quantidade de 02 latas mensais e pelo prazo de um ano, a Fórmula Hidrolisada Proteica, sob pena de multa diária no valor de R$ 100,00.

Em suas razões, a Municipalidade sustenta a impossibilidade de fixação da multa diária ao ente público, pleiteando sua exclusão ou redução para o valor de R$ 10,00, no caso de eventual descumprimento da obrigação estabelecida (fls. 140/145).

A d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela manutenção da sentença (fls. 168/174).

É o relatório.

Não obstante o esforço do recorrente nas suas razões recursais, o recurso não comporta provimento.

De início cumpre registrar que os relatórios, exames clínicos e receituários subscritos pelo médico responsável pelo tratamento do autor, comprovam sua doença e necessidade na mediação aqui postulada (fls. 19/25).

Ademais, afasta-se ainda o argumento da ausência de responsabilidade própria da União, do Estado ou dos Municípios, ou de legitimidade passiva, declarando-se a natureza solidária da obrigação de prover meios para a tutela à saúde (art. 196, CF).

Com efeito, há solidariedade entre os entes federados quanto a obrigação de prover a saúde (art. 23, II, CF), garantida pela Constituição Federal como direito público subjetivo (arts. 6º e 196, CF). A tese foi confirmada de forma definitiva no julgamento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 855.178, com a seguinte ementa:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA.

> O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porque responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente.
>
> (STF – Repercussão Geral no RE 855.175-SE – Pleno – rel. Min. Luiz Fux – j. 05.03.2015 – DJe 13.03.2015).

A decisão reafirma a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, uníssona na existência de solidariedade dos entes federados no dever fundamental de prestação de saúde em favor de qualquer pessoa (STF – ARE 814.878 AgR – 2ª T. – rel. Min. Teori Zavascki – j. 17.03.2015; ARE 894.085 AgR/SP – 1ª T. – rel. Min. Luís Roberto Barroso – j. 13.12.2015; RE 717.290 AgR/RS – 1ª T. – rel. Min. Luiz Fux – j. 18.03.2014).

A posição adotada pelo Tribunal Constitucional não destoa do posicionamento adotado por esta Câmara Especial:

> Súmula 37, TJSP: A ação para fornecimento de medicamento e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno.
>
> Súmula 66, TJSP: A responsabilidade para proporcionar meios visando garantir o direito à saúde da criança ou do adolescente é solidária entre Estados e Município.

Havendo solidariedade em sentido estrito, permite-se à parte indicar um, algum ou todos os responsáveis pela satisfação da obrigação pretendida (art. 275, *caput*, CC), não havendo que se questionar a escolha ou os limites da responsabilidade do escolhido.

O fato de o art. 197, CF prever a administração hierarquizada do sistema único de saúde, amparada na diretriz da descentralização, não traduz isenção de responsabilidade própria de cada ente federado em prover dos meios necessários ao exercício do direito à saúde, pelo fornecimento de tratamento, medicamentos e insumos.

O direito à saúde caracteriza-se como norma constitucional de eficácia plena. Tem o cidadão direito público subjetivo de exigir o necessário à prevenção de doenças e de restabelecimento da saúde de qualquer um dos entes federados.

A saúde é direito social previsto na Constituição Federal como direito social de natureza fundamental (art. 3º, CF), com eficácia plena em face do Estado por força do art. 196, CF (A saúde é direito de todos e **dever do Estado**, garantido mediante políticas públicas 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**). O próprio Supremo Tribunal Federal já declarou que *"o fornecimento de tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado"* (RE 717.290-AgR/RS – rel. Min. Luiz Fux).

Acesso ao Sumário

O dever é reforçado quando se trata de direito à saúde de crianças e adolescentes, constituindo *"**dever** da família, da comunidade, da sociedade em geral e **do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetividade dos direitos referentes à vida, à saúde**, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária."* (art. 4º, ECA)

A norma especial assegura a crianças e adolescentes atendimento integral na área da saúde, por meio do SUS, incluindo o fornecimento de medicamentos e insumos. Dispõe o art. 11, ECA que:

> **"Art. 11. É assegurado atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.**
>
> **(...)**
>
> **§ 2º Incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação."**

É dever do Estado garantir a todos o acesso a meios de proteção e recuperação da saúde, configurando-se direito público subjetivo exigível independentemente de normas de regulação ou mesmo de obstáculos decorrentes da aplicação da teoria da reserva do possível. O fato de a Constituição Federal determinar a realização de políticas públicas para a tutela da saúde não retira a eficácia do direito à saúde ou sua exigibilidade imediata frente à necessidade concreta.

Da mesma forma, a tentativa de limitar o acesso a medicamentos a uma lista e a protocolos previamente estabelecidos pelo SUS encontra óbice na determinação legal de atendimento integral. Se o atendimento garantido é **integral**, ou seja, para todas as necessidades, não há como se excluir a medicação ou os insumos prescritos por médico ou profissional da área médica equivalente, pelo simples fato de não constarem de listagens previamente estabelecidas.

Acesso ao Sumário

O que se admite, a depender de prova pelo poder público, é a comprovação da existência de medicamento e protocolo de tratamento fornecido universalmente pelo SUS e que o mesmo seja eficaz e equivalente ao tratamento pretendido. Entretanto, havendo informação ou presunção nos autos de ineficácia de tal tratamento, seja porque já utilizado, seja por incompatibilidade com a patologia que aflige a pessoa, não há como se impor a limitação pretendida pelo Estado.

O direito ao fornecimento do medicamento prescrito pelo médico assistente em detrimento de medicamentos constantes de listagem preparada pelo poder público é reconhecido pela jurisprudência:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE

MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERADOS. MEDICAMENTO NÃO INCORPORADO AO SUS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 2/STJ.

(...)

2. Esta Corte admite o fornecimento de medicamentos não incorporados ao SUS mediante Protocolos Clínicos, quando as instâncias ordinárias verificam a necessidade do tratamento prescrito.

3. Infere-se que a Corte local, após ampla análise do conjunto fático-probatório dos autos concluiu pela imprescindibilidade do medicamento em questão.

(...)

5. Agravo Regimental não provido.

(STJ – AgRg no RE 1.547.838-RN – 2ª T. – rel. Min. Herman Benjamin – j. 17.11.2015 – DJe 04.02.2016).

Nem se diga que a determinação judicial de fornecimento de medicamentos e insumos necessários para atender à necessidade individual caracteriza ofensa ao princípio da separação de poderes.

É que o ato judicial que concretiza o direito subjetivo à saúde não se confunde com as escolhas do administrador que tenham caráter coletivo e tendente à realização de normas programáticas, vinculadas a políticas públicas reservadas ao Poder Executivo. A concretização do direito individual não observado pela Administração Pública faz parte da competência natural do Poder Judiciário, ante a apresentação, para conhecimento, do caso concreto (art. 5º, XXXV, CF).

O C. Supremo Tribunal Federal já se posicionou, de forma reiterada, pela inexistência de interferência inconstitucional do Poder Judiciário nas decisões do Poder Executivo, pois *"o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde."* (STF – ARE 894.6085-AgR/SP – 1ª T. – rel. Min. Luís Roberto Barroso – j. 15.12.2015). No mesmo sentido:

Suspensão de liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF – SL 47-AgR – Pleno – rel. Min. Gilmar Mendes – DJe 30.4.2010).

Acesso ao Sumário

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES.

1. Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do poder Executivo, de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde.

2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes.

3. Agravo regimental não provido.

(STF – AI-AgR 809.018/SC – 1ª T. – rel. Min. Dias Toffoli – DJe 10.10.2012).

Bem por isto, esta Corte consolidou a possibilidade de condenação do poder público à obrigação de fazer necessária à concretização de direitos fundamentais, como à saúde e à educação, sem que isto configure ofensa à autonomia dos Poderes, conforme entendimento sumulado:

Súmula 65, TJSP: Não violam os princípios constitucionais da separação dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes.

Embora se admita que o princípio da competência orçamentária atribua ao legislador as decisões finais da destinação dos recursos públicos, especialmente em políticas de atendimento universalizado da população no âmbito da saúde, não se pode admitir que o tal princípio ganhe ares absolutos, retirando do administrador a responsabilidade de atender as necessidades individuais de pessoas doentes. É que *"a força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto.* ***Direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras.****"* (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 512-513).

Acesso ao Sumário

Reconhece-se, assim, a legitimidade da intervenção judicial para a concretização do direito individual de fundamento constitucional.

Não há que se falar em necessidade da prova da hipossuficiência

econômica da criança ou do adolescente para a obtenção do fornecimento dos medicamentos e insumos necessários à saúde. O art. 11, § 2º, ECA não condiciona o fornecimento de medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação de crianças e adolescente por problemas de saúde, à comprovação da hipossuficiência econômica. Não havendo limitação legal ao acesso a tais meios não há que se falar em condicionamento do exercício do direito fundamental. Aceitar a tese seria condicionar o direito fundamental da criança por conta de condição econômica de seus pais, o que não se admite.

No mais, havendo arguição pela administração publica da existência de condições econômicas suficientes para arcar com o pagamento dos medicamentos, haveria de demonstrar, minimante, o fato. Aliás, o pedido judicial de fornecimento de medicamento por órgãos públicos, considerando a demora natural de tal fornecimento público, ainda que por ordem judicial, indica presunção de inexistência de condições econômicas dos pais. É lógico que pais que possuam condições econômicas busquem atender, com a presteza que a compra privada permite, as necessidades de seu filho.

Também não há como afastar a condenação do Poder Público quanto à obrigação de conceder o suplemento alimentar tal como especificado, sendo possível a substituição por genérico, desde que conte com a anuência do profissional que acompanha o caso.

A imposição de multa processual à Fazenda Pública como ferramenta de coerção para o cumprimento de obrigação de fazer já foi declarada legal pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo o entendimento consolidado: STJ – REsp 7.707.753/RS – 1ª T. – rel. Min. Luiz Fux – DJe. 27.2.2007; AgRg no REsp 796.255/RS – 1ª T. – rel. Min. Luiz Fux – DJe. 13.11.2006; REsp 831784/RS – 1ª T. – rel.ª Min.ª Denise Arruda – DJe. 07.11.2006; AgRg no REsp 853990/RS – 1ª T. – rel. Min. José Delgado – DJe 16.10.2006; REsp 851760/RS – 1ª T. – rel. Min. Teori Albino Zavascki – DJe 11.09.2006.

No tocante ao valor fixado (R$ 100,00), este tem por objetivo garantir o cumprimento da decisão judicial e foi fixado em obediência aos critérios da jurisprudência dominante.

Por fim, remanesce apenas uma determinação: o interessado, **a cada seis meses**, deverá exibir relatório médico atualizado e minucioso, no local da retirada dos insumos, provando a necessidade de continuação do atendimento, bem como a quantidade mensal necessária. Fica claro que a interrupção do fornecimento demandará provocação prévia do executado em juízo.

Ante o exposto e por estes fundamentos, **NEGO PROVIMENTO** à remessa necessária e ao recurso interposto pela Fazenda Pública Municipal, com a observação acima lançada.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001064-33.2015.8.26.0127, da Comarca de Carapicuíba, em que é apelante L.G.A.B. (MENOR), é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE CARAPICUÍBA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento à apelação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38472)**

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, 21 de novembro de 2016.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: INFÂNCIA E JUVENTUDE. Ato infracional equiparado ao crime de tráfico de drogas (art. 33, da Lei nº 11.343/2006). Recebimento do recurso apenas no efeito devolutivo. Pedidos de atribuição do duplo efeito e de expedição de contramandado de busca e apreensão, em ordem a evitar o cumprimento imediato da medida de internação, que restam prejudicados com o julgamento do recurso. Nulidade processual por ausência de laudo interprofissional. Inocorrência. Documento que não é peça obrigatória e não tem caráter vinculante, sendo apenas um dos elementos de convicção do magistrado. Nulidade processual por ausência de citação do adolescente. Inocorrência. Ausência de prejuízo às partes. Inteligência do art. 563 do Código de Processo Penal. Autoria e materialidade devidamente comprovadas pelo conjunto probatório constante dos autos. Confissão espontânea do representado. Validade de depoimento de guarda municipal como elemento de prova. Internação bem aplicada à hipótese. Desnecessidade de número mínimo de infrações para justificar a aplicação da medida. Aplicação de medida socioeducativa de

Acesso ao Sumário

internação que se revela, pela gravidade da infração e circunstâncias pessoais, a mais apropriada e apta a promover a ressocialização do adolescente, sendo proporcional às circunstâncias verificadas no caso concreto. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Ao relatório da r. sentença de fls. 56/58vº, acrescenta-se que a representação do Ministério Público pela prática do ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes, previsto no art. 33, "caput", da Lei nº 11.343/06, foi julgada procedente, aplicando ao adolescente L.G.A.B. a medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado.

Inconformado, apela o representado (fls. 99/118), sustentando, preliminarmente, nulidade por ausência de laudo interprofissional e pela ausência de sua citação pessoal. No mérito, alega, em suma, não haver provas suficientes de seu envolvimento no ato infracional descrito na representação. Alega que sua confissão deve ser avaliada com cautela e que as testemunhas guardas municipais não devem ser consideradas isentas, porque tentam convalidar as providências adotadas em âmbito administrativo, além de serem contraditórios seus depoimentos. Diz que a medida está em total confronto à Súmula 492 do STJ e sem amparo em quaisquer das hipóteses do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Argumenta, ainda, que a imposição da internação não está fundamentada e se trata de medida excepcional, não se mostrando proporcional ao caso tampouco atual. Sustenta, ademais, a impossibilidade de aplicação da medida de internação por não ter sido decretada sua internação provisória. Afirma que não pode ser considerado reincidente, pois ausente o requisito da reiteração, exigindo-se pelo menos três infrações graves anteriores. Requer, assim, a reforma da sentença para aplicação de medida socioeducativa em meio aberto. Pugna, ainda, pelo recebimento do recurso nos efeitos devolutivo e suspensivo com a imediata expedição do contramandado de busca e apreensão.

Oferecidas contrarrazões (fls. 122/128), foram os autos remetidos a esta Corte.

A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 133/138).

É o relatório.

De início, anota-se que, com o julgamento do recurso nesta oportunidade, resta prejudicado o pedido de recebimento da apelação no efeito suspensivo, assim como o pedido de expedição de contramandado de busca e apreensão em ordem a evitar o imediato cumprimento da medida de internação imposta.

Acesso ao Sumário

Posto isto, é caso de ser rechaçada a preliminar de nulidade por ausência do laudo interprofissional. Como se sabe, tal laudo não é peça obrigatória e não tem caráter vinculante. Trata-se, sim, de apenas um dos elementos de convicção do magistrado, consoante já se posicionou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça*: "a realização do laudo de avaliação é apenas mais um dos elementos de convicção do processo, pois cabe ao julgador requisitá-lo sempre que entender conveniente ou necessário, não sendo, em absoluto, uma providência indispensável, porquanto a ele não se vincula a decisão"* (AgRg nº 1.062.942-RS, 6ª Turma, Rel. Min. Jane Silva, Desembargadora convocada do TJMG, DJ de 13/10/08).

Quanto à alegada ausência de citação do adolescente, consta a fls. 41/42 a certidão de citação, com a assinatura de sua representante legal. Assim, a representante legal, com quem o adolescente residia, tomou plena ciência da representação ao apor sua assinatura na certidão supramencionada, de modo que tanto ela quanto o adolescente infrator estavam cientes, pois compareceram na audiência de representação acompanhados de defensor.

Ausente prejuízo ao adolescente, afasta-se a suposta nulidade por ausência de citação, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal.

No mais, o recurso não comporta provimento.

Consta da representação que o adolescente L.G.A.B., no dia (...), por volta das (...), na Viela (...), (...), na comarca de Carapicuíba, trazia consigo e guardava 54 porções de "maconha", 27 porções de "cocaína" e 62 pedras de "crack", para venda a terceiros, além de R$ 109,40 em cédulas trocadas.

Com efeito, ao cabo da instrução processual, restaram suficientemente comprovadas nos autos tanto a materialidade como a autoria do ato infracional equiparado ao tráfico ilícito de entorpecentes.

A materialidade está comprovada pelo boletim de ocorrência de fls. 03/05, auto de exibição e apreensão de fls. 06/07, bem como pelos laudos de fls. 09/10 e 27/28.

A autoria, da mesma forma, é inquestionável.

O representado confessou a prática do ato infracional tanto informalmente na delegacia de polícia (fls. 13), como perante o Ministério Público (fls. 20/21) e também em juízo (mídia digital – fls. 46), assumindo que no dia dos fatos estava vendendo drogas e que se envolveu por três meses no tráfico ilícito de entorpecentes em razão de uma dívida referente a uma motocicleta.

A confissão do adolescente, externada sem qualquer constrangimento ou coação, merece total crédito, além de não estar isolada nos autos.

A prova testemunhal constante dos autos – consubstanciada no depoimento do guarda municipal C.C.P. que realizou a apreensão do adolescente – é contundente no sentido de demonstrar a ocorrência dos fatos tal qual narrados

na representação do Ministério Público.

Alegou o guarda municipal que, após denúncia de que no local dos fatos havia um indivíduo armado, abordou o representado que lá se encontrava e, embora não estivesse ele armado, foram encontradas em seu poder as drogas descritas na representação, bem como a quantia em dinheiro, em uma pochete que o apelante estava usando, ocasião em que ele confessou a prática do ato infracional equiparado a tráfico ilícito de entorpecentes (mídia digital – fls. 55).

Não prospera a alegação de que testemunhas guardas civis não devem ser consideradas isentas, porque tentam convalidar as providências por elas adotadas em âmbito administrativo. Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que, *"Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando prestado ou corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal"* (HC nº 261.170/SP, 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Jorge Mussi, em 1º/4/14, DJe de 10/4/14).

No mesmo sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal: *"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSUFICIÊNCIA DAS PROVAS DE ACUSAÇÃO. DEPOIMENTOS PRESTADOS EM JUÍZO POR AUTORIDADES POLICIAIS. VALIDADE. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. É da jurisprudência desta Suprema Corte a absoluta validade, enquanto instrumento de prova, do depoimento em juízo (assegurado o contraditório, portanto) de autoridade policial que presidiu o inquérito policial ou que presenciou o momento do flagrante. Isto porque a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações. Tratando-se de sentença condenatória escorada não apenas nos depoimentos prestados em Juízo pelos policiais, como também nos esclarecimentos feitos pelas próprias testemunhas da defesa, não é possível rever todo o acervo fático-probatório do feito criminal para perquirir se as provas a que se referiu o magistrado de primeira instância são ou não suficientes para produzir uma condenação. O habeas corpus, enquanto remédio constitucional, cumpre a função de pronto socorro à liberdade de locomoção. Daí que o manejo dessa via expressa ou por atalho passe a exigir do acionante a comprovação, de pronto, da ilegalidade ou abusividade de poder imputada à autoridade coatora. Ordem denegada"* (HC nº 87.662/PE, 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Carlos Britto, em 5/9/06, DJ de 16/2/07, pág. 48).

Ademais, não há justificativa para que se pretenda afastar a idoneidade do depoimento da testemunha guarda municipal, cujo teor se mostrou coerente, sem qualquer indício de parcialidade ou de interesse em prejudicar o jovem infrator, até porque afirmou não conhecê-lo.

Acesso ao Sumário

Ainda, a despeito de não ter sido presenciada pelo guarda a venda ou a compra da droga apreendida, é certo que a autoria do ato infracional, equiparado ao delito previsto no art. 33, "caput", da Lei nº 11.343/06, independe da participação direta do agente na comercialização da droga, considerando que consiste em delito/ato infracional de conteúdo múltiplo. E, no caso, além da confissão sobre a traficância, tem-se que a grande quantidade de entorpecentes, sua forma de acondicionamento e as circunstâncias da apreensão indicam – e comprovam – sua destinação ao comércio ilícito.

Portanto, diante do contexto fático-probatório, a procedência da representação era de rigor.

No que diz respeito à medida socioeducativa de internação aplicada, a sentença de igual maneira não merece reparos. A despeito de existir entendimento do Superior Tribunal de Justiça em sentido restritivo, ao deferir a aplicação de medida de internação somente nas hipóteses previstas nos incisos do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é necessário que referido dispositivo seja interpretado de forma sistemática, observado o previsto no art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente (*"Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento"*).

Por outro lado, não se duvida de que a prática do tráfico ilícito de substâncias entorpecentes seja crime de extrema gravidade, equiparado ao hediondo e considerado pela Constituição Federal, em seu art. 5º, XLIII, como inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

O tráfico é atividade organizada, cujo controle é disputado com extrema violência e gravíssimas ameaças, inclusive contra usuários. E quem participa dessa cadeia, dela se beneficia, havendo inequívoca relação entre o ato de traficar e a violência que sua prática exige.

Enfim, o tráfico de drogas transformou-se num dos verdadeiros cancros da atualidade, conduzindo jovens à marginalidade e desagregando famílias, de forma que deve ser combatido com rigor.

De mais a mais, a gravidade concreta da infração pode e deve ser levada em conta quando da fixação da medida socioeducativa, conforme prevê o art. 112, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse cenário, perfeitamente possível a internação em caso de ato infracional equiparado a crime de tráfico de entorpecentes, mesmo porque tal prática expõe o adolescente à violência física e psicológica do meio delitivo, justamente no período de formação de sua personalidade em que deveria assimilar valores socialmente positivos.

Nesse sentido há diversos precedentes desta C. Câmara Especial:

0017334-63.2014.8.26.0032 Apelação/Ato Infracional

Relator: Artur Marques (Pres. da Seção de Direito Privado)

Comarca: Araçatuba

Órgão julgador: Câmara Especial

Data do julgamento: 13/04/2015

Data de registro: 15/04/2015

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006 AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE A ENSEJAR A PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO MEDIDA QUE, FRENTE À GRAVIDADE DA INFRAÇÃO, BEM COMO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS, REVELA-SE APROPRIADA E APTA A PROMOVER A RESSOCIALIZAÇÃO DO ADOLESCENTE RECURSO IMPROVIDO. 1. A materialidade do ato infracional equiparado ao tráfico ilícito de entorpecentes está devidamente comprovada pelo auto de exibição e apreensão, pelo auto de constatação preliminar e pelo laudo de exame toxicológico, sendo que a prova testemunhal colhida é coerente em demonstrar os fatos alegados pelo d. representante do Ministério Público. 2. É legalmente possível a aplicação de medida de internação quando praticado tráfico ilícito de substância entorpecente por se tratar de crime grave que poderá impor a segregação, em atenção à condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento, observada sua capacidade em cumprir a medida. 3. Recurso improvido.

0004603-82.2014.8.26.0081 Apelação/Ato Infracional

Relator: Eros Piceli (Vice-Presidente)

Comarca: Adamantina

Órgão julgador: Câmara Especial

Data do julgamento: 04/05/2015

Data de registro: 06/05/2015

Ementa: Ato infracional – conduta tipificada no artigo 33, caput, da lei 11.343/2006 – procedência da representação – medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado – materialidade e autoria comprovadas – confissão judicial – validade do testemunho policial – admissibilidade da aplicação da medida extrema – apelação não provida.

0006977-54.2014.8.26.0022 Apelação/Ato Infracional

Relator: Ricardo Anafe (Pres. da Seção de Direito Público)

Acesso ao Sumário

Comarca: Amparo

Órgão julgador: Câmara Especial

Data do julgamento: 04/05/2015

Data de registro: 08/05/2015

Ementa: Apelação. Ato infracional. Conduta tipificada no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Tráfico ilícito de entorpecentes – Sentença que julgou procedente a representação e aplicou ao adolescente a medida socioeducativa de internação, e inclusão em programa de tratamento de toxicômano – Pleito voltado à absolvição – Prova de materialidade e autoria – Validade do depoimento policial – Apreensão em flagrante, expressiva quantidade, diversidade e forma de acondicionamento das drogas que apontam a traficância – Crime equiparado a hediondo, a demonstrar a necessidade de acompanhamento técnico – Reiteração – Admissibilidade da aplicação da medida extrema, ainda que não tenha sido praticado o ato com grave ameaça ou violência, adicionada da inclusão em programa de tratamento a toxicômanos – Interpretação extensiva e sistemática dos artigos 101 e 122 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA). Nega-se provimento ao recurso.

Outrossim, não prospera o argumento de que é necessário o mínimo de três atos infracionais graves para ensejar aplicação da medida de internação ao ato equiparado ao tráfico de drogas.

Como sabido, *"... A aplicação da medida de internação na hipótese de reiteração na prática criminosa é constitucional, tendo em vista a previsão expressa do inciso II do artigo 122 do ECA (Precedentes: n. 99.175/DF, 1ª Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 28.5.10 e HC n. 84.218/SP, 1ª Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 18.4.08). 5. O inciso II do artigo 122 do ECA não prevê número mínimo de delitos anteriormente cometidos para fins de caracterização da reiteração na prática criminosa (Precedente: HC n. 84.218/SP, 1ª Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 18.4.08)"* (HC 94.447-SP, 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, v. un., Rel. Min. Luiz Fux, em 12/4/11).

Não bastasse, no presente caso, as circunstâncias pessoais do recorrente não lhe são favoráveis, pois, conforme se depreende autos (fls. 15 e 20), tem várias passagens pela Vara da Infância e Juventude e todas envolvendo tráfico de entorpecentes e em intervalos próximos, tanto que a oitiva no Ministério Público e as audiências em juízo se deram no mesmo dia para todos os atos infracionais apurados. Daí se conclui que a aplicação de medida socioeducativa em meio aberto não o afastará das práticas delitivas.

Logo, não há afronta à Súmula 492 do STJ, até porque ela não veda a

Acesso ao Sumário

internação em atos infracionais equiparados ao tráfico, desde que a medida não seja imposta com base exclusivamente na gravidade abstrata da infração.

Não se pode perder de vista que as medidas socioeducativas, em face da doutrina da proteção integral, preconizada pelo art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, têm o escopo primordial de ressocialização, despertando no adolescente infrator a consciência do desvalor de sua conduta, e, no caso, a internação, ao determinar seu afastamento do meio social, convida-o a profunda reflexão e reavaliação de seu comportamento, de forma a prepará-lo para a reinserção na sociedade, evitando que no futuro trilhe o doloroso caminho da criminalidade.

A segregação do apelante, nesse passo, é salutar e necessária para retirá-lo do ambiente nocivo em que está inserido, afastando-o, assim, do convívio marginal, tudo em perfeita consonância com a proteção integral prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente.

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 à apelação.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0047531-29.2016.8.26.0000, 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 3ª VARA CÍVEL DE AMERICANA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito e declararam competente o Juízo Suscitante. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.479)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), XAVIER DE AQUINO (DECANO) e RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 7 de novembro de 2016.

ADEMIR BENEDITO, Vice-Presidente e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Conflito de Competência – ação de obrigação de fazer c.c. reparação de danos e antecipação de tutela – ausência de Vara da Fazenda Pública na Comarca de Americana – análise do pedido não revestida de complexidade – competência de natureza absoluta dos Juizados Especiais nas ações em que é parte o poder público e o valor da causa não ultrapasse sessenta salários mínimos – inteligência do artigo 8º do Provimento CSM nº 2.203/14 e artigo 2º, *caput*, e § 4º, da Lei nº 12.153/2009 – competência para o processamento da demanda do Juizado Especial – conflito procedente – competência do Juízo suscitante.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juiz da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Americana, em face do MM. Juiz da 3ª Vara Cível da mesma Comarca, nos autos da ação de obrigação de fazer c.c. reparação de danos e antecipação de tutela ajuizada por Cláudio Sebastião dos Santos contra a Guarda Municipal de Americana e outra.

É o relatório.

O conflito negativo de competência está configurado, pois ambos os juízos declararam-se incompetentes para processar e julgar a demanda (artigo 66, II, do Novo Código de Processo Civil).

Segundo consta, Cláudio Sebastião dos Santos ajuizou ação de obrigação de fazer c.c. reparação de danos e antecipação de tutela contra a Guarda Municipal de Americana e outra (fls. 11/27).

A demanda foi originariamente distribuída ao Juízo da 3ª Vara Cível de Americana, que determinou a remessa do feito ao Juizado Especial Cível da mesma Comarca, sob o argumento de que, em vista do teor da Lei nº 12.153/09, que dispõe sobre os Juizados da Fazenda Pública, e do artigo 2º, II, "b", do Provimento nº 1.768/2010 do Conselho Superior de Magistratura, a competência dos Juizados Especiais é de natureza absoluta, competindo ao Juízo suscitante o processamento e julgamento do feito (fls. 39).

Discordando desse entendimento, o Magistrado do Juizado Especial Cível de Americana suscitou o presente conflito, alegando que nas Comarcas onde não há Juizado Especial da Fazenda Pública a competência é de natureza relativa, portanto, indeclinável de ofício, sendo facultado à parte optar pela propositura da ação no Juízo de sua conveniência. Acrescenta que a matéria discutida na demanda é complexa, incompatível com o procedimento dos Juizados Especiais

Acesso ao Sumário

(fls. 02/10).

Sem razão, contudo.

De fato, conforme estabelece o artigo 8º, do Provimento nº 2.203/14, do Conselho Superior da Magistratura, nas comarcas do interior onde não houver Vara da Fazenda Pública instalada, os feitos previstos na Lei nº 12.153/09 tramitarão com exclusividade nas Varas do Juizado Especial:

"Art. 8º. Nas Comarcas em que não foram instalados os Juizados Especiais de 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".

Assim, diferentemente do entendimento esposado pelo Juiz suscitante, em suas razões, a competência dos Juizados Especiais, em referidas Comarcas, é de natureza absoluta, conforme estabelece o texto do artigo 2º, § 4º, da Lei nº 12.153/2009.

Nesse sentido:

"No âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, nas Comarcas desprovidas de unidades judiciárias especializadas para o só conhecimento das ações referidas na Lei nº 12.153/09 de princípio, varas dessa tipologia somente existem na Comarca da Capital, a implantação do Juizado Especial da Fazenda Pública fez-se por designação de unidades judiciárias anteriormente instaladas. Assim, a teor do Provimento nº 2.203/2014 do eg. Conselho Superior da Magistratura, pelo expediente relativo ao Juizado Especial da Fazenda Pública passaram a responder as Varas da Fazenda Pública; onde inexistentes estas, as Varas do Juizado Especial com competência cível ou cumulativa (art. 8º)". (Conflito de Competência nº 0025560-85.2016.8.26.0000, Relator Presidente da Seção de Direito Público Ricardo Dip, j. em 27/06/2016).

Sobre o tema, confira-se precedente desta Câmara Especial:

"Conflito negativo de competência. Ação indenizatória por danos morais e materiais, proposta contra a Prefeitura do Município de Taboão da Serra. Inexistência de Vara do Juizado da Fazenda Pública na comarca. Competência absoluta do Juizado Especial Cível, por força do disposto no art. 2º, § 4º, da Lei nº 12.153/2009 c.c. o art. 2º, inc. II, 'b', do Prov. CSM 1.768/2009. Valor da causa que se adequa àquele de alçada da Lei dos Juizados Fazendários. Jurisprudência firme da C. Câmara Especial sobre o tema. Conflito

Acesso ao Sumário

julgado procedente. Competência do Juizado Especial Cível de Taboão da Serra para processar e julgar a ação". (Conflito de Competência nº 0002152-65.2016.8.26.0000, Relator Presidente da Seção de Direito Criminal Salles de Abreu, j. em 09/05/2016).

Ademais, pretende o autor que seja reativado seu plano de saúde, bem como o pagamento de indenização por dano moral no valor equivalente a 30 salários mínimos.

Destarte, na hipótese de procedência da ação, o valor eventualmente devido ao autor, se distinto daquele constante nos autos, poderá ser obtido por simples cálculo aritmético, não se revestindo, portanto, de complexidade.

Depois, tendo em vista que a petição inicial foi aditada para ser atribuído à causa o valor de R$ 26.400,00 (vinte e seis mil e quatrocentos reais), fls. 29, montante este inferior ao teto estipulado em lei, a demanda se amolda ao procedimento simplificado dos Juizados Especiais.

Do exposto, declara-se competente o Juízo suscitante, Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Americana.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0051758-62.2016.8.26.0000, da Comarca de Santana de Parnaíba, em que é suscitante MMª. JUÍZA DE DIREITO DA VARA ÚNICA DE SANTANA DE PARNAÍBA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE BARUERI.

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 40.648)**

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, 21 de novembro de 2016.

ADEMIR BENEDITO, Vice-Presidente e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Conflito de Competência – ação ordinária de enriquecimento sem causa c.c. danos materiais e morais – aplicabilidade da regra geral prevista no artigo 94

do CPC de 1973, vigente à época da propositura da ação – remessa de ofício ao foro do domicílio da ré – impossibilidade – competência relativa que não pode ser declinada de ofício – inteligência da Súmula 33 do STJ – conflito procedente – competência do juízo suscitado.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela MMª. Juíza da Vara Única da Comarca de Santana de Parnaíba, em face do MM. Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Barueri, nos autos da ação ordinária de enriquecimento sem causa c.c. danos materiais e morais ajuizada por Eliana Jesus dos Santos Silva contra Márcia Cristina Carmona.

Alega o suscitante que a ação versa sobre direito pessoal e a fixação de competência se estabelece pelo critério territorial, de natureza relativa, sendo, portanto, indeclinável de ofício, nos moldes da Súmula 77, do Tribunal de Justiça de São Paulo (fls. 24/25).

É o relatório.

O conflito negativo de competência está configurado, pois ambos os juízos se declararam incompetentes para processar e julgar o feito (art. 115, II, do Código de Processo Civil de 1973).

A ação foi originariamente distribuída ao Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Barueri, que, sob o argumento de que a demanda versa sobre direito pessoal, determinou a remessa dos autos à Comarca de Santana de Parnaíba, foro do domicílio da ré, declinado na inicial (fls. 21).

Recebidos os autos e, discordando do entendimento esposado, a Magistrada da Vara Única da Comarca de Santana de Parnaíba suscitou o presente conflito de competência.

Assiste razão ao suscitante.

Conquanto o raciocínio apresentado pelo Juízo suscitado esteja correto, pois, na hipótese, aplicável a regra geral prevista no artigo 94 do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época, devendo a respectiva ação tramitar no foro do domicílio da ré, cuida-se de competência territorial, portanto, relativa, de modo que não poderia ser declinada de ofício.

Este entendimento é objeto da Súmula 33 do Superior Tribunal de Justiça:

"A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício".

Destaque-se que cabe exclusivamente às partes, se assim preferir, aventar a incompetência relativa pela via adequada.

Deste modo, correto o posicionamento do Juízo suscitante, uma vez que

Acesso ao Sumário

nada autorizava a redistribuição dos autos, de ofício, como realizada.

Em idêntico caso, envolvendo, inclusive, os mesmos Juízos, foi este o posicionamento desta Câmara Especial:

> ***Conflito de competência. Ação ordinária por enriquecimento sem causa cumulada com danos materiais e morais. Juízo que declinou de ofício da competência. Encaminhamento à Comarca de Santana de Parnaíba, local do domicílio da ré. Competência relativa que não pode ser declinada de ofício. Súmula 33 do C. Superior Tribunal de Justiça. Conflito procedente para declarar a competência do MM. Juízo suscitado, da 1ª Vara Cível de Barueri" (Conflito de Competência nº 0011856-05.2016.8.26.0000, relatora Des. Lídia Conceição, j. em 25.07.2016).***

Do exposto, julga-se procedente o conflito e declara-se competente o Juízo suscitado, 1ª Vara Cível da Comarca de Barueri.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2133985-75.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente T.S.M. (MENOR) e impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONCEDERAM A ORDEM de *habeas corpus* impetrada em favor de T.S.M., para declarar extinta a medida socioeducativa de internação, a fim de ser substituída por liberdade assistida, tornando-se definitiva a liminar deferida anteriormente. Comunique-se imediatamente. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.909)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 24 de outubro de 2016.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: *Habeas Corpus* – Infância e juventude – Ato infracional equiparado ao crime de furto

Acesso ao Sumário

simples – Aplicada medida socioeducativa de internação – Pedido de extinção – Indeferimento - Constrangimento ilegal – Ocorrência – O Relatório Conclusivo elaborado pela equipe multidisciplinar da Fundação CASA, bem como o laudo psicológico apresentado pela equipe técnica do Juízo sugeriram a substituição da medida socioeducativa de internação por liberdade assistida, com a anuência do representante do Ministério Público e da defesa do adolescente – A fuga do paciente, por si só, não pode servir de fundamento para a manutenção da medida de internação – Paciente responsabilizado por fato ocorrido em (...) que não envolveu violência ou grave ameaça à pessoa que permaneceu internado provisoriamente durante toda a instrução, de modo que cumpriu referida medida por tempo considerável – Extinção de rigor, a teor do disposto nos artigos 1º, § 2º e 46, inciso II, ambos da Lei nº 12.594/12 (Lei do SINASE) – Constrangimento ilegal configurado – Ordem concedida.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensora Pública L.M.B., com pedido liminar, em favor do paciente **T.S.M.**, apontando como autoridade coatora a MMª Juíza de Direito do Departamento de Execuções da Vara Especial da Infância e Juventude da Capital. Esclarece a impetrante que o paciente foi responsabilizado pela prática de ato infracional análogo ao crime de furto simples e submetido à medida socioeducativa de internação, por fatos ocorridos em (...). Informa que em (...) foi elaborado Relatório Conclusivo, sugerindo a substituição da medida imposta por liberdade assistida. Aduz que a autoridade apontada coatora ignorou a conclusão técnica e indeferiu a progressão sugerida, determinando a realização de avaliação psicossocial por equipe do Juízo. Em seguida, o paciente foi submetido a exame psicológico pela equipe técnica do Judiciário, a qual foi favorável à progressão. Informa que a autoridade apontada coatora determinou a complementação do laudo, porém o paciente se evadiu da Fundação CASA em (...). Conta que foi determinada a expedição de mandado de busca e apreensão do paciente e, em seguida, a autoridade coatora manteve a medida de internação, mesmo após requerimento da defesa e do "parquet" pela substituição por liberdade assistida. Aduz que houve decisão *extra petita*, em afronta às garantias constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal, e aos princípios da inércia e da legalidade, dentre outros. Ressalta que

Acesso ao Sumário

a finalidade da medida socioeducativa e as metas do PIA foram alcançadas. Requer, liminarmente, possa paciente aguardar em liberdade o julgamento do presente *writ* e, ao final, pretende a extinção da medida socioeducativa de internação, determinando-se o recolhimento do mandado de busca e apreensão expedido.

Deferida a liminar (fls. 155/157), vieram as informações prestadas pela autoridade apontada coatora (fls. 162/163).

A douta Procuradoria Geral de Justiça pugnou pela concessão da ordem (fls. 165/166).

É o relatório.

É caso de concessão da ordem.

O paciente foi responsabilizado pela prática de ato infracional equiparado ao crime de furto simples, previsto no artigo 155, *caput* do CP, sendo-lhe aplicada medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado (fls. 34/37).

Consta dos autos (fl. 30) que em (...) o paciente iniciou o cumprimento da medida socioeducativa de internação.

O Relatório Conclusivo (fls. 95/101) elaborado pela equipe multidisciplinar da Fundação CASA sugeriu a substituição da medida socioeducativa de internação imposta ao paciente por liberdade assistida, por ter atingido as metas e objetivos estabelecidos pelo PIA (Plano Individual de Atendimento) – fls. 60/63. Segundo a avaliação, durante o período de internação, o adolescente dedicou-se aos estudos, alfabetizou-se, nunca apresentou problemas ou atos de indisciplina dentro da unidade e sempre manteve comportamento amistoso com os demais internos. Com relação ao ato infracional, esclareceram que o paciente desenvolveu percepção e crítica sobre a gravidade dessa experiência, assumindo sua conduta e verbalizando arrependimento, apresentando condições para retornar à sociedade.

No mesmo sentido, o laudo psicológico apresentado pela equipe técnica do Juízo, também, sugeriu a progressão do paciente para a medida socioeducativa de liberdade assistida, visto que atingiu a finalidade da medida de internação traçada pelo PIA (fls. 115/118).

Acesso ao Sumário

Insurge-se a impetrante contra a r. decisão de fl. 153, que indeferiu o pedido de extinção da medida.

Contudo, convém destacar que os dois relatórios técnicos acima mencionados foram favoráveis à progressão, com a anuência do *Parquet* (fls. 147/148) e de sua defesa (fls. 150/151).

Ressalte-se que a fuga encetada pelo agente, por si só, não pode ser considerada como fator determinante à manutenção da internação, mormente se considerarmos que há histórico de agressões a T. na unidade de internação em

que cumpria a medida (fls. 76/79), o que certamente contribuiu para o ocorrido.

Ademais disso, importante mencionar que o paciente foi representado pela prática de ato infracional ocorrido em (...) (fls. 16/18), que não envolveu violência ou grave ameaça à pessoa. Além do mais, embora seja esta a sua segunda passagem na Fundação CASA, ele permaneceu internado provisoriamente durante toda a instrução, de modo que cumpriu referida medida por tempo considerável.

Destarte, restou demonstrado nos autos que o paciente atingiu o intuito ressocializador da medida de internação, seja pelo período em que ficou internado, seja por seu progresso pessoal.

Logo, a extinção da medida de internação é de rigor, nos termos dos artigos 1º, § 2º e 46, inciso II da Lei nº 12.594/12 (Lei do SINASE), devendo, portanto, ser substituída pela liberdade assistida.

Isto posto, pelo meu voto, **CONCEDO A ORDEM** de *habeas corpus* impetrada em favor de **T.S.M.**, para declarar extinta a medida socioeducativa de internação, a fim de ser substituída por liberdade assistida, tornando-se definitiva a liminar deferida anteriormente. **Comunique-se imediatamente.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2192410-95.2016.8.26.0000, da Comarca de Itapetininga, em que é impetrante R.B.M. e paciente R.R.M. (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 40553)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), XAVIER DE AQUINO (DECANO) e RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 7 de novembro de 2016.

ADEMIR BENEDITO, Vice-Presidente e Relator

Ementa: *Habeas corpus* – ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06 – impetração contra sentença que impôs ao paciente medida socioeducativa de internação – alegação de constrangimento ilegal – pretendida substituição da

Acesso ao Sumário

medida restritiva de liberdade por medida em meio aberto – não cabimento – constrangimento ilegal inexistente – alegação de afronta ao artigo 49, II, da Lei 12.594/12 – inocorrência – ordem denegada.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por R.B.M., Defensor Público, em favor do adolescente R.R.M., contra constrangimento ilegal supostamente imposto pelo MM. Juiz Alessandro Viana Vieira de Paula, da Vara da Infância e Juventude de Itapetininga, que julgou procedente a representação, aplicando 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 a ausência das hipóteses autorizadoras da internação previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente. Alega que o menor cumpre medida em unidade da Fundação CASA distante de sua residência, o que lhe assegura o direito de ser inserido em meio aberto, nos termos do artigo 49, II, da Lei 12.594/12.

Requer a concessão liminar da ordem para desinternar o paciente, e, ao final, sua confirmação, liberando definitivamente o menor ou, subsidiariamente, a substituição da medida socioeducativa por liberdade assistida (fls. 1/7).

Indeferida a liminar (fls. 100/102), a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 105/110).

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 (fls. 8/10), tendo recebido, ao final, medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado (fls. 91/94).

Primeiramente, ressalta-se que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto do recurso adequado, e descabe, nos seus limites estreitos, análise aprofundada dos fatos e provas do processo.

Nesse sentido, já se decidiu nos Tribunais Superiores:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. WRIT MANEJADO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO. EXAME DO MÉRITO. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RÉ ENVOLVIDA EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. NECESSIDADE DO REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. (...) III Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelas

Acesso ao Sumário

instâncias ordinárias, seria necessário o reexame de fatos e provas, providência incabível em habeas corpus, por se tratar de instrumento destinado à proteção de direito demonstrável de plano, que não admite dilação probatória. Precedentes. Recurso ordinário ao qual se nega provimento." (STF, recurso ordinário em habeas corpus nº 118381/SP, rel. Ministro Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, julgado em 12.11.2013, publicado no DJE de 25.11.2013).

Pacífica a jurisprudência desta Câmara Especial no sentido de que o *habeas corpus* não se presta à apreciação de matéria recursal, em que se exige nova avaliação das provas e das questões fáticas e jurídicas (*Habeas Corpus* nº 2042183-98.2013, relator Desembargador Ricardo Anafe, então Presidente da Seção de Direito Público, julgado em 17.2.2014).

Na espécie, é exatamente essa a pretensão do impetrante: que se proceda ao reexame de matéria já enfrentada pela sentença para substituição da medida socioeducativa aplicada.

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.

Ainda que assim não fosse, 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).

No mais, a prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, revela a necessidade da firme atuação estatal a fim de afastar o adolescente do meio delituoso, garantindo sua segurança pessoal e resguardando-se a manutenção da ordem pública.

Além disso, conforme documentos juntados as fls. 36/40, o menor já possui outros registros na Vara da Infância e Juventude, o que indica que a prática infracional aqui descrita não é fato isolado em sua trajetória.

Desse modo, inviável a modificação da medida socioeducativa de internação aplicada na origem no bojo do presente *habeas corpus*.

Por fim, pretende o adolescente a substituição da medida de internação por outra em meio aberto, invocando as disposições do artigo 49, II, da Lei 12.594/12.

A pretensão não merece, igualmente, acolhida.

A interpretação literal do dispositivo leva a crer que o menor submetido à medida drástica por ato infracional praticado sem violência ou grave ameaça deve ser colocado em liberdade diante da ausência de unidade de internação na

Acesso ao Sumário

comarca em que reside.

O dispositivo, entretanto, não pode ser interpretado de forma isolada, sob pena de violação aos princípios da: a) proteção integral, pois o jovem em conflito com a lei não teria a chance de receber todas as intervenções necessárias para a sua ressocialização; e b) igualdade, uma vez que somente o adolescente que reside em cidade onde não há unidade de internação poderia beneficiar-se da medida.

O retorno do reeducando à sociedade depende da constatação efetiva de que está ele plenamente readaptado, com a demonstração de que assimilou a medida a que foi submetido, e que incorporou valores éticos e morais condizentes com a vida honesta.

Depois, a Fundação CASA, por intermédio da portaria normativa 285/2016, de 11.2.2016, regulamenta a concessão de verba para transporte de familiares para realização de visitas aos menores. De acordo com o artigo 1º:

> ***"Fica autorizada a concessão de verba, a título de auxílio financeiro, para despesas decorrentes de deslocamento (transporte) de familiares de adolescentes, dos programas de Internação Provisória, Semiliberdade e Internação da Fundação CASA-SP, para visitas e participação em eventos/entrevista/elaboração do PIA e outros acontecimentos voltados ao desenvolvimento da medida socioeducativa nos Centros de Atendimento."***

Tal previsão impede a quebra do vínculo afetivo familiar de adolescentes que cumprem medidas fora da comarca de origem.

Do exposto, denega-se a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2209224-85.2016.8.26.0000, da Comarca de Dracena, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente R.F.S. (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 40.733)**

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, 21 de novembro de 2016.

ADEMIR BENEDITO, Vice-Presidente e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *Habeas corpus* – ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06 – impetração contra sentença que impôs ao paciente medida socioeducativa de internação – alegação de constrangimento ilegal – pretendida substituição da medida restritiva de liberdade por medida em meio aberto – não cabimento – constrangimento ilegal inexistente – alegação de afronta ao artigo 49, II, da Lei 12.594/12 – inocorrência – ordem denegada.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Fernanda Penteado Balera, Defensora Pública, em favor do adolescente R.F.S., contra constrangimento ilegal supostamente imposto pela MMª. Juíza Aline Sugahara Bertaco, da 3ª Vara da Comarca de Dracena, que aplicou medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado, em razão da prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

Sustenta a ilegalidade da decisão, ante a ausência das hipóteses autorizadoras da internação previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente. Alega, também, que o menor cumpre medida em unidade da Fundação CASA distante de sua residência, o que lhe assegura o direito de ser inserido em meio aberto, nos termos do artigo 49, II, da Lei 12.594/12.

Requer a concessão liminar da ordem para suspender a internação, e, no mérito, a cassação da decisão impugnada, aplicando-se ao menor medida socioeducativa de liberdade assistida (fls. 1/10).

Indeferida a liminar (fls. 66/68), a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento, se conhecido, pela denegação da ordem (fls. 71/75).

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 (fls. 14/17), tendo recebido, ao final, medida socioeducativa de internação (fls. 54/60).

Primeiramente, ressalta-se que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto do recurso adequado, e descabe, nos seus limites estreitos, análise aprofundada dos fatos e provas do processo.

Nesse sentido, já se decidiu nos Tribunais Superiores:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. WRIT MANEJADO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO. EXAME DO MÉRITO. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO

Acesso ao Sumário

ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RÉ ENVOLVIDA EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. NECESSIDADE DO REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. (...) III – Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelas instâncias ordinárias, seria necessário o reexame de fatos e provas, providência incabível em habeas corpus, por se tratar de instrumento destinado à proteção de direito demonstrável de plano, que não admite dilação probatória. Precedentes. Recurso ordinário ao qual se nega provimento." (STF, recurso ordinário em habeas corpus nº 118381/SP, rel. Ministro Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, julgado em 12.11.2013, publicado no DJE de 25.11.2013).

Pacífica a jurisprudência desta Câmara Especial no sentido de que o *habeas corpus* não se presta à apreciação de matéria recursal, em que se exige nova avaliação das provas e das questões fáticas e jurídicas (*Habeas Corpus* nº 2042183-98.2013, relator Desembargador Ricardo Anafe, então Presidente da Seção de Direito Público, julgado em 17.2.2014).

Na espécie, é exatamente essa a pretensão da impetrante: que se proceda ao reexame de matéria já enfrentada pela sentença para substituição da medida socioeducativa aplicada.

A sentença, para impor a internação, amparou-se não somente na gravidade do ato infracional, como também nas condições pessoais do paciente (fls. 54/60), e em sua periculosidade ao meio social, inexistindo, assim, afronta à súmula 492 do STJ.

Ainda que assim não fosse, 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).

No mais, a prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, revela a necessidade da firme atuação estatal a fim de afastar o adolescente do meio delituoso, garantindo sua segurança pessoal e resguardando-se a manutenção da ordem pública.

Desse modo, inviável a modificação da medida socioeducativa de internação aplicada na origem no bojo do presente *habeas corpus*.

Por fim, pretende o adolescente a substituição da medida de internação por outra em meio aberto, invocando as disposições do artigo 49, II, da Lei 12.594/12.

A pretensão não merece, igualmente, acolhida.

A interpretação literal do dispositivo leva a crer que o menor submetido à medida drástica por ato infracional praticado sem violência ou grave ameaça

Acesso ao Sumário

deve ser colocado em liberdade diante da ausência de unidade de semiliberdade na comarca em que reside.

O dispositivo, entretanto, não pode ser interpretado de forma isolada, sob pena de violação aos princípios da: a) proteção integral, pois o jovem em conflito com a lei não teria a chance de receber todas as intervenções necessárias para a sua ressocialização; e b) igualdade, uma vez que somente o adolescente que reside em cidade onde não há unidade de semiliberdade poderia beneficiar-se da medida.

O retorno do reeducando à sociedade depende da constatação efetiva de que está ele plenamente readaptado, com a demonstração de que assimilou a medida a que foi submetido, e que incorporou valores éticos e morais condizentes com a vida honesta.

Depois, a Fundação CASA, por intermédio da portaria normativa 285/2016, de 11.2.2016, regulamenta a concessão de verba para transporte de familiares para realização de visitas aos menores. De acordo com o artigo 1º:

> ***"Fica autorizada a concessão de verba, a título de auxílio financeiro, para despesas decorrentes de deslocamento (transporte) de familiares de adolescentes, dos programas de Internação Provisória, Semiliberdade e Internação da Fundação CASA-SP, para visitas e participação em eventos/entrevista/elaboração do PIA e outros acontecimentos voltados ao desenvolvimento da medida socioeducativa nos Centros de Atendimento."***

Tal previsão impede a quebra do vínculo afetivo familiar de adolescentes que cumprem medidas fora da comarca de origem.

Do exposto, denega-se a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2206501-93.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente A.C.C.R. (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 40.738)**

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).

Acesso ao Sumário

São Paulo, 21 de novembro de 2016.
ADEMIR BENEDITO, Vice-Presidente e Relator

Ementa: *Habeas corpus* – ato infracional equiparado ao delito de roubo majorado – medida socioeducativa de internação – parecer dos técnicos da Fundação CASA favorável ao retorno do menor ao convívio social – pleito de colocação do jovem em liberdade – indeferimento pelo juízo – cautela que atende ao princípio da proteção integral – constrangimento ilegal inocorrente – interrupção no acompanhamento que poderá causar prejuízo ao processo de reeducação – ordem denegada.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Ligia Cintra de Lima Trindade, Defensora Pública, em favor da adolescente A.C.C.R., contra o constrangimento ilegal supostamente imposto pela MMª. Juíza Ana Paula Mendes Carneiro, do Departamento de Execuções da Infância e Juventude da Capital – DEIJ, que indeferiu o pedido de progressão da medida socioeducativa de internação, aplicada em razão da prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 157, § 2º, I e II, c.c. artigo 14, II, ambos do Código Penal, determinando a elaboração de estudo pela equipe técnica do Juízo.

Sustenta que a decisão impugnada contraria o princípio da inércia e as garantias constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal. Afirma, também, que a internação é regida pelos princípios da brevidade e excepcionalidade e que foi alcançada a finalidade da medida socioeducativa, pois cumpridas todas as metas traçadas no plano individual de atendimento do menor.

Requer a concessão liminar da ordem para revogar o decreto de avaliação pela equipe técnica do juízo, suspendendo-se a decisão impugnada e inserindo-se o paciente na medida de liberdade assistida e, ao final, a cassação definitiva da decisão, com a inserção imediata do menor em liberdade assistida, ou, subsidiariamente, que seja proferida outra decisão pela Magistrada (fls. 1/12).

Indeferida a liminar (fls. 167/169), a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 171/173).

É o relatório.

Segundo consta, a menor foi representada pela prática de ato infracional equiparado ao delito de roubo majorado (fls. 31/32).

Acesso ao Sumário

Pela prática desse delito, a paciente recebeu a medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado (fls. 15/23).

Apesar do relatório técnico de avaliação ter concluído pela possibilidade da reinserção da menor no meio social (fls. 148/153), não se verifica ilegalidade na decisão que manteve a internação da adolescente (fls. 160/161).

Como é sabido, o Magistrado não está adstrito aos laudos elaborados por técnicos da Fundação CASA, pois aludidos relatórios compõem apenas um dos elementos de convicção, sem caráter vinculante, conforme já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça no *Habeas Corpus* nº 48.801-SP, relator o Ministro Gilson Dipp:

> ***"Criminal. HC. ECA. Ato Infracional equiparado a latrocínio. Internação. Parecer técnico. Sugestão de progressão da medida. Manifestação que não vincula o magistrado. Princípio do livre convencimento. Internação mantida. Falta de fundamentação. Inocorrência. Determinada nova avaliação psiquiátrica do adolescente. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem Denegada".***

Na decisão que indeferiu a progressão da medida, mantendo a internação da paciente e determinando a avaliação pela equipe técnica do juízo, a Magistrada assinalou que o caso demanda cautela:

> ***"Essa sugestão não pode ser acolhida antes de nova avaliação psicossocial do(a) educando(a), pois o quadro probatório constante nos autos sobre o perfil socioeducativo não autoriza a substituição da medida de internação neste momento. Com efeito, o ato infracional praticado é grave, tendo sido executado no interior de residência e mediante grave ameaça, violência física e restrição da liberdade das vítimas. Importante consignar que a juíza que julgou procedente a representação salientou que as vítimas ressaltaram a exacerbada violência exercida por A.C. durante o assalto", fls. 160/161.***

Note-se, ainda, que a adolescente ao menos em duas oportunidades, envolveu-se em atos de indisciplina dentro da unidade da Fundação CASA em que cumpre a medida (fls. 97/101 e 140/145).

Assim, apesar do progresso apresentado pela paciente no decorrer da internação, mostra-se necessária cautela na verificação da sua efetiva ressocialização.

E, embora a jovem permaneça internada há quase um ano e quatro meses (fls. 13), tal prazo ainda está longe do limite máximo de custódia estabelecido pelo ECA, de modo que a progressão da medida deve ser decidida com certa cautela.

Do exposto, denega-se a ordem.

Acesso ao Sumário

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001862-85.2015.8.26.0614, 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 29.545)**

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, 30 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 desse 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. 5). A obrigação garantida pelo penhor, todavia, tem vencimento em 15/1/17 (fls. 6, 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 retrocompilados. 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.

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.

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - CSM

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001934-72.2015.8.26.0614, 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 29.566)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e SALLES ABREU.

São Paulo, 31 de outubro de 2016.

PEREIRA CALÇAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: 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.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de fls. 52/54, que manteve a recusa do registro de cédula rural pignoratícia, sob o fundamento da impossibilidade de dissociação entre o prazo da garantia e o prazo do vencimento da obrigação garantida.

Sustenta o apelante: a) que os prazos da cédula e da garantia podem ser diversos; b) que as cláusulas questionadas atendem o disposto nas regulações do Banco Central; e c) que a Lei nº 12.873/13 alterou a redação do art. 61 do Decreto-lei nº 167/67 e do art. 1.439 do Código Civil, suprimindo os prazos (fls. 58/80).

A Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 91/92).

É o relatório.

A cédula rural pignoratícia, emitida em 4 de novembro de 2015, foi prenotada no Registro de Imóveis e Anexos de Tambaú em 16 de novembro de 2015 (fls. 8), com vencimento em 4 de novembro de 2020 (fls. 9) e com o prazo

Acesso ao Sumário

final para pagamento em 29 de outubro de 2016 (fls. 10, verso).

A recusa ao registro, conforme nota devolutiva de fls. 8, ocorreu pela divergência entre a data de vencimento e o prazo final para pagamento da obrigação.

A questão não é nova e já foi enfrentada por esse Conselho, quando do julgamento da apelação nº 9000002-51.2011.8.26.0252, de relatoria do então Corregedor-Geral da Justiça Hamilton Elliot Akel. Lá, ficou assentado:

"De início, cumpre apontar que o prazo da garantia não pode ser tratado de forma autônoma ao prazo da cédula em si. Nessa espécie de título, a garantia e a obrigação estão vinculadas de tal forma que não cabe a separação pretendida quanto aos prazos. Assim, o prazo do penhor é o da cédula.

A jurisprudência deste Colendo Conselho Superior é firme nesse sentido. Vale trazer à colação trecho de voto do Desembargador Gilberto Passos de Freitas, na apelação cível 598-6/0, da Comarca de Pacaembu:

'(...) não se diga que o prazo do penhor seja distinto do prazo da obrigação (ou de vencimento da cédula), por ser aquele legal (cinco anos) e este contratual (oito anos): a) a uma, porque o título em foco não autoriza essa leitura dicotômica de prazos, mas, ao contrário, indica a unidade do prazo de oito anos também referido no campo clausulado denominado 'obrigação especial – garantia', com subsequente previsão de prorrogação para a hipótese de 'vencimento do penhor' (fls. 69); b) a duas, porque vinculada a cédula de crédito rural à garantia pignoratícia, o prazo de referência expresso na cédula é também o do penhor'."

Não obstante a alteração da redação do art. 1.439 do Código Civil e do art. 61 do Decreto-Lei nº 167/67 pela Lei nº 12.873/13, com a supressão dos prazos antes previstos, o raciocínio quanto à impossibilidade da dicotomia entre prazo de garantia e vencimento permanece.

Nenhuma das razões expostas no apelo tem o condão de alterar o que esse Conselho já decidiu. Trata-se, aqui, de um título de crédito. Uma vez expirado o prazo final para pagamento e adimplida a dívida, não pode estender-se a garantia. A chamada "renovação simplificada" nada mais representa senão uma nova contratação, o que não pode ser feito com a utilização de título de crédito cuja exigibilidade já não subsiste. Por outro lado, na hipótese de inadimplência, a renovação significaria novação, ou seja, criação de nova obrigação em substituição à primeira, não podendo, da mesma maneira, subsistir a garantia.

Ademais, o art. 1439 do Código Civil é claro ao apontar que o penhor agrícola e o penhor pecuário não podem ser convencionados por prazos superiores ao das obrigações garantidas.

O art. 61 do Decreto-Lei nº 167/67 também diz que o prazo do penhor rural, agrícola ou pecuário, não excederá o prazo da obrigação garantida. A segunda parte do artigo e seu parágrafo único não permitem a interpretação

Acesso ao Sumário

desejada pela recorrente. Lá se diz que, embora vencido o prazo, permanece a garantia, enquanto subsistirem os bens que a constituem. O paragrafo único trata da prorrogação do penhor e da garantia. Ora, parece claro que em ambos os casos se trata de hipóteses de prorrogação da mesma obrigação. Porém, o que pretende o recorrente é a renovação da obrigação, que, aliás, conforme o título, tem como pressuposto a sua quitação.

Portanto, agiu corretamente o registrador ao negar ingresso ao título, não obstante norma administrativa, do Conselho Monetário Nacional, permita a operação.

A atividade registral é pautada pelo princípio da legalidade, o qual se sobressai em importância no momento da qualificação do título, impondo ao registrador o controle dos requisitos do documento que dará entrada no fólio real. Assim, cabe a ele fazer o exame da legalidade do título e não se pode na qualificação desconsiderar critério expresso em lei.

Oportuno colacionar trecho de voto do Des. Ruy Camilo, na Apelação Cível nº 1.126-6/4 do Conselho Superior da Magistratura: *"Considerando, então, que o juízo de qualificação registraria não se pode apartar da lei – o que impõe o exame da legalidade, pelo registrador, dos aspectos formais do título –, forçoso negar registro ao título cuja apresentação extrínseca esteja em desajuste com os seus requisitos legais."*

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002681-96.2015.8.26.0363, da Comarca de Mogi Mirim, em que é apelante CERÂNTOLA DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURÍDICA DA COMARCA DE MOGI MIRIM.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, v.u. Declarará voto convergente o Desembargador Ricardo Dip.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto n.º 29.543)**

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, 30 de setembro de 2016.

PEREIRA CALÇAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Recusa ao registro de hipoteca – Lei Municipal que impede a oneração do imóvel, que era público, sem autorização legislativa – Ausência de autorização – Desqualificação correta – Falta de menção à Lei Municipal que exigiu a autorização legislativa na matrícula do bem imóvel – Conhecimento da lei que se presume – Apelação desprovida.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Cerântola do Brasil Indústria e Comércio Ltda. contra a sentença de fls. 32/33, que manteve a recusa ao pretendido registro da *escritura pública de abertura de crédito com garantia hipotecária e outras avenças*, tendo como credora a recorrente, como devedora Jobema Indústria e Comércio de Móveis Ltda. e como garantia o imóvel identificado na mat. n.º 39.202 do RI de Mogi Mirim.

Sustenta a apelante, nas razões de fls. 35/38, que a omissão na mat. n.º 39.202 acerca da necessidade de autorização legislativa para a constituição de hipoteca é razão suficiente a autorizar o ingresso do título apresentado, em prestígio de sua boa-fé, da segurança jurídica e do princípio da publicidade registral. Argumenta, ainda, que prescreveu qualquer pretensão à retomada do imóvel pela Municipalidade.

Recebido o recurso no duplo efeito e enviados os autos ao **C. CSM**, a Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fls. 53/54, opinou pelo desprovimento da apelação.

É o relatório.

De acordo com o r. 1 da mat. n.º 29.929 do RI de Mogi Mirim (fls. 22), o Município de Mogi Mirim, uma vez autorizado pela Lei Municipal n.º 1.371/1982 (fls. 18/20), vendeu o bem imóvel lá descrito a Stiloflex – Indústria e Comércio Ltda., que ficou obrigada a destinar a área para fins industriais e a só aliená-lo mediante prévia autorização legislativa (arts. 4º e 5º da Lei Municipal n.º 1.371/1982 – fls. 19).

A av. 2 da mesma matrícula dá conta de que três galpões foram construídos no bem imóvel; a av. 3, por sua vez, revela que parte do bem imóvel foi desmembrada e permutada com o Município de Mogi Mirim; o remanescente onde foram construídos os galpões, mediante autorização dada pela Lei Municipal n.º 1.880/1989, foi transferido a José Benedito de Mattos, conforme av. 4, dando origem a nova matrícula, que recebeu o n.º 39.202, com encerramento do assento original (fls. 22).

Acesso ao Sumário

O r. 1 da mat. n.º 39.202 do RI de Mogi Mirim, sem mencionar a Lei Municipal que autorizou o negócio (art. 1º da Lei Municipal n.º 1.880/1989 – fls. 17), refere-se à transferência do bem de Stiloflex – Indústria e Comércio Ltda. a José Benedito de Mattos; o r. 2, também sem citar a lei autorizativa (art. 1º da Lei Municipal n.º 1.880/89 – fls. 17), dá conta de que o imóvel foi incorporado ao patrimônio de Jobema Indústria e Comércio de Móveis Ltda., que, em seguida, deu-o em hipoteca em favor da Caixa Econômica Federal, consoante o r. 3, garantia essa cancelada por meio da av. 4 (fls. 21).

Pleiteia o apelante o registro na mat. n.º 39.202 de nova hipoteca, desta vez em seu favor, pretensão essa vetada tanto pelo Oficial como pelo MM. Juiz Corregedor Permanente que analisou a dúvida.

E a desqualificação do título está correta.

A Lei Municipal n.º 1.371/1982, que autorizou a venda do bem imóvel aqui tratado pelo Município de Mogi Mirim a Stiloflex – Indústria e Comércio Ltda., prescreve em seu art. 4º:

> **Artigo 4º** – A empresa adquirente poderá dar em garantia o imóvel para fins de financiamento na obtenção de recursos junto aos órgãos oficiais para a implantação do projeto industrial.
>
> **Parágrafo Único** – Á exceção do disposto no "caput" do artigo, é vedado à empresa adquirente transacionar a gleba, sem prévia autorização legislativa. (fls. 23).

Por sua vez, a Lei Municipal n.º 1.880/1989, que autorizou Stiloflex – Indústria e Comércio Ltda. a ceder o imóvel em dação em pagamento a José Benedito de Mattos e a Jobema – Indústria e Comércio de Móveis Ltda., estabelece em seu art. 3º:

> **Artigo 3º** – Fica mantida a destinação industrial da área objeto da presente lei; bem como todas as demais disposições da Lei nº 1.371/82; inclusive no tocante à transação.

Cabe destacar que a qualificação do título é restrita ao aspecto formal, motivo pelo qual não é atribuição do Oficial questionar e examinar a constitucionalidade das leis municipais. Assim, ainda que os atos legislativos tratem de compra e venda com encargo, incomum figura jurídica, não é dado nem ao Oficial nem à Corregedoria – Geral ou Permanente – analisar, no âmbito administrativo, a compatibilidade dessas leis com a Constituição.

Feita essa observação, nota-se que a hipoteca acordada na escritura pública de fls. 24/26 não podia mesmo ser registrada.

Na esteira da Lei Municipal n.º 1.371/1982, repetida na parte que aqui interessa pela Lei Municipal n.º 1.880/1989, o imóvel matriculado sob o nº 39.202 no RI de Mogi Mirim só pode ser "transacionado" com prévia autorização legislativa.

Acesso ao Sumário

Essa autorização, a propósito, foi concedida anteriormente, por meio da Lei Municipal n.º 1.880/1989, por ocasião da dação em pagamento da área a José Benedito de Mattos e a Jobema – Indústria e Comércio de Móveis Ltda.

Não tendo havido autorização legislativa para a constituição da hipoteca, correta a exigência feita pelo Oficial.

Ainda que o alcance do termo "transacionar", utilizado no parágrafo único do art. 4º da Lei Municipal n.º 1.371/1989, possa dar margem à dúvida, a interpretação conjunta com seu *caput* leva à lógica conclusão de que a autorização legislativa também é necessária para fins de constituição de hipoteca.

Com efeito, o *caput* do art. 4º abre uma única exceção à regra de exigência de autorização legislativa: dação em garantia do bem imóvel para fins de obtenção de recursos junto a órgãos oficiais com vistas à implantação do projeto industrial.

Por se enquadrar então nessa exceção, o título contemplando a hipoteca registrada sob nº 3 na mat. nº 39.202 foi qualificado positivamente. **Tratava-se de hipoteca constituída com o fim de obtenção de recursos de órgão oficial**, no caso, **a Caixa Econômica Federal**.

Já no caso do título em exame, a qualificação foi negativa porque o apelante de modo algum pode ser tida como órgão oficial.

Para defender o ingresso do título mesmo sem a autorização legislativa, o recorrente destaca a omissão na mat. n.º 39.202 a respeito das restrições impostas pelas Leis Municipais n.ºs 1.371/1982 e 1.880/1989.

Assim, portanto, pelo seu entendimento, a falta de textual menção no assento registral aos atos legislativos municipais impediria a desqualificação do título, pois o registro imobiliário tem por função principal tornar públicas as informações relevantes sobre os imóveis.

De fato, a mat. n.º 39.202 do RI de Mogi Mirim não menciona as leis municipais que exigem autorização legislativa para a alienação ou oneração do bem imóvel. Entretanto, embora recomendável que a matrícula trouxesse tal informação, o lapso não tem o condão de tornar inócuas as leis que reclamam, como requisito de validade, a prévia autorização legislativa.

Isso porque, segundo a regra do art. 3º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, "ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece". A despeito de ser uma ficção jurídica, trata-se de princípio fundamental para a preservação da ordem e para o bom funcionamento da sociedade.

Desse modo, a falha na matrícula não é motivo que, por si só, justifique o ingresso do título recusado pelo Oficial.

Ademais, não se pode esquecer que a mat. n.º 39.202, lacunosa em relação às leis municipais, teve sua origem na mat. 29.929, também do RI de Mogi

Acesso ao Sumário

Mirim, no bojo da qual as duas leis municipais e a necessidade de autorização legislativa são mencionadas.

Note-se, ainda, que a mat. n.º 39.202 faz expressa referência ao fato de que sua origem decorre do encerramento da mat. n.º 29.929.

Daí conclui-se que, malgrado a informação não conste da mat. n.º 39.202, havia possibilidade do recorrente ter ciência da restrição imposta pelas leis municipais.

Em arremate, qualquer discussão a respeito da prescrição agitada (em recurso apenas) pelo recorrente é irrelevante, especialmente nessa seara administrativa, para definir a potência registral da *escritura pública de abertura de crédito com garantia hipotecária e outras avenças*.

Posto isto, **nego provimento à apelação**.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto n. 42.780)

1. Como já houve oportunidade de dizer em **caso análogo** (cf. autos 0002682-81.2015), é princípio do registro de imóveis o da legalidade, a cujo controle se obriga o registrador, submetido que se acha à integralidade do ordenamento normativo posto.

2. Desse modo, ainda que, no caso, fosse de supor – *datum, neque concessum* – padecer de omissão a matriz do imóvel objeto, por nela não se enunciar a necessidade de autorização legislativa para constituir-se hipoteca relativa a prédio matriculado, isto não levaria a superar o óbice ao registro da versada garantia, exatamente porque o registrador público deve observar a inteireza da legalidade.

3. Calha, de toda a sorte, que não era obrigatória a inscrição matricial dos termos das Leis ns. 1.371/1982 e 1.880/1989, de Mogi Mirim, pois – ressalvada a hipótese de expressa imperação legal em contrário (p.ex., a que se refere à hipoteca legal: n. 2 do inc. I do art. 167 da Lei n. 6.015, de 31-12-1973) –, **a publicidade *ex lege* tem o mesmo efeito presuntivo (ou ficcional) da publicidade registrária**.

Sequer parece mesmo ser conveniente que o registro tenda à *praxis* de inscrever matéria objeto de publicidade *secundum legem*, salvo haja determinação legal em contrário. Já porque isto conspiraria contra as exigências econômicas de tempo, gastos, esforços e espaço na matrícula (da qual se reclama visualidade gráfica). Já porque seria inviável que, na quase infinda indicação de requisitos e condições expressas nas leis, o registro dificilmente seria integral. Já porque o excesso, na registração, é causa frequente de nulidade.

4. Por derradeiro, bem observou o r. voto de relação **não ser da competência do registrador** "questionar a constitucionalidade das leis municipais". Aliás, não lhe é da competência arguir inconstitucionalidade alguma de normas ou atos normativos.

Com efeito, no domínio administrativo, a recusa da observância de norma por **incompatibilidade vertical** é da **competência privativa do Chefe do Poder** (em nosso caso, do Presidente de nosso Tribunal de Justiça), com incontinenti adoção de medidas para que, em via jurisdicional, venha a declarar-se a inconstitucionalidade agitada.

No território administrativo – que inclui a jurisdição administrativa –, entender que todo e qualquer agente possa recusar, por aventada inconstitucionalidade, a observância da normativa, é admitir, no fim e ao cabo, o caos burocrático e a instauração da insegurança jurídica.

TERMOS EM QUE, nego 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 0015778-21.2012.8.26.0606, da Comarca de Suzano, em que é apelante DILMA DANTAS SOUZA, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE SUZANO.

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 59.544)**

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, 30 de setembro de 2016.

PEREIRA CALÇAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida – Desdobro – Desmembramento de lote de área urbana não subordinado ao registro especial da Lei nº 6.766/79 depende de prévia aprovação da municipalidade, nos termos do item 122.2, Capítulo XX, tomo II, das

Acesso ao Sumário

NSCGJ – Aprovação inexistente – Afronta, também, ao princípio da especialidade – Dúvida procedente – Recurso improvido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação tirado de r. sentença da MM. Juíza Corregedora Permanente do Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Suzano, que julgou procedente dúvida suscitada para o fim de manter a exigência de prévia autorização municipal para desdobro do lote adquirido pela recorrente, cuja descrição, ademais, diverge daquela havida na matrícula do imóvel.

A apelante afirma, em síntese, que pretende o registro da compra de apenas parte do lote matriculado sob nº 34.856. Sustenta haver autorização da municipalidade para o desdobro. Refuta violação ao princípio da especialidade. Requer a modificação da r. sentença, para que se tenha por improcedente a dúvida suscitada.

O Ministério Público opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Pretende a apelante o registro de escritura pública de compra e venda do lote de terreno descrito a fls. 11, v, identificado como sendo o de número "27-A". Todavia, como esclarecido pelo Sr. Oficial, não se procedeu ao desmembramento do lote originariamente identificado como "27".

Para tanto, seria de rigor prévia aprovação da Municipalidade. Com efeito, à luz do item 122.2, do Capítulo XX, do Tomo II, das NSCGJ:

> "Os desmembramentos de imóveis urbanos não subordinados ao registro especial da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, dependerão de prévia aprovação da Prefeitura Municipal. Nos rurais, atender-se-á a legislação especial do INCRA."

Oficiada, a Prefeitura Municipal de Suzano discorreu sobre o histórico do loteamento em pauta, acrescentando que a planta anexada a fls. 33, acostada pela recorrente, não está lá arquivada. Tampouco veio aos autos aprovação do desdobro indicado.

À míngua de explícito requisito legal, não se admite o registro do título, como sedimentado por este Egrégio Conselho Superior da Magistratura:

> "Registro de Imóveis – escritura de compra e venda – imóvel destacado de área maior ainda não especializado no registro de imóveis – ausência de prévia autorização municipal para o desmembramento de lotes – impossibilidade – afronta aos princípios da legalidade e especialidade – hipótese, ainda, de afronta aos princípios da disponibilidade e continuidade registral, ante a ausência do registro de escritura de compra e venda anterior – recurso não provido.

Acesso ao Sumário

O registrador exigiu, como condição do registro pretendido, a prévia regularização do desmembramento do lote, mediante a apresentação de planta aprovada pela Prefeitura Municipal, alvará e memorial descritivo (fl. 03).

A exigência está correta e amparada no princípio da legalidade, uma vez que a Lei nº 6.766/79 dispõe, em seu artigo 18, que o registro do projeto de loteamento ou de desmembramento deve ser precedido de necessária aprovação pela municipalidade.

O registro pretendido também encontra óbice no princípio da especialidade objetiva, nos termos do art. 176, § 1º, II, 3, b, art. 167, II, 4, art. 246, § 1º, e art. 213, II, todos da Lei nº 6.015/73, e item 122.2 das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça – NSCGJ, tomo II, cap. XX), uma vez que o imóvel descrito no título não encontra correspondência na matrícula." (APELAÇÃO CÍVEL: 9000004-02.2013.8.26.0462, Rel. Elliot Akel, DJ 1/8/2014)

Nem se olvide que a descrição do imóvel objeto do contrato cujo registro se busca (fls. 11, v) é distinta daquela existente na matrícula do bem (fls. 133), em flagrante violação ao princípio da especialidade objetiva, traçado pelo art. 176, 1º, II, 3, b, da Lei 6.015/73.

Desta feita, bem postada a recusa do Sr. Oficial, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

CYNTHIA THOMÉ (Juíza Diretora do Fórum Hely Lopes Meirelles)

Discurso proferido por ocasião da instalação do Posto do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania Central – Fazenda Pública, no Fórum Hely Lopes Meirelles (Cerimônia realizada em 27.10.2016).

Excelentíssimo Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascaretti na pessoa de quem cumprimento todos os presentes.

Senhoras e senhores.

O Tribunal de Justiça de São Paulo inaugura hoje o CENTRO JUDICIÁRIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA da Fazenda.

Para nós, Juízes da Fazenda Pública, do Juizado Especial da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho, que assistimos o aumento progressivo de ações, talvez seja com uma sensação de alívio que nos fazemos presentes.

E isso não poderia ocorrer sem a efetiva participação do **Des. José Roberto Neves Amorim** – Coordenador do NUPEMEC, que nos honra com a última inauguração em virtude de sua aposentadoria,

Des. José Carlos Ferreira Alves – Coordenador Adjunto do NUPEMEC

Dr. Ricardo Pereira Júnior – Juiz Coordenador do CEJUSC Central

Maria Cristina Coluna Fraguas Leal – Coordenadora Administrativa do NUPEMEC

Também não poderíamos deixar de agradecer

Os Docentes (Instrutores em certificação pelo CNJ):

1) **Cláudia Regina Chaves de Almeida Farabello** – funcionária do NUPEMEC

2) **Léia Sílvia de Moraes Ferreira Gomes** – Mediadora Judicial

Acesso ao Sumário

3) Sérgio Ricardo Keppler – Mediador Judicial

Constantemente nos deparamos com ações para as quais a melhor solução seria um diálogo que tivesse como grande objetivo a composição.

Contudo, via de regra, essa composição acabava enfrentando uma série de obstáculos criados pela Administração Pública.

Finalmente, podemos colocar na mesa de negociações a ideia de que a indisponibilidade do interesse público não constitui obstáculo a que se firmem acordos entre os entes envolvidos.

O fato é que todo direito indisponível não quer dizer fim do caminho, impossibilidade pétrea de ocorrer transação e solução negociada.

É sabido que a conciliação bem conduzida representa o melhor caminho porque reduz o número de conflitos, com a consequente redução do número de processos. Que melhor caminho pode haver para assegurar a paz social?

A análise das prerrogativas da Fazenda Pública, assim como toda a atividade estatal, deve servir como atalho para a solução dos conflitos e não como meio de impedir a eficaz prestação da atividade jurisdicional.

Não se deve pensar no processo como algo rígido, imutável e inflexível, mas como instrumento para consecução da paz social, princípio do Estado de Direito.

Os indivíduos avançam cada vez mais na luta pelos seus direitos, impulsionando a criação de novas políticas públicas que resultem em reformas administrativas e judiciárias adequadas ao novo desenho de nossa sociedade.

A inauguração deste CEJUSC, em particular, nos abre agora as portas para esse caminho. Além disso, em termos práticos, resolve o problema dos jurisdicionados e encerra o processo de forma célere.

Hoje, a Administração Pública se vê numa encruzilhada, feita pelo passado histórico e pela rota que se abre rumo ao futuro. Traz do passado a sua experiência e responsabilidade e precisa mover-se num presente que pede uma nova postura, para que mantenha seu norte em torno do interesse coletivo ao mesmo tempo em que atende o princípio constitucional da eficiência.

Não podemos nos enganar, contudo. Por mais que pareça óbvio o

caminho a seguir, sabemos que grandes dificuldades nos aguardam, do mesmo modo como ocorreu no Direito Privado, o qual, hoje, finalmente, ostenta alto índice de conciliações.

E a importância dessa busca já foi recomendada em várias ocasiões pelo ministro Ricardo Lewandowski, do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ao sustentar a necessidade de mudança da cultura do litígio para a cultura da pacificação.

Dessa forma, ao mesmo tempo em que atendemos os preceitos do novo Código de Processo Civil, humanizamos e ampliamos o alcance do bem-estar de nossa gente, tendo como norte o diálogo informado, orientado pela ideia do consenso.

Hoje, é bom registrar, a JUSTIÇA BRASILEIRA vem se constituindo num valor novo, fazendo renascer o sentimento de bem comum. Não é de se estranhar que isso ocorra num momento conturbado de nossa história, conturbado mas democrático, o que é em si um bom sinal.

Temos muito trabalho ainda pela frente mas o fato de colocarmos nosso melhor esforço na conciliação já nos garante que melhores dias estão a caminho. Vamos segui lo!

Muito obrigada a todos.

MATHEUS BARBOSA PANDINO (Juiz de Direito)

Discurso proferido por ocasião do Vitaliciamento dos magistrados aprovados no 184º Concurso para Ingresso na Magistratura (Solenidade realizada em 27.10.2016).

Acesso ao Sumário

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, DESEMBARGADOR PAULO DIMAS DE BELLIS MASCARETTI, EM CUJA PESSOA CUMPRIMENTO TODOS OS DESEMBARGADORES, JUÍZES, PROCURADORES, PROMOTORES, ADVOGADOS E DEMAIS AUTORIDADES

PRESENTES.

QUERIDOS AMIGOS E FAMILIARES.

CAROS COLEGAS.

Uma das maiores inquietações do ser humano consiste em descobrir o sentido da vida. Muitos filósofos, religiosos, conselheiros de profissão e do acaso já tentaram obter a resposta, mas jamais se chegou a um consenso a respeito.

Para não se perder no emaranhado de indagações que assaltam o espírito quando da reflexão sobre o mistério da vida, resta como alternativa guiar-se neste mundo por objetivos vários, os quais são sucessivamente substituídos por outros.

Alguns anos atrás, meus colegas e eu, embora não tivéssemos a resposta definitiva sobre a questão maior, definimos um objetivo claro em nossas vidas: tomar-se juiz de direito.

Essa escolha não foi fácil. Sabíamos das dificuldades que teríamos de enfrentar para conseguir ingressar no cargo.

Contudo, os percalços pareciam de somenos importância se comparados com a magnitude do propósito pelo qual havíamos escolhido lutar.

É conhecida a frase de Carnelutti: “Nenhum homem, se pensasse no que ocorre para julgar um outro homem, aceitaria ser juiz.”

O próprio jurista italiano, contudo, admite que a justiça dos homens depende de outro homem para aplicá-la.

Nós, independentemente da dificuldade ínsita às funções do cargo, estávamos dispostos a exercer a tarefa. E, há dois anos, ingressávamos neste palácio, arrebatados de emoção por ter atingido aquele objetivo que havíamos escolhido e com o qual sonháramos muito tempo antes.

Aliás, os sentimentos daquele dia ainda estão vivos dentro de cada um de nós e são constantemente experimentados sempre que nos lembramos do acerto de nossa escolha.

De fato, esses sentimentos afloram quando da leitura de uma sentença, após longa sessão do Tribunal do Júri; ou quando resolvemos um complexo processo de mais de 10 (dez) volumes; ou mesmo quando

conseguimos, em audiência, sacramentar um acordo capaz de pôr fim a um conflito familiar.

Embora estivéssemos, naquele dia 13 de outubro de 2014, finalmente preparados para começar a dar a cada um que batesse às portas do Judiciário o que a lei lhe conferisse de direito, a realidade mostrou-nos a dureza da lição socrática que remete à perene necessidade de autoaperfeiçoamento.

Foram 2 (dois) anos de profunda dedicação e de constante aprendizado. E a lição maior que extraímos desses anos, creio, foi a de que devemos sempre buscar nos dedicar e aprender mais e mais.

O nosso objetivo, a partir daquela data, tornara-se servir de instrumento de promoção da justiça.

E para promover a justiça e assegurar a estabilidade das relações sociais é que se estabelece a independência da magistratura.

A despeito da pressa do tempo e do desgaste das rotinas, quando confrontados com manifestações públicas inadequadas a respeito da Justiça, temos o dever de rememorar o sentido dos valores republicanos e de combater a propagação do entendimento distorcido sobre o Poder Judiciário.

É esse Poder a instituição responsável por tornar possível o equilíbrio político do país, por combater a corrupção e os desvios de conduta.

Apenas com juízes independentes é que se poderá ter a certeza de que vivemos realmente em um Estado Democrático de Direito.

A cerimônia de hoje traz o simbolismo do amadurecimento. Não por acaso, representa o momento no qual somos, enfim, investidos de todas as garantias da magistratura.

A vitaliciedade é a última das garantias que se alcança. Somente depois de ultrapassar 2 (dois) anos no exercício da judicatura, sem qualquer mácula capaz de pôr em dúvida a aptidão para o cargo, é que se obtém o título de juiz vitalício.

Hoje, renovamos a promessa de cumprir a Constituição e as leis, aproveitando para também revigorar os agradecimentos àqueles que nos acompanharam e ainda nos ombreiam nesta trajetória.

Em meio ao júbilo e ao esplendor desta cerimônia, que a nossa

memória jamais esquecerá, não há como deixar de reconhecer a coautoria da marca que hoje gravamos na história do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Realmente, seria muito mais difícil o percurso sem nossos pais, companheiros, irmãos, amigos e colegas. Pessoas cujo apoio serve de prenúncio de uma jornada mais serena.

Agradecemos também aos demais servidores do Tribunal, que desempenham sua função de maneira tão devotada. São eles o arrimo principal que carrega a nossa estrutura de Justiça.

Renovamos, ainda, os agradecimentos aos ilustríssimos membros da Banca Examinadora, responsáveis por um certame rígido e ao mesmo tempo transparente e justo. Serão sempre lembrados pela integridade e cortesia com que regeram, tal como maestros de uma sinfonia, a nossa seleção.

Senhoras e senhores, encaminhando-me para o final, porque ao menos a virtude da brevidade há de ter este discurso, não poderia deixar passar a oportunidade de expressar o orgulho de integrar o Tribunal de Justiça de São Paulo, o maior da Federação brasileira.

Apesar da restrição orçamentária, que é atualmente um problema generalizado que afeta todos os Estados da Federação, este Tribunal aparece com o distintivo de um dos mais produtivos do país, em recente estudo do Conselho Nacional de Justiça.

Esse selo de rendimento apenas retrata o esforço que todos fazemos para servir ao cidadão e garantir a eficácia da prestação jurisdicional. Não que entendamos ter chegado ao ponto culminante da eficiência. Sabemos que a busca pelo aprimoramento deve ser constante.

Serve essa marca, contudo, não só como reconhecimento, mas sobretudo como estímulo a buscar sempre a excelência em nosso trabalho.

E é essa busca incessante que, hoje, colocamos de público como também um dos nossos objetivos e como um ideal que teremos sempre como norte.

Muito obrigado!

Acesso ao Sumário

GUACY SIBILLE LEITE (Juiz de Direito)

Discurso proferido por ocasião da Instalação do 4º Posto do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) de Ribeirão Preto (Cerimônia realizada em 25.11.2016).

CUMPRIMENTAR AS AUTORIDADES PRESENTES

Senhoras e Senhores:

Cumpre-me com muita satisfação dizer poucas palavras neste ato solene de instalação do quarto posto do Cejusc de Ribeirão Preto.

Trata-se de mais um benefício social e jurídico, de grande importância, para esta cidade, desta feita em parceria com a querida Associação Comercial e Industrial, tão bem dirigida e presidida.

A partir desta inauguração, cria-se a possibilidade para todos, que possuem uma questão que não pode ser resolvida apenas entre as partes envolvidas, venham a conseguir a devida resolução, com força de sentença judicial, sem qualquer tipo de contraprestação, principalmente econômica.

Na realidade, de minha parte, considero uma das geniais estratégias para a pacificação social, posto que o percentual de acordos não cumpridos não chega a 1%.

De minha parte, e tenho certeza que falo também pelos excepcionais funcionários da ACI e do Cejusc, dos valorosos conciliadores que atuam sem qualquer remuneração, considero um privilégio atuar nesta área, apesar das muitas dificuldades, porque é muito bom exercer qualquer atividade pelo bem da humanidade, colaborando para o crescimento moral e social não apenas das pessoas envolvidas como de toda a comunidade.

Agradeço muito ao Egrégio Tribunal de Justiça, em especial ao Exmo. Sr. Presidente, Dr. Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, pela deferência na autorização de instalação deste Cejusc, bem como para parabeniza-lo pela excepcional gestão administrativa.

Assim como também faço questão de agradecer ao Desembargador

José Carlos Ferreira Alves, sempre disposto a ajudar e orientar nos caminhos do Nupemec e jurídicos de maneira geral, pessoa capacitada para as mais intrincadas dificuldades dos cargos que ocupa, porém sempre carismático e amigo e amigo em todas as horas.

Por fim, quero agradecer em especial ao amigo de muitos anos, idealizador deste projeto, e pessoa com a qual sempre me aconselho, Dr. Sebastião dos Reis Azevedo, pelo muito que auxiliou na vida, e em mais essa empreitada.

Relembro também, com carinho e saudade, os amigos Antônio Sérgio Reis de Azevedo e Cyrilo Luciano Gomes Júnior, nossos companheiros de jornada, que partiram mais cedo.

Encerrando, agradeço a Deus mais esta oportunidade de servir e que este empreendimento seja coroado de êxito e bênçãos a todos que dele necessitarem, e que saiam destas instalações melhor do que entraram, com a esperança renovada em dias melhores, bem como na elevação moral necessária de toda a humanidade.

Esta é nossa função.

Muito obrigado.

PAULO DIMAS DE BELLIS MASCARETTI (Presidente do Tribunal de Justiça)

Nota Pública proferida na Abertura da Sessão Plenária do Órgão Especial (Solenidade realizada em 30.11.2016).

Nós, infelizmente, estamos enfrentando algumas iniciativas legislativas e algumas iniciativas também através da mídia voltadas a enfraquecer o Poder Judiciário. Nesse aspecto, a ministra Cármen Lúcia fez uma manifestação. Um pronunciamento extremamente importante, que nós reproduzimos no nosso site. Também fizemos uma Nota Pública mostrando a preocupação e até mesmo a indignação da Magistratura bandeirante porque nós queremos que o Judiciário continue sendo forte e independente pra defender a cidadania. Porque nós não estamos preocupados, evidentemente, em defesa de prerrogativas, de privilégios

ou coisas desse tipo, que muitas vezes injustamente são mencionadas por pessoas que, com certeza, agem sem boa-fé.

Aqui, nós estamos preocupados em proteger a cidadania, e as garantias da Magistratura existem nesse sentido. O juiz tem que ser forte, independente, destemido, justamente pelo o que enfrenta: o poder político, o poder econômico, a criminalidade violenta no dia a dia. Nós temos juízes espalhados em todos os recantos do Estado, na trincheira, enfrentando as mais variadas pressões. E nós temos que prestigiar a Magistratura porque, como dissemos na nota que divulgamos, nossa Magistratura é produtiva, nossa Magistratura é respeitada, nossa Magistratura é destemida e algumas iniciativas realmente, inclusive no âmbito do Legislativo Federal, acabam causando constrangimentos, preocupação e, de alguma maneira, quebram a harmonia dos poderes, quebram o princípio da separação dos poderes.

Nós, acompanhando a ministra Cármen Lúcia, também estamos fazendo coro a essa indicação de que criminalizar a jurisdição é fulminar a democracia. Temos que trabalhar sempre com vistas ao interesse público e na nota mencionamos que devem cessar esses ataques voltados a enfraquecer e paralisar o Judiciário. Estamos imbuídos no espírito de que os poderes da República devem trabalhar em harmonia em prol de um país mais justo e democrático para todos os brasileiros.

Hoje mesmo, diante da aprovação de uma iniciativa legislativa na Câmara Federal durante a madrugada, uma situação que causa de alguma maneira espécie, a ministra Cármen Lúcia fez outra nota, que foi divulgada no site do Supremo Tribunal Federal, dizendo que a Presidência do Supremo reafirma o seu integral respeito ao princípio da separação dos poderes e não se pode deixar de lamentar que, em oportunidade de avanço legislativo para defesa da ética pública, inclua-se em proposta legislativa de iniciativa popular texto que pode contrariar a independência do Poder Judiciário.

Hoje os juízes já respondem pelos seus atos na forma do estatuto constitucional da Magistratura e na forma de tantos outros instrumentos legislativos que nós já temos. Existem até no próprio Código de Processo Civil outras situações em que os juízes são responsabilizados, evidentemente por eventuais desvios na função jurisdicional. E essa indicação da ministra é no sentido justamente de que a democracia depende de poderes fortes e independentes. O Poder Judiciário é o guarda da Constituição, garantidor da democracia e vem cumprindo o seu papel. E a ministra conclui que já se cassaram magistrados em tempos mais tristes. Pode-se agora tentar calar o juiz, mas isso, com certeza, nós temos absoluta convicção que não ocorrerá. Ninguém irá

calar o nosso Poder Judiciário.

Nós temos juízes no Brasil, juízes conscientes, juízes independentes e nós venceremos esses desafios. Esse momento em que se busca de alguma maneira fazer com que o Judiciário se enfraqueça, se desestabilize e deixe de cumprir sua missão constitucional. Mas tenho certeza que em todo o país, e principalmente no Estado de São Paulo, não vamos nos desviar do nosso objetivo. Vamos continuar combatendo a improbidade administrativa e a criminalidade violenta. Vamos continuar protegendo a infância e a juventude, a família. Vamos continuar lutando contra a degradação do meio ambiente. São tantas políticas importantes que o nosso Judiciário desenvolve. Só queria fazer esse registro na abertura da nossa sessão para mostrar que nós temos que estar unidos na defesa, não do juiz propriamente, mas na defesa da cidadania. Porque o juiz é o grande defensor dos direitos da cidadania.

ELAINE CRISTINA MONTEIRO CAVALCANTE (Juíza de Direito)

Discurso proferido nas atividades promovidas no Fórum Ministro Mário Guimarães da Campanha Nacional Justiça pela Paz em Casa e da Campanha Rompa o Silêncio, Você não está Sozinha, Somos Todas Maria da Penha (Evento realizado em 02.12.2016).

Boa tarde a todas e todos

Cumprimento a todas as entidades aqui presentes, a saber, o Centro de Defesa e Convivência da Mulher Francisca Franco, representada pela assistente social Maria Luciene M. Reis; Associação Fala Mulher, representada pela doutora Luciana Agrella, o Geledês Instituto da Mulher Negra representando pela Dra. Maria Sylvia A. Oliveira; O Centro de Apoio ao Trabalho e ao Empreendedorismo – CATE, representado pela Sra. Daniella Abreu de Oliveira e a Sra. Raquel Sampaio facilitadora da dança circular.

Cumprimento, igualmente, nossa equipe técnica composta pelas psicólogas Ana Maria, Mayra e Tânia e pelas assistentes sociais Maria de Fátima, Heloisa e Vânia.

Cumprimento calorosamente todas as mulheres que aqui compareceram para participar deste encontro, visto que são as destinatárias de nosso trabalho.

O trabalho que hoje será aqui desenvolvido integra 6ª edição da Campanha Nacional Justiça Pela Paz em Casa, lançada pela Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha, Presidente do Supremo Tribunal Federal e a Campanha Rompa o Silêncio, Você não está sozinha, Somos Todas Maria da Penha, lançada pela Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao ensejo dos Dez Anos da Lei Maria da Penha.

Este trabalho integra o Projeto 'De Mãos Dadas com a Rede', desenvolvido pela Vara do Foro Central da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher desde 2013, que tem como objetivo principal contribuir para que a mulher em situação de violência doméstica e familiar obtenha melhores condições de retomar sua vida, com vistas ao enfrentamento das dificuldades sofridas, e em consequência, ao rompimento do ciclo de violência na dinâmica familiar.

Este projeto contempla o fornecimento de suporte psicológico e assistencial para as vitimas de violência doméstica desde a fase de inquérito policial. Ale disso, visou a aproximação do Poder Judiciário da rede de serviços públicos oferecidos às mulheres em situação de violência, com o objetivo de ajudar as mulheres a olharem para si próprias e refletirem sobre os objetivos traçados para suas vidas.

As entidades que prestam assistência às mulheres vítimas de violência doméstica, que buscam promover o enfrentamento e o rompimento do ciclo de violência através de ações que visam a autonomia e a cidadania das mulheres, o resgate de sua autoestima, o apoio, o estímulo e o desenvolvimento de atividades de promoção humana, social, cultural e educacional na perspectiva de gênero, estão aqui presentes para explicar, de forma resumida, como desenvolvem suas atividades.

O Geledés Instituto da Mulher Negra também falará sobre o aplicativo Juntas, que vem auxiliando muitas mulheres em situação de violência.

O Centro de Apoio ao Trabalho e ao Empreendedorismo também fará uma breve exposição de seu trabalho, com a emissão de Carteiras e Trabalho da Previdência Social.

Isto vem de encontro ao grande objetivo proposto pela Ministra Carmem Lúcia por meio do projeto "Cabeça de Mulher", no sentido do fornecimento do suporte psicológico necessário à mulher vítima de

violência, para que ela possa superar e romper este perverso ciclo. Outro objetivo da Ministra Carmen Lúcia por meio do projeto "Começar de Novo 2" é justamente empoderar a mulher através da independência financeira que somente poderá ser conquistada com sua inserção no mercado de trabalho.

Ao final, a Raquel Sampaio fará a vivência da dança circular e faremos o sorteio dos brides.

Sejam, portanto, todas e todos muito benvindos. Então, desfrutem deste tempo e espaço que fui cuidadosamente e carinhosamente preparado para vocês.

Bem, este foi um trabalho realizado a muitas mãos e por isso se chama 'De mãos dadas'.

ADEMIR DE CARVALHO BENEDITO (Vice Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da Entronização do Busto de José Benedito Viana de Moraes (Solenidade realizada em 05.12.2016).

ENTRONIZAÇÃO DO BUSTO - DR. JOSÉ BENEDITO VIANA DE MORAES

Estamos aqui reunidos para a cerimônia de Entronização do busto do saudoso advogado José Benedito Viana de Moraes neste espaço quase centenário que é o Salão dos Passos Perdidos do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Merecida homenagem a um homem que dedicou a vida à advocacia, ao trabalho e a fazer o bem. Grande tribuno, exemplo de advogado, que, ao lado de sua notável capacidade intelectual, sempre se pautou pela ética no exercício da profissão.

José Benedito Viana de Moraes, que também assinava J. B. Viana de Moraes, nasceu em São Paulo, em 22 de fevereiro de 1916. Faleceu em 4.11.1998. Formou-se em Direito pela Faculdade de Direito do Largo de

São Francisco em 1938. Seu currículo é extenso. Exerceu a advocacia. Atuou na Justiça Militar como advogado e promotor. Representou o Governo do Estado de São Paulo junto à ONU. Foi membro do Conselho Penitenciário do Estado. Foi o primeiro Secretário Municipal de Defesa Social, em 1986. Nesse mesmo ano, idealizou e criou a Guarda Civil Metropolitana da Capital. Teve intensa vida acadêmica.

J. B. Viana de Moraes foi um jurista intenso. Além da advocacia, exerceu cargos relevantes no Instituto dos Advogados de São Paulo, na Ordem dos Advogados do Brasil/SP, colaborou com estudos e trabalhos para o aperfeiçoamento da legislação penal e de execução penal.

Exerceu também o magistério. Foi professor na Faculdade de Direito Mackenzie e proferiu aulas e conferências em inúmeras outras instituições de ensino jurídico, inclusive no exterior.

O reconhecimento público do Tribunal de Justiça ao Dr. Viana de Moraes não poderia ser externado em melhor momento. A entronização de seu busto no átrio do Palácio de Justiça demonstra à sociedade que, efetivamente, não se distribui, administra e realiza Justiça sem a participação dos advogados. J. B. Viana de Moraes foi um advogado combativo, que nunca se conformou com decisões que contrariassem os interesses e direitos de seus constituintes. Mas que sempre exerceu esse inconformismo com ética, com respeito, manejando os instrumentos jurídicos dentro do devido processo legal, e exclusivamente dentro do processo.

Nunca levou para fora do processo qualquer sentimento pessoal em relação a seus colegas adversários, ao Ministério Público, e, principalmente, aos Juízes.

Foi amigo da Magistratura, e sempre foi respeitado pelos magistrados.

A sua presença perene neste Palácio de Justiça é inspiração para todos nós que hoje aqui exercemos nossos ofícios, e será exemplo para as gerações futuras.

Acesso ao Sumário

TALES CASTELO BRANCO (Advogado)

Discurso proferido em nome dos ex-alunos da Faculdade Mackenzie, por ocasião da Entronização do Busto de José Benedito Viana de Moraes

(Solenidade realizada em 05.12.2016).

- DESEMBARGADOR ADEMIR DE CARVALHO BENEDITO

- DOUTORA MARIA CELESTE DE OLIVEIRA

- FAMILIARES DO MESTRE JB VIANA DE MORAES

- MINHAS SENHORAS E MEUS SENHORES

A VIDA DE JB VIANA DE MORAES FOI MAGNÍFICO EXEMPLO DE AMOR AO DIREITO PENAL, QUER POR SUA ACENDRADA DEDICAÇÃO À ADVOCACIA, QUER PELA SUA AMOROSA ABNEGAÇÃO AO MAGISTÉRIO, COMO SE TIVESSE NASCIDO COM A ALMA ADORNADA PELAS VESTES TALARES DA NOSSA PROFISSÃO.

ARDOROSO INIMIGO DAS INJUSTIÇAS, SUA PALAVRA MÁGICA DE ORADOR NATO E SUA PENA, JURÍDICA E ROMÂNTICA AO MESMO TEMPO, SEMPRE ESTIVERAM A SERVIÇO DA ADVOCACIA CRIMINAL, QUE, COMO POUCOS, SOUBE ENOBRECER COM SEU INVEJÁVEL TALENTO.

E, COMO SE NÃO BASTASSEM OS ARDOROSOS LITÍGIOS FORENSES, QUE TANTO SOUBE ABRILHANTAR COM O FULGOR DE SUA INTELIGÊNCIA, ENTREGOU-SE DE CORPO E ALMA AO MAGISTÉRIO SUPERIOR.

FOI ASSIM QUE O CONHECI, EM 1958, COMO SEU ALUNO DE DIREITO PENAL NA UNIVERSIDADE MACKENZIE, TORNANDO-ME SEU ADMIRADOR E AMIGO A VIDA INTEIRA.

AO TÉRMINO DO CURSO, FOI NOSSO PARANINFO E TIVE A HONRA DE SER O ORADOR DA TURMA.

COMO PROFESSOR, DESDE LOGO, JB VIANA DE MORAES SEDUZIU OS ALUNOS COM A ERUDIÇÃO DOS SEUS ENSINAMENTOS E, PRINCIPALMENTE, COM A TRANSMISSÃO CALOROSA DAS SUAS CONVICÇÕES E SENTIMENTOS.

NAS PRIMEIRAS AULAS, FALOU-NOS DE BECCARIA, DEIXANDO ENTREVER COM ENTUSIASMO SUA INCLINACÃO HUMANITÁRIA PELA DEFESA DOS DESERDADOS.

Acesso ao Sumário

MAS O SEU CORAÇÃO DOCEMENTE INSUBMISSO E A ALMA BRANDAMENTE REBELDE ERAM ALIMENTADOS PELA PROPOSIÇÃO REVOLUCIONÁRIA DAS IDEIAS METODOLOGICAMENTE PIONEIRAS.

FOI O PRIMEIRO MESTRE DE DIREITO PENAL A PROJETAR, DURANTE AS AULAS, "SLIDES" E FILMES COM ENREDOS CRIMINAIS PARA AÇODAR O ESPÍRITO CRÍTICO DE SEUS ALUNOS. OS DEBATES, MUITAS E MUITAS VEZEZ, PROSSEGUIAM NOITE AFORA EM CASAS NOTURNAS, SEMPRE COM O COMPROMISSO DE NÃO FALTARMOS PONTUALMENTE ÀS AULAS DO DIA SEGUINTE, QUE COMEÇAVAM ÀS 7H30.

E AGORA, NESTE MOMENTO SOLENE, SENTIMOS QUE NOSSO SAUDOSO MESTRE SAI DA NOSSA LEMBRANÇA PARA TRANSVIVER EM NOSSA COMPANHIA. EM MOMENTOS DE DÚVIDAS E INCERTEZAS É PARA CÁ QUE VIREMOS EM BUSCA DE CONSOLO E ACONSELHAMENTOS.

DE HOJE EM DIANTE, QUERIDO PROFESSOR E AMIGO JB VIANA DE MORAES, ESTAREMOS DAQUI DANDO CONTINUIDADE À NOSSA CARINHODA CONVIVÊNCIA QUE NUNCA PERECEU.

MARIA CELESTE DE OLIVEIRA (Advogada)

Discurso proferido por ocasião da Entronização do Busto de José Benedito Viana de Moraes (Solenidade realizada em 05.12.2016).

Acesso ao Sumário

ILUSTRES AUTORIDADES CIVIS E MILITARES

MEUS SENHORES E MINHAS SENHORAS/MEUS AMIGOS E MINHAS AMIGAS

QUERIDA FAMÍLIA VIANA DE MORAES!

Permitam-me, desde logo, lembrando o poema do saudoso e brilhante colega, **Nelson Koranski**, para quem, o **AGRADECIMENTO É INSTANTE, A GRATIDÃO É PERMANENTE**, que manifeste meu

pleito de profunda gratidão a todos que, de uma forma ou de outra, colaboraram para a realização desta justa solenidade, acalentada em meu peito por mais de 40 anos e sufocada por mais de 18: a este Egrégio Tribunal de Justiça, na pessoa do seu então douto **Presidente do biênio 2014/2015, o Des. Renato Nalini**, atual ilustre Secretário da Educação do Estado de São Paulo e aos **eminentes Desembargadores que compuseram o Colendo Órgão Especial** no referido biênio, pelo reconhecimento dos fecundos e incontáveis méritos do saudoso **Prof. Dr. José Benedito Viana de Moraes**, mais conhecido por **Dr. J.B.Viana de Moraes**, por ocasião de seu centenário de vida, para passar a figurar **na galeria das figuras homéricas neste respeitado Plenário do Júri**; ao meu **Colendo Sodalício, a ORDEM DOS ADVOGADOS - SEÇÃO SÃO PAULO**, na pessoa do seu Presidente, o douto e dedicado **Dr. Marcos da Costa**, pelo inexcedível apoio e patrocínio; e ainda ao ilustre **Membro Honorário Vitalício da OAB SEÇÃO São Paulo**, meu colega e particular amigo, **Dr. Luiz Flávio Borges D'urso** por ter de pronto, com entusiasmo , abraçado a idéia e me ajudado a tornar meu imorredouro sonho em uma feliz e inesquecível realidade. **JUSTIFICO**:

Quis a Divina Providência para alguns, e o destino para outros, que em fins de 1972, contando eu com 23 anos e iniciando o 4º ano na Faculdade de Direito da USP, do Largo de São Francisco, tivesse o privilégio de ser contatada, por telefone, **pelo próprio Dr.Viana de Moraes,** no escritório em que eu então estagiava, **do ilustre colega Dr. Wladimir Nóbrega de Almeida** que já se despontava como brilhante advogado na área de família, e isto após eu ter deixado a função de Secretária Executiva taquígrafa no Banco Comércio e Indústria de Minas Gerais , onde tive a honra de conhecer o **Dr. VIANA DE MORAES,** na qualidade de cliente VIP e reconhecido pelo Diretor e Gerentes como um dos mais famosos criminalistas e respeitado professor das **Universidades Mackenzie, ltú e São Carlos,** convidando-me para ser sua secretária-estenógrafa, pois a dele, de mais de 20 anos havia se demitido e que ele era pertipatético, só sabendo trabalhar, andando e ditando.

Eu, que pretendia ser advogada criminal, de imediato aceitei o convite tendo feito apenas uma ressalva: de que queria ser também estagiária. E ele concordou dizendo: tudo bem, pois irei ter **DUAS** pelo **SALÁRIO DE UMA,** só não estou certo de que você consiga realizar, a contento, as duas atividades. Em pouco tempo, essa sua dúvida foi plenamente esvaecida.

Foi o próprio Dr. Viana de Moraes quem me acompanhou por incontáveis vezes junto aos foros: cível e criminal, e Tribunais de Alçada,

Justiça e Federal, ensinando-me como consultar e estudar processos. Lembro-me bem dele até mesmo separando fichas e as colocando por ordem de andar, de cima para baixo, me dizendo que era para eu não perder tempo com espera de elevadores. Quanto orgulho eu sentia ao ver o quão ele era querido e respeitado, pois nos trajetos de idas e vindas ele era, com frequência, parado para ser saudado e cumprimentado, e a todos ele respondia com extrema simpatia e cavalheirismo, principalmente se se tratasse de **damas** (como dizia ele), **inclusive beijando-lhes as mãos**. E nos Cartórios, então!: os Diretores e funcionários prontamente o atendiam, a maioria deles liberando mesa e cadeira para ele consultar os processos com mais tranquilidade. Na sala das becas era tratado com imenso respeito e consideração pelos funcionários e, também não era diferente, na sala do lanche dos Desembargadores, àquele tempo apenas em reduzido número de 35, muitos deles seus colegas de turma, lembrando os saudosos e respeitados **Desembargadores Dalmo do Vale Nogueira e Heráclides Batalha de Camargo os quais, ao tempo da faculdade, juntamente, com os Profs. Drs. ANDRÉ FRANCO MONTORO, DARCY DE ARRUDA MIRANDA e JOSÉ MARTINS PINHEIRO NETO o apelidaram de J.B.**

Numa destas vindas a este **COLENDO TRIBUNAL DE JUSTIÇA** e a época, também, **FORO CRIMINAL,** quando então eu já havia ascendido ao cargo de sua assistente, **por volta dos meus 26 anos e dos 58 dele,** me trouxe para conhecer este **plenário do júri,** nas palavras dele, este **templo sagrado!** Aqui chegando, ele me disse, com visível e transbordante orgulho, respeito e quase **devoção mesmo,** que neste **templo** ele havia feito mais de **100 júris** e que iria me apresentar àqueles que, para ele, se constituíam em verdadeiros **monstros sagrados** e passou a descrever os dados biográficos de cada um dos bustos aqui existentes à época.

Eu, a cada busto, a cada descrição, mais me emocionava e mais admiração nutria por ele pela maneira respeitosa e pelo deslumbramento mesmo, como falava e como tão bem os conhecia e descrevia. Lembro-me que os que mais me marcaram foram: **O mostro sagrado,** o promotor Dr. **Nilton Silva,** com quem ele dissera que tivera muitos embates em júris e por quem ele sempre nutriu grande respeito, consideração e admiração e **o mostro sagrado Dr. José Adriano Marrey Junior,** criminalista notável, político destemido e mineiro de ltamarandiba, o que me encheu de orgulho, porque esta cidade é vizinha da minha, denominada Coluna;

Nunca mais esqueci e esquecerei este momento tremendamente marcante para mim, tendo sido mesmo invadida naquele instante por uma incontida emoção e admiração: pelo combativo advogado criminal,

Acesso ao Sumário

pelo querido professor e **orador sempre aplaudido de pé, por este Brasil afora, quer em discursos, palestras ou conferências,** já de há muito considerado pelos seus pares e toda família forense como sendo **o Uirapuru das Tribunas,** - aquele que quando discursava todos ficavam em tumular silêncio - e, além disso, pelo meu excepcional colega e mestre, por quem a cada dia mais aumentava a minha admiração: pela convivência diária e principalmente ao taquigrafar e datilografar seus jurídicos e romanceados arrazoados, pelo seu notável saber e pela sua invejável cultura jurídica, **que neste dia, neste preciso dia e momento, eu pensei:** mas, por óbvio, não falei: se **um dia, depender de mim, o senhor também vai ficar aqui!** Este silencioso sonho só se fortificou ao longo dos outros mais de 20 anos que tive o privilégio, **a honra de tê-lo como chefe, mestre, colega, amigo e, ao depois, como sócio-companheiro.**

Precisamente por isto, é que aceitei a nobre e honrosa missão de falar **em nome da família VIANA DE MORAES**: sobre o chefe de família, o ser humano, a criatura, o cidadão **VIANA DE MORAES**. Esta tarefa que em princípio parece ser fácil, tendo em vista sua rica história de vida, torna-se, bem por isso, muito difícil, dificílima mesmo, mas como ele me ensinou, tentei fazê-lo em uma apertada síntese, sem, contudo, prejudicar as suas inúmeras e marcantes facetas. Perdoem-me todos, e peço paciência se minha voz embargar e se me alongar um pouquinho mais:

JOSÉ BENEDITO VIANA DE MORAES nasceu em 22 de fevereiro de 1916, tendo, segundo ele, sua **mãe D. AMÉLIA ALVES VIANA,** que era professora, saído de uma mesa de pôquer para o seu parto, advindo daí seu gosto por um carteado. Também com muito orgulho dizia que era **paulistano quatrocentão,** tendo nascido pertinho da praça João Mendes, na Rua Rodrigo e Silva. Algum tempo depois, seus pais se mudaram para a Rua Aurora, perto da Praça da República e, em seguida, para a cidade de Araraquara, neste Estado, onde ele viveu, infância e adolescência, plena de felicidade, pois guardava ótimas recordações. **Seu pai, Sr. MANOEL BORGES MONTEIRO DE MORAES** funcionário estadual, **era marquês** e ele, além disso, **era tetraneto do Visconde de Itaúna.** Por isto dizia, com certa ironia e muita graça, que ele **um nobre, um sangue azul,** só não se incomodava em misturar com a plebe, com gente do povo, como eu, por exemplo, porque tinha espírito liberal e era muito condescendente!... Sendo caçula, e tendo duas irmãs mais velhas, as também saudosas **D. MARIA JOSÉ e D. MARIA CARMELITA** ele dizia, com incontida satisfação, que fora muito paparicado pelos pais e por elas. Também se dizia ter sido um filho e irmão amoroso, cuidadoso, dedicado, protetor, e de que não havia um só dia que ele não se lembrasse de seus amados

pais e sempre que se encontrava em uma difícil situação ou problema, procurava imaginar como eles o orientariam.

Cursou o primário e o liceu em **Araraquara** e o secundário no **Colégio Arquidiocesano da Capital,** onde **conheceu Jânio da Silva Quadros e** de quem foi amigo e companheiro, orientador e colaborador por toda vida. **Formou-se em 1938** em Ciências Jurídicas e Sociais pela USP (Faculdade de Direito do Largo de São Francisco) e cursou Sociologia até o último ano, também pela USP. **Aqui, uma curiosidade contada por ele**: que **Jânio fora reprovado no vestitular** tendo ele, em razão disto, o ajudado na elaboração dos resumos das matérias e estudado com ele. Com esta fraternal e dedicada colaboração, seu particular amigo **Jânio** ingressou na faculdade no ano seguinte. Foi contemporâneo do inesquecível constituinte Dr. **Ulisses Guimarães,** com quem dividiu um quarto numa pensão na Rua Tabatinguera e de quem também fora amigo por toda vida. Sempre que por lá passávamos, vindo ou indo, de e para a APAMAGIS - ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DE SÃO PAULO ele me mostrava a janela de um quarto de um sobrado amarelo que até hoje lá existe. Foi amigo na juventude da acadêmica, poetiza e romancista, **LYGIA FAGUNDES TELES,** o que lhe enchia de orgulho e constantemente elogiava sua beleza e inteligência, e sempre que eles se encontravam, recordavam, com saudades, os pares que formaram em diversos saraus.

Na Faculdade de Direito se destacou como orador e declamador, dizendo que seus colegas proclamavam: **não deixem o J.B. falar que ele conquista todas as moças!** E ele com orgulho e raro humor acrescentava: de fato, eu não sabia tocar violão, nem cantar, e nem era bonitão como meu colega **OTÁVIO GONZAGA JR.** (saudoso desembargador e Secretário da Segurança Pública do Estado de São Paulo) mas era bom mesmo não me deixarem falar porque a conquista era certa. **De fato, tempos depois, eu própria fui testemunha desse seu imbatível e irresistível dom.**

Foi inscrito na OAB/SP sob o nº 3.246 e montou seu primeiro escritório na Rua Libero Badaró, com um colega que infelizmente não recordo o nome. Casou-se aos 27 anos com **D. Wanda Coelho de Moraes,** irmã de um colega de turma, o também já saudoso Dr. **Vasco Alvim Coelho,** filho de fazendeiro, na casa de quem ele ia filar bóia de vez em quando, fugindo da tradicional sopa de pavesa, única que cabia no seu parco orçamento de fiscal da prefeitura e professor da língua portuguesa. A saudosa D. WANDA era educadora sanitária, profissão que abandonou para viver plenamente para a família. Amaram-se, se respeitaram e foram cúmplices ,na alegria e na tristeza, por mais de 40 anos, até que a morte os separou em 1987, com o lamentável e

Acesso ao Sumário

inesperado falecimento de D. Wanda.

O exemplar e generoso casal amou, educou e protegeu 4 filhos: **Antônio Manoel Viana de Moraes**, a quem o Dr. Viana carinhosamente chamava de Manecão "in memoria", **José Luiz Viana de Moraes**, do mesmo modo, chamado de Zecão, **Maria José Viana de Moraes Freitas Nobre**, de docinho e **Amélia Fernanda Viana de Moraes**, de D.Turca, e os seguintes netos: **Fernanda Viana de Moraes Jordan** "in memória", **Juliana, Lucas e Luciana Pascalli Viana de Moraes, Vitor Ugo Viana de Moraes Cazarotto, João e Caio Viana de Moraes Freitas Nobre e Wanda Viana de Moraes Libanês.**

Foi a bondosa **D. Wanda** quem pediu ao marido para adquirir de seu pai uma fazenda denominada União, localizada na cidade de Lins, neste Estado, já que seu pai e irmãos não tinham mais condições de tocá-la, **originando daí o gosto dele em ser fazendeiro**, chegando, ao longo da vida, ser proprietário de sete fazendas, as quais tocava pessoalmente, administrando-as com raro prazer, dedicação e competência, até porque **era um apaixonado pela natureza e pelos animais.** E isto sem prejuízo de continuar mantendo **uma das bancas mais invejáveis de advocacia** em seu escritório localizado na Rua Senador Feijó , 176, 2º andar, centro, por mais de 30 anos, muitos destes, juntamente com a ilustre sócia, a saudosa Professora e primeira mulher Ministra, Dra. ESTER DE FIGUEREDO FERRAZ, a qual só desfez a sociedade quando foi nomeada reitora da Universidade Mackenzie.

Ao depois, transferiu o escritório para o seu último endereço, Rua Boa Vista, 84, 6º andar, centro, onde permaneceu por mais de 20 anos. Ao tempo que com ele tive o privilégio de trabalhar, colaborar, assessorar e ser sua sócia, ao longo de mais de 26 anos, além de continuarmos a manter uma expressiva e respeitada banca de advocacia, posso afirmar que ele não se furtava em aceitar convites para escrever prefácios, e gratuitamente, com a maior satisfação e atenção, atendia **ex-alunos e colegas, principalmente os menos favorecidos ou inexperientes**, que o procuravam para uma orientação sobre um caso concreto ou sobre prerrogativas e ética. Não se furtava, também, em aceitar convites para fazer palestras ou conferências, júris simulados em faculdades ou na defesa de réus carentes na Capital, interior e até mesmo em outros Estados, e também para integrar comissões de estudos nomeadas pela **OAB/S. Paulo, OAB/FEDERAL, IASP, AASP, ou por autoridades Municipal, Estadual ou Federal** para dar, sua.._efetiva contribuição como professor, jurista, homem público e cidadão prestante de conduta ilibada e profissional de notável saber jurídico, exemplo de coragem, dedicação e ética.

Acesso ao Sumário

A este propósito, cabe salientar, que todas as vezes que ocupou funções públicas, e que não foram poucas, doou seus vencimentos ou para a **CAASP ou para a Caixa dos Presos**. Sentia-se orgulhoso em ter criado a **POLÍCIA FEDERAL**, ao tempo de Jânio Quadros Presidente e a **GUARDA CIVIL METROPOLITANA** quando este foi Prefeito. Orgulhava-se também de ter fechado o Instituto Correcional da Ilha Anchieta (por ele chamado de desumana pocilga) e ter criado o Instituto de Reeducação de Tremembé na Capital e os Institutos Penais Agrícolas de Bauru, ltapetininga e São José do Rio Preto, neste Estado.

O Dr. Viana de Moraes, ainda que a o mais das vezes, aparentasse ostentar um semblante grave e enérgico e ser de personalidade forte (inclusive pelo timbre vigoroso de sua voz) e, ainda, muito intransigente no trabalho e no exercício da advocacia, **era também**, muito bem humorado, alegre, brincalhão, gozador mesmo; até porque além de **CORINTIANO DE CARTEIRINHA, era apreciador de um bom vinho e de uma boa mesa**; filmes de ação e policial, de teatro, músicas de clássicas à populares, principalmente dos autores nacionais: Adoniran Barbosa, Noel Rosa, Ataulfo Alves, Lupicínio Rodrigues e de seu primo Vinicius de Moraes, (com quem era confundido em suas viagens no exterior, principalmente em Portugal e Itália) e de marchinhas de carnaval, mormente as mais antigas. **Se gabava de ser excelente pé de falsa**, pois fizera curso de dança e de boas maneiras com a então famosa, **Madame Poças Leitão**. Além disso era um aficionado por leitura, lendo, com frequência, além de livros técnicos, outros dois ao mesmo tempo, e por viagens nacionais e internacionais, muito embora tivesse pavor de andar de avião, apertando junto ao peito, durante todo o vôo, a medalha de sua protetora, **Nossa Senhora do Perpétuo Socorro.**

Trajava-se com bom gosto e elegância usando sempre lenço na lapela combinando com a gravata; e chapéu, com os cintos e sapatos e, às vezes, com bonitas capas e pesados sobretudos e se destacava pela maneira diferenciada, com longa cabeleira grisalha, sobrancelhas grossas e desalinhadas.

Tinha invulgar facilidade de fazer amigos e de os conservar, transformando-os todos: colegas (inclusive ex-adversos), **membros da família judiciária**, desde os cartorários até os Ministros dos Tribunais Superiores, **políticos de vereadores até Presidentes, policiais civis e militares, clientes, médicos, dentistas, vizinhos, colaboradores do escritório e auxiliares em geral**, inclusive das fazendas, em seus amigos íntimos, frequentadores de suas animadas e aconchegantes festas, agradáveis almoços e jantares, que, com freqüência, realizava em sua acolhedora e confortável mansão situada na Chácara Flora e **assim agia… para amenizar o inconveniente das grandes cidades**

,onde, segundo ele, os amigos não se encontram, eles se cruzam. Até hoje, muitos ainda se lembram, com saudades, destas memoráveis festas e inesquecíveis encontros! Ele não se cansava de repetir **que o seu maior patrimônio eram os amigos, as amizades que conquistou e soube preservar. Este fato se constata com a frequênci a desta solenidade, mesmo 18 anos após seu triste falecimento, ocorrido no dia 4 de novembro de 1998, no Hospital Sírio Libanês aos 83 anos de idade**, com divulgação pela mídia escrita e falada da Capital e do Interior, inclusive durante os Jornais Nacional e da Globo, e em diversos Periódicos e Revistas relacionados com o Direito e com a Advocacia.

Ainda que, com **profunda tristeza**, cabe aqui relembrar que, como reconhecimento pelos inúmeros e relevantes serviços por ele prestados à Cidade de São Paulo, ao Estado e ao Brasil, **seu corpo foi velado no saguão da Assembléia Legislativa com cortejo realizado pela Policia Federal e sepultamento pela Guarda Civil Metropolitana no Cemitério da Consolação e que foi aprovada pela Câmara Municipal de São Paulo uma rua em seu nome, localizada no bairro de Butantã.**

Em 2005, tive a satisfação de lançar na **Câmara dos Vereadores**, sobre a presidência do Vereador **Celso Jatene, um livro** em sua homenagem, para resgatar seus incontáveis feitos e suas obras, suas idéias e ideais tão além de seu tempo, denominado **POR SEUS AMIGOS, J.B. VIANA DE MORAES, PARA SEMPRE** prefaciado pelo então **Ministro da Justiça** e seu particular amigo o também já saudoso **Dr. MARCIO TOMAS BASTOS** e idealizado, organizado e apresentado por mim, onde Entidades de Classe, amigos de diversos segmentos sociais, por volta de 60, deram seus depoimentos sobre a extraordinária figura humana, sobre o invulgar cidadão que foi o saudoso Dr. VIANA DE MORAES, abrangendo a sua personalidade de uma forma mais ampla possível: do exemplar, dedicado e amoroso chefe de família, **do orador aclamado e reconhecido pela família judiciária como um dos últimos grandes,** do advogado combativo e imbatível, do incansável e competente fazendeiro, do dedicado orientador chefe e colega de escritório, do querido e respeitado professor, do amigo e colega de todas as horas.

Seguindo seus bons exemplos, também a renda deste livro foi doada para a CAASP e para a CASA ANDRÉ LUIZ, em Guarulhos. Dele constou dois magníficos discursos proferidos por ele, de improviso, mas taquigrafados por mim, na Câmara Municipal, na oportunidade em que recebera honrosos títulos de CIDADÃO PAULISTANO e ADVOGADO CRIMINALISTA DO ANO de 1987. **Para recordar, os que tiveram o privilégio de O ouvir, e para os que não O conheceram** ter uma

Acesso ao Sumário

idéia de sua eloquente e poética oratória, neste momento, com profunda emoção, passo a dar voz ao seu busto, trazendo à baila um inesquecível trecho de um desses literários, jurídicos, e ao mesmo tempo, líricos discursos:

Eu recebo este galardão. Aceito não como uma deferência pessoal, mas como uma homenagem ao próprio advogado criminal. E, nesse sentido, senhor presidente e meus colegas, que eu acredito que faço jus ao galardão, porque neste instante estou representando uma parte de minha classe, a parte mais sofrida, e hoje, lembro-me de uma imagem, que talvez seja a única capaz de manifestar minha gratidão : quando este salvador de vidas, Jatene, abriu o meu peito, rasgando-o, e para fora trouxe o meu coração, onde encontrou tumultuados problemas circulatórios, ele observou e viu, com a sua magnífica equipe, que existiam obstruções, que existiam problemas, mas o que Jatene não vi, o que os seus companheiros não viram, é que este coração estava repleto de amor, de amor a Deus, estava cheio de amor pela pátria, cheio de amor pela família, cheio de amor pelos amigos e cheio de amor pelos únicos bens que valem a pena viver: O DIREITO, A LIBERDADE E A JUSTIÇA!

Esta uma singela biografia deste grande homem, de privilegiada inteligência, de brilhante oratória, de bondoso coração e invulgar cidadão doador, **JOSÉ BENEDITO VIANA DE MORAES mais conhecido por J.B. VIANA DE MORAES.**

Finalizando, cabe agora agradecer pela realização desta emocionante solenidade, em nome da **FAMÍLIA VIANA DE MORAES** e **no meu próprio** ao Vice-Presidente deste Colendo Tribunal, **Des. ADEMIR DE CARVALHO BENEDITO, de quem tenho a honra de ser colega de turma**, ao PRESIDENTE DA OAB- SEÇÃO SÃO PAULO, **DR. MARCOS DA COSTA** aos meus QUERIDOS COLEGAS, **TALES CASTELO BRANCO** e **LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO** pelo reconhecimento dos méritos do imortal JOSÉ BENEDITO VIANA DE MORAES e pelas suas abalizadas e amáveis palavras, cada um em sua esfera de apreciação, **sobre o verdadeiro significado deste memorável evento, ao PRESIDENTE DA CAASP - CAIXA DE ASSISTENCIA AOS ADVOGADOS, DR. BRAZ MARTINS NETO** de quem também tenho honra de ser colega de turma, por ter autorizado esse magnífico CORAL para abrilhantar ainda mais este evento, nas palavras dele, **pelo merecimento e homenagem ao advogado que se imortalizou por sua história e valorização da advocacia, e aos demais dignos membros componentes da mesa, aos eminentes Desembargadores, Juízes e às autoridades civis e militares, aos meus pares, enfim a todos os participantes desta inesquecível solenidade, por suas carinhosas**

Acesso ao Sumário

presenças.

POR ÚLTIMO, peço licença a todos para me dirigir ao espírito do Dr. VIANA, que por certo está pairando sobre nossas cabeças, aqui representado pelo seu expressivo busto, para com o coração aos pulos, dizer a ele : MEU QUERIDO: CHEFE, COLEGA/AMIGO, MESTRE, SÓCIO/COMPANHEIRO, GURU ENFIM... MEU TUDO: A PARTIR DE HOJE, O SENHOR, VOCÊ, TAMBÉM É, E SERÁ PARA SEMPRE, UM "MONSTRO SAGRADO".

Tenho dito.

ÁLVARO AUGUSTO DOS PASSOS (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião da Posse de Silmar Fernandes no Cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça (Solenidade realizada em 12.12.2016).

Exmo. Sr. **Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo**, na pessoa de quem **peço vênia** para cumprimentar as demais autoridades presentes e já nominadas.

EXMO. Sr. Desembargador, hoje empossando, Silmar Fernandes e familiares

Senhoras e Senhores

A posse ao cargo mais elevado da magistratura paulista é sempre festejada com entusiasmo. Afinal, foram muitos anos de árduo trabalho até este momento.

O ritual de passagem que hoje celebramos coroa a carreira do magistrado **Silmar Fernandes**.

Nascido em **São Paulo** em 1962, formou-se em direito pela **Universidade Católica de Santos** em 1985. Já em **1988 ingressou na magistratura paulista**, quando foi nomeado juiz substituto da 44ª Circunscrição Judiciária, com sede em **Guarulhos**. A progressão na carreira o levou a **Cafelândia,** então 1ª entrância, **Carapicuíba** (2ª),

Santo André (3ª) e **São Paulo**. Em 2011 foi removido ao cargo de **Juiz Substituto em 2º grau** e, em 2013, eleito membro do **Tribunal Regional Eleitoral**, na classe juiz de direito.

Nosso homenageado desta tarde construiu, ao longo de 28 anos de carreira, sólida reputação como **magistrado**, **professor** e, sobretudo, **amigo**. Detentor de simpatia contagiante, afável no trato com todos, educado e sempre cordial, por onde passou deixou a lembrança de **ter bem servido à causa pública**.

Na magistratura, **Silmar Fernandes** exerceu vários outros cargos e funções, que comprovam sua competência e dedicação.

Diretor da **APAMAGIS**, **AMB** e **MAGISCRED**, em várias gestões, e **Assessor da presidência de Dir. Público e da Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo**, propiciaram-lhe alargar seus conhecimentos sobre o exercício da judicatura, em especial quanto a gestão e organização do Poder Judiciário.

Como **professor universitário, Silmar Fernandes** também de destaca. **Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo,** cursou, ainda, **Mestrado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**, sob a orientação dos Profs. Drs. Hermínio Marques Porto e Marco Antônio Marques da Silva; **Extensão Universitária em Direito Comunitário e Comparado, pela Universidade Autônoma de** Lisboa **e o** X Curso Normal de Formação e Ingresso na Magistratura, no Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, Portugal.

Tendo lecionado em várias Universidades paulistas, o empossando é atualmente **Professor Assistente de Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie** e **Professor Assistente dos Cursos de Pós- Graduação Escola Paulista da Magistratura**.

As qualidades do homenageado vão muito além do seu inegável sucesso profissional.

Amigo leal; pai exemplar; marido carinhoso, filho e genro dedicado.

Do casamento com **Gislaine**, a quem carinhosamente os amigos chamam de **GI,** nasceram os filhos **Larissa, Tatiana**, de quem tenho a honra de ser padrinho, e **Igor.** Juntos compõem uma **linda família**.

Silmar, meu amigo e compadre. **Parabéns por mais este degrau conquistado.**

Sabemos muito bem que a caminhada até aqui não foi fácil, e nem será daqui para frente, sobretudo nos novos tempos que se avizinham. Porém, deveremos conduzir nosso trabalho e nossas lutas com serenidade e obstinação. Nossa **legitimação** repousa na **certeza do dever cumprido**: **exercido com honestidade, de forma transparente e isonômica no trato daqueles que estão sob nossa jurisdição**. É nisto que se assenta a ideia **do justo**. Quebrar com tais paradigmas é realizar o injusto, o que deslegitima o magistrado e, por extensão, toda a magistratura**. É nosso dever preservar a confiança no Poder Judiciário, pois sem ele não há Estado Democrático de Direito que se sustente**.

Senhor Presidente encerro agradecendo pela **honra**, de há muito desejada, em saudar, em nome do **Tribunal de Justiça de São Paulo**, o **Desembargador Silmar Fernandes**, que com seu trabalho engrandecerá, ainda mais, esta Colenda Corte.

Muito Obrigado

SILMAR FERNANDES (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião de sua Posse no Cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça (Solenidade realizada em 12.12.2016).

Exmo. Sr. Desembargador Paulo Dimas Bellis Mascaretti, digníssimo Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Dr. Marcio França, Vice-Governador do Estado de São Paulo.

Deputado Estadual Fernando Capez, Presidente da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo.

Des. Ademir de Carvalho Benedito, Vice-Presidente do TJSP.

Des Manoel de Queiroz Pereira Calças, Corregedor Geral da Justiça

do Estado de São Paulo.

Des Renato de Salles Abreu Filho, Presidente da Sessão de Direito Criminal do TJSP.

Des Luiz Antonio de Godoy, Presidente da Sessão de Direito Privado do TJSP.

Des Mario Devienne Ferraz, Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo.

Des Carlos Eduardo Cauduro Padin, Vice-Presidente e Corregedor do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo.

Peço licença para, na pessoa de Vossas Excelências, cumprimentar a todas as dignas Autoridades presentes neste Plenário.

Saúdo os valorosos funcionários deste Egrégio Tribunal de Justiça, na pessoa dos servidores de meu gabinete, Claudia, Alessandra, Fernanda, Raphael, Beatriz e Marcia.

Saúdo os alunos e professores da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Saúdo meus irmãos Valmar e Silmara, minha sogra Evany, meus primos Fabio e Carolina.

Não posso deixar de elevar meu pensamento aos ausentes, embora saiba que a ausência é apenas física. A presença deles, a verdadeira presença, é constante, pois estão conosco em nosso cotidiano e em nossos sonhos. Estão conosco hoje, aqui, orgulhosos, com aquele orgulho puro, absoluto e incondicional, decorrente de todos aqueles que assumiram o mandamento da paternidade. Refiro-me ao meu falecido pai, Silvio Fernandes, de quem herdei as lições sobre honra e dignidade, e ao meu sogro Sérgio Wenke, de quem herdei a mais reluzente jóia do tesouro: minha querida esposa Gislene, a quem devo os melhores presentes desta vida, meus queridos filhos Larissa, Tatiana e Igor.

Quero também saudar a todos os meus amigos aqui presentes. No entanto, peço vênia para não nomeá-los nesta ocasião, pois a omissão de um deles seria para mim motivo de muito pesar, embora se mostre inevitável a eventual menção de um ou outro, por conta das lembranças que aqui serão resgatadas. Mas, como dito, por não poder citar a todos - sob pena de transformar este singelo discurso de gratidão em verdadeiro livro de memórias - peço, antecipadamente, escusas por inadvertido

Acesso ao Sumário

lapso ou omissão.

Senhor Presidente

Pensei em fazer um discurso de protesto, enérgico, enfático, decorrente da grave crise institucional que nos assola. Nunca antes, ao longo dos meus quase 29 anos de magistratura, havia presenciado tamanha orquestração contra o Poder Judiciário. Tudo porque um magistrado de Curitiba resolveu expedir mandados de prisão contra pessoas até então tidas como intocáveis, que corrompiam e se deixavam corromper sem nenhum pudor, como que tornando uma regra aquilo que deveria ser a mais absoluta, intolerável e inadmissível exceção.

Chegamos ao ponto de ver um projeto popular de combate à corrupção tornar-se instrumento de punição de juízes e membros do Ministério Público por abuso de autoridade, tanto que o próprio relator, Deputado Onix Lorenzoni, ao sair da sessão de votação ocorrida durante uma recente madrugada, não titubeou ao asseverar que "o parecer não era meu, era da sociedade brasileira que tinha depositado as suas esperanças na Câmara dos Deputados. Lamentavelmente, o que a gente viu aqui foi uma desconfiguração completa do relatório. Creio que a Câmara perdeu a chance de prestar um serviço ao Brasil. E, movidos por uma sede de vingança contra o MP e contra o Judiciário, acho que começaram uma crise institucional que deve se agravar nos próximos meses".

De imediato, em defesa da toga e expressando a perplexidade pelas medidas então anunciadas, a Ministra Carmem Lucia, Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, informou respeitar a separação dos poderes, mas enfatizou caber ao Poder Judiciário a garantia da democracia, culminando a nota oficial com a salutar e proverbial advertência de que "magistrados já foram cassados em tempos mais tristes e que se pode ate calar o juiz, mas não se conseguira calar a Justiça".

Estarrecido fiquei quando – na 3ª feira da semana passada – noticiou-se largamente que a ordem emanada de um Ministro do Supremo Tribunal Federal simplesmente não seria cumprida.

Ante esse quadro sombrio anunciado, vislumbrei no horizonte a chegada de ao menos um dos quatro cavaleiros do apocalipse, trazendo a Peste para o seio do Poder Judiciário, e isso me trouxe desalento e calafrios. No entanto, quando menos esperava, na quinta-feira passada, veio o alento. Ouvi o Senador Renan Calheiros, em entrevista, afirmar, com toda a certeza e a autoridade decorrente de seu elevado cargo, que "a decisão do Supremo fala por si só. Não dá para se comentar decisão

judicial. DECISÃO DO STF É PARA SE CUMPRIR".

Diante disso, dissipada a nuvem negra, senti-me aliviado e entendi que este não era o momento de discurso de protesto, crítico ou áspero, tal como havia projetado, mas sim de ALEGRIA, realização e, principalmente, gratidão.

Afinal, ao magistrado não cabe ser o cerne das atenções do homem, mas sim o condutor do nobre ofício que lhe foi atribuído pela Constituição, qual seja, a prestação jurisdicional. E, para tanto, deve o juiz, nas palavras de Sócrates, possuir 04 características essenciais: escutar com cortesia, responder sabiamente, ponderar com prudência e decidir imparcialmente.

Pensei, então, ao depois, em fazer um discurso carregado de emotividade, daqueles voltado a fazer verter lágrimas até dos mais sisudos presentes, com pedidos de mil desculpas aos meus filhos pelo tempo gasto debruçado em cima dos sem número de processos ao longo desses quase 29 anos, durante os finais de semana e férias, sem tempo remanescente para acompanha-los no crescer, florir, desabrochar, amadurecer, enfim... Mas cheguei a conclusão de que eles sabem muito bem tudo isso, assim como sabem todos os filhos, pais, irmãos e esposas daqueles que resolveram abraçar o nobre sacerdócio da magistratura. Fato esse notório, destacado por 09 de cada 10 desembargadores que já discursaram neste mesmo local. Então, por redundante, abandonei essa linha de raciocínio!!

Por isso, Sr. Presidente, resolvi falar sobre as alegrias que a VIDA me propiciou, aqui resumidas em 05 grandes SONHOS realizados.

O PRIMEIRO deles, desejo revelado ainda na adolescência, realizei em Março de 1988, ao ser aprovado no 154º Concurso de Ingresso na Magistratura. Tornei-me Juiz Substituto na Circunscrição Judiciária de Guarulhos, local em que encontrei grande acolhida e ajuda para a compreensão e desenvolvimento de tão nobre ofício. Tive dias felizes e outros, muito difíceis. Na dificuldade - não posso deixar de agradecer publicamente – encontrei os conselhos e o imprescindível apoio de um magistrado experiente, sereno, ponderado, equilibrado, que ao perceber um rapaz de 24 anos absolutamente perdido no dilema existencial conflitante entre todo o conhecimento jurídico adquirido que o levou a alcançar a 5ª colocação no concurso de ingresso, e as dificuldades de se colocar em pratica tais estudos e cabedal teórico, não hesitou em me tirar desse redemoinho, emprestando-me o imprescindível apoio emocional

Acesso ao Sumário

e ofertando-me o aprendizado no qual, ainda hoje, me espelho. Refiro-me ao Desembargador Waldir Sebastião de Nuevo Campos Jr., a época titular da 5ª Vara Criminal de Guarulhos.

A vida, então, mais uma vez, sorriu para mim, e acabei realizando meu SEGUNDO grande sonho.

Conheci a mulher da minha vida, Gislene Wenke Fernandes, que está comigo há mais de 19 anos, posto que o vigésimo ano de casamento será comemorado justamente na semana próxima, dia 19, a quem devo tudo que conquistei, pois nela encontrei amor, amizade e refúgio. Foi também ela quem, no exaurimento desse sonho, deu-me, conforme já dito ao inicio, os melhores presentes que sempre ambicionei, para os quais tento passar um pouco do que aprendi e, principalmente, incentivar e apoiar como fui incentivado e apoiado um dia. Refiro-me aos meus queridos filhos Larissa, estudante e estagiária de direito, vocacionada à Magistratura; Tatiana, concluinte do ensino médio e já declarada como vocacionada ao Ministério Público; e o meu pequeno Igor, ainda estudante do ensino fundamental, e por enquanto, profundo conhecedor e praticante das inúmeras e intrínsecas complexidades oriundas do Play Station 4 .

E talvez, nesta ânsia de repassar o aprendizado que tive e por entender que o conhecimento deve ser dividido, sempre admirei o magistério. Cada professor que tive foi, para mim, fonte de inspiração. Desde a oratória ao conteúdo, da didática ao trato com o aluno, eu observava tudo, sempre buscando bons exemplos, boas referências. Assim, fui entendendo a tão nobre arte de ensinar e, no ano de 2000 pude começar a desenvolvê-la, debutando no honroso ofício de professor universitário. Com o passar dos anos, adquiri experiência e aprendi, sobretudo, que ensinar é trocar, é oferecer conhecimento e receber conhecimento. Cada dúvida, cada colocação de um aluno, leva o professor a refletir, a se aprimorar, a crescer. E essa trajetória acadêmica foi coroada em 2011, quando realizei o TERCEIRO grande sonho: fui admitido como Professor Assistente de Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, sem dúvida uma das maiores faculdades do país. Nela ingressei após o devido procedimento admissional, sob a tutela e controle de um integrante da magistratura, sempre com o incondicional apoio e incentivo de outro integrante desta Egrégia Corte. Refiro-me, respectivamente, aos queridos Nuncio Theóphilo Neto e Roberto Mac Cracken.

E a vida, sempre generosa comigo, reservou-me, ainda, a concretização de outro desejo, de há muito perseguido em razão da afinidade com a matéria, materializando-se o meu QUARTO grande

sonho: fui eleito pelos meus pares e assumi, em 2013, a cadeira de Juiz Efetivo do Egrégio Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, atuando nas eleições majoritárias e proporcionais de 2014 e 2016, participando de 435 sessões de julgamento, com a prolação de mais de 3 mil decisões, e onde tive a oportunidade de aprender e contribuir com o processo democrático do Estado de maior economia e maior população do país. Nessa Augusta Corte, tive o privilégio de ser muito bem recebido e presidido por dois expoentes do judiciário paulista, pelos quais já devotava profundo respeito e admiração, notadamente o último, de quem sempre tive a honra de desfrutar de próxima amizade e convívio familiar. Refiro-me aos também queridos Antonio Carlos Mathias Coltro e Mario Devienne Ferraz.

Enfim, o QUINTO grande sonho se concretiza nesta tarde, começo de noite: eis-me aqui, tendo a honra de ser empossado no cargo de DESEMBARGADOR deste Egrégio Tribunal de Justiça, alcançando o degrau máximo da carreira que amo, respeito, amarei e sempre respeitarei, e, principalmente, de compartilhar tal alegria com vocês. Estou muito feliz com a nova missão e desejo desempenhá-la com sabedoria, retidão, prudência e, sobretudo, imparcialidade, procurando reduzir as injustiças e conferir mérito aqueles que o merecem, sobretudo, reprimindo, disciplinando e educando quem não o merece. Desejo usar as lentes da lei, porém, sem esquecer-me, jamais, que por trás de folhas de papel existem seres humanos, com histórias e sonhos, ou seja, existe vida.

OBRIGADO

Acesso ao Sumário