REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 19 – ANO 4

JANEIRO E FEVEREIRO DE 2017

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 32
c) Agravos Regimentais 99
d) Apelações 102
e) Embargos de Declaração 352
f) *Habeas Corpus* 370

Seção de Direito Público

a) Ações Rescisórias 375
b) Agravos de Instrumento 381
c) Agravos Internos 430
d) Apelações 432
e) Apelações/Reexames Necessários 522
f) Embargos de Declaração 556
g) Reexames Necessários 559

2- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos em Execução Penal 564
b) Apelações 570
c) *Habeas Corpus* 662
d) Mandados de Segurança 683
e) Recursos em Sentido Estrito 687
f) Revisões Criminais 691

3- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 712
b) Agravos Internos 742
c) Agravos Regimentais 746
d) Arguições de Inconstitucionalidade 780
e) Conflitos de Competência 811

4- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Agravos de Instrumento 842
b) Apelações 845
c) Conflitos de Competência 880
d) Conflitos de Jurisdição 890
e) Reexames Necessários 892

5- Conselho Superior da Magistratura 899

6- Noticiário 911

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 IV, n. 19, jan./fev. 2017 - São Paulo: Tribunal de Justiça do Estado, 2017.

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**

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 RODOLFO PELLIZARI**

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 — (SALA 622)

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**

10ª Câmara de Direito Privado (sala 612 — 3ª feira — 9:30 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 612/616)

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

14ª Câmara de Direito Privado (salas 612/616 — 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 504)

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
Desembargadora DANIELA IDA MENEGATTI MILANO**

9º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 509)

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 510)

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

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**

14º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALAS 621/623)

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**

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 — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 612)

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 (sala 612 — 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 — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 511)

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***
Desembargador TERCIO PIRES**

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
Desembargadora KENARIK BOUJIKIAN**
Desembargador CARLOS VIEIRA VON ADAMEK**

18º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 509)

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
Desembargador SÉRGIO LEITE ALFIERI FILHO**

36ª Câmara de Direito Privado (sala 601 — 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

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**
Desembargador CARLOS DIAS MOTTA**

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

Desembargador José ARALDO da Costa TELLES
Desembargador RICARDO José NEGRÃO Nogueira
Desembargador CARLOS ALBERTO GARBI
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 — (SALA 612)

4ª Câmara de Direito Público (sala 612 — 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 604)

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 609)

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 (sala 612 — 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 Roberto de SOUZA MEIRELLES
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 ANTONIO TADEU OTTONI
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 623 — 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 (sala 612 — 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 (sala 604 — 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 227/229 — 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 202/204)

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 504/506)

11ª Câmara de Direito Criminal (salas 504/506 — 4ª feira — 10:00 horas — PJ)

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

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

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

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 — TERÇA-FEIRA OU QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 218/220 OU 609)

15ª Câmara de Direito Criminal (sala 609 — 5ª feira — 13:30 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 — 13:30 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***
Desembargador OSNI ASSIS PEREIRA**

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)

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
Rodolfo Pellizari
Daniela Ida Menegatti Milano

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2241602-31.2015.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é autor RODOCASTRO TRANSPORTES LTDA., são réus MARIA ARACI PALAVERI DO VALLE, EDSON RODRIGUES DO VALLE e LUCIANA RODRIGUES DO VALLE SILVA.

ACORDAM, em Grupo Reservado de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram a petição inicial e extinguiram o processo, sem apreciação do mérito. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.880)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente sem voto), ENIO ZULIANI, TEIXEIRA LEITE, FRANCISCO LOUREIRO, CARLOS ALBERTO GARBI, CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA e FABIO TABOSA.

São Paulo, 14 de dezembro de 2016.

PEREIRA CALÇAS, Relator

Ementa: Ação rescisória. Sentença decretatória de falência. Questões deduzidas pela ora autora analisadas em acórdão. Ação rescisória não se presta à reapreciação da prova ou reparação de suposta injustiça da decisão. Não recolhimento das custas iniciais e não realização do depósito exigido pelo art. 488, II, do Código de Processo Civil de 1973, então em vigor (art. 968, II, do atual CPC). Indeferimento da petição inicial. Arts. 485, I e 968, § 3º, do CPC em vigor. Extinção do processo, sem resolução de mérito.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

1. Trata-se de ação rescisória ajuizada por **RODOCASTRO TRANSPORTES LTDA**. contra **MARIA ARACI PALAVERI DO VALLE,**

EDSON RODRIGUES DO VALLE e **LUCIANA RODRIGUES DO VALLE SILVA**, com fundamento no artigo 485, incisos VI, IX e V, do Código de Processo Civil, pretendendo rescindir acórdão transitado em julgado, que confirmou a sentença decretatória da falência da autora.

Sustenta estar o acórdão fundado em premissas equivocadas, consistentes na afirmação de que existe, na ação de reparação de danos que antecedeu o pedido de falência, uma decisão julgando a liquidação da sentença, e de que naquela ação a suplicante deixou fluir o prazo para impugnar a execução. Considera flagrante o erro de fato, pois a afirmação de que o débito foi apurado em liquidação de sentença é ideologicamente falsa. Acrescenta haver apenas planilha de cálculo elaborada unilateralmente pela parte interessada, os ora requeridos. Segundo afirma, a sentença condenatória limitou-se a traçar as diretrizes para apuração do *quantum* da condenação, que depende de elementos externos à sentença, como a demonstração do valor que a pessoa de quem os então autores eram dependentes auferia a título de remuneração, o momento em que os filhos atingiriam a maioridade, bem como a expectativa de vida do falecido, com o fim de estabelecer o limite temporal da obrigação de prestar alimentos à viúva. Apontam, ainda, violação de disposição literal de lei, pois o prazo para apresentar impugnação ao cumprimento de sentença, nos termos do art. 475-J e § 1º do Código de Processo Civil, somente começa a fluir com a intimação da penhora, o que, no caso, não ocorreu. Pede a concessão de tutela antecipada destinada a impedir que a decretação da falência produza efeito até o julgamento definitivo da ação rescisória ou, ao menos, para ordenar a sustação do processamento da falência. Requer o diferimento do pagamento das custas iniciais e do depósito judicial exigido pelo art. 488, II, do Código de Processo Civil. Requer a procedência da ação.

À fl. 470 indeferi o diferimento do recolhimento das custas iniciais e do depósito exigido pelo art. 488, II, do Código de Processo Civil. Na mesma oportunidade, indeferi a tutela antecipada requerida.

Relatados.

2. O processo será extinto, sem resolução de mérito, indeferindo-se a exordial.

Inicialmente, a análise dos autos revela que estava configurada a hipótese do art. 94, II, da Lei nº 11.101/05 para a decretação da quebra.

Ademais, a autora foi intimada para pagamento do débito em 2008 (fl. 34), nos termos do art. 475-J, do CPC de 1973, então em vigor, e não se manifestou, não questionou a liquidez do débito e não indicou bens passíveis de penhora.

Além disso, e principalmente, as questões deduzidas pela ora autora foram analisadas no acórdão de fls. 362/365, integrado pelo de fls. 370/371, e a ação rescisória não se presta à reapreciação da prova ou reparação de suposta

Acesso ao Sumário

injustiça da decisão.

Não bastassem tais motivos, suficientes, por si sós, para a extinção da ação sem julgamento do mérito, o pedido deduzido pela autora de diferimento do recolhimento das custas foi indeferido às fls. 470/471, por despacho disponibilizado no Diário de Justiça Eletrônico de 23.11.2015 (fl. 472). Na mesma oportunidade, determinou-se o recolhimento das custas iniciais e a realização do depósito exigido pelo art. 488, II, do Código de Processo Civil de 1973, então em vigor, sob pena de indeferimento da inicial.

Contra essa decisão foi interposto o Agravo Regimental nº 2241602-31.2015.8.26.0000/50000, que teve o provimento negado por este Grupo Reservado, por votação unânime, em sessão realizada em 27.4.2016.

Conforme mencionei no voto proferido naquela oportunidade, tratando-se a ação rescisória de hipótese diversa das taxativamente previstas na Lei Estadual nº 11.608/03, o caso era mesmo de indeferir o pedido de recolhimento diferido das custas iniciais.

O mesmo quanto ao depósito exigido pelo art. 488, II, do Código de Processo Civil de 1973 (art. 968, II, do atual CPC), que deve ser prévio ao ajuizamento e cuja guia comprobatória constitui documento indispensável à propositura da ação rescisória, sob pena de indeferimento da inicial, nos termos do art. 490, II, do CPC/73 e do art. 968, § 3º, do CPC em vigor.

Ressaltou-se, ainda, ser inadmissível a pretendida substituição do depósito do art. 488, II, do CPC/73 (art. 968, II, do atual CPC) por caução real, especialmente no caso dos autos, em que o bem oferecido nem sequer é de propriedade da agravante.

O acórdão foi disponibilizado no Diário de Justiça Eletrônico de 11.5.2016. A decisão tornou-se preclusa (fl. 501). Não obstante, a autora não cumpriu a determinação de realizar o recolhimento da taxa judiciária inicial e o depósito exigido pelo art. 488, II, do Código de Processo Civil de 1973 (art. 968, II, do atual CPC).

Será, pois, indeferida a petição inicial, com fundamento nos arts. 485, I e 968, § 3º, do CPC em vigor (arts. 267, I, e 490, I e II, do CPC/73). Condena-se a autora ao pagamento das custas processuais.

3. Isto posto, pelo meu voto, indefiro a petição inicial e extingo o processo, sem apreciação do mérito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2155001-

85.2016.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é autor MARCO ANTONIO LOPES ME, é réu CARREFOUR COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14º Grupo de Câmaras da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram a petição inicial e julgaram extinto o processo, sem resolução de mérito V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6254)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente sem voto), MOURÃO NETO, CESAR LACERDA, GILSON DELGADO MIRANDA, SERGIO ALFIERI, CAMPOS PETRONI E ANA CATARINA STRAUCH.

São Paulo, 22 de novembro de 2016.

CESAR LUIZ DE ALMEIDA, Relator

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA - LOCAÇÃO DE IMÓVEL - ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DA HIPÓTESE PREVISTA NO INCISO V DO ARTIGO 966 DO NCPC - ACÓRDÃO QUE MANTEVE A SENTENÇA DE EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO - AUTOR QUE RENUNCIOU AO CRÉDITO QUANDO EXPRESSAMENTE REQUEREU A EXTINÇÃO DO FEITO - AÇÃO RESCISÓRIA QUE NÃO SE PRESTA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL - INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL, COM EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

VOTO

Trata-se de ação rescisória ajuizada por MARCO ANTONIO LOPES ME contra CARREFOUR COMÉRCIO E INDÚTRIA LTDA., com lastro no disposto no artigo 966, inciso V, do Novo Código de Processo Civil, cujo objeto é a rescisão de Acórdão proferido pela 27ª Câmara de Direito Privado no julgamento da Apelação nº 0058485-28.2011.8.26.0577, que manteve a sentença de extinção da execução, com fundamento no artigo 794, inciso III, do Código de Processo Civil de 1973.

O autor sustenta que não renunciou tacitamente ao crédito e acreditou que a decisão de fls. 95/96 era uma sentença, por isso interpôs recurso de apelação. Alega que a renúncia deve ser interpretada restritivamente. Aduz que o Acórdão feriu os artigos 112, 113 e 114 do Código Civil. Afirma que as *astreintes* são

Acesso ao Sumário

devidas até o dia 27/05/2011, quando tomou posse efetiva do imóvel.

Recurso regularmente processado.

É o relatório.

Ab initio, deixo consignado que é o caso de indeferimento da petição inicial.

Com efeito, a ausência de subsunção da pretensão rescisória a qualquer das hipóteses legalmente previstas inviabiliza o desenvolvimento regular e válido do processo, ensejando, desde logo, a sua extinção sem resolução de mérito.

Ora, a ação rescisória, por ser excepcionalíssima, só se admite nas hipóteses taxativamente previstas em lei e quando a sentença ou acórdão violar literal disposição legal.

Nesse contexto, a violação da literal disposição de lei só se configura quando a interpretação adotada pelo julgamento rescindendo for absurda, aberrante ou teratológica, constatada *prima facie*, o que não ocorre no caso.

Compulsando os autos, verificam-se as fls. 201 que o próprio exequente se manifestou requerendo a extinção da execução, o que configura verdadeira renúncia expressa e voluntária ao seu crédito.

Dessa forma, era mesmo de rigor a extinção da ação, com fundamento no artigo 704, inciso III, do Código de Processo Civil, por renúncia ao crédito.

Assim, não há se falar em violação literal à dispositivo de lei quando, como no presente caso, não há afronta ao texto legal, mas, em verdade, a sua efetiva aplicação.

De igual forma, também não se constata erro de fato, que enseje a propositura desta ação rescisória. Ao tratar desse tema, Pontes de Miranda, observa que (Tratado da Ação Rescisória, Ed. Forense, 1976, pág. 342):

> **"Se a sentença se fundou em erro de fato, ligado a ato da causa ou a documento que nela se apresentou, há rescindibilidade. O Juiz pode ter sido levado ao erro devido à apreciação de algum documento, ou de qualquer ato praticado no processo, e não só ato de produção de prova. Tem-se de dar a 'ato' conceito largo, que abranja qualquer ato processual, ou mesmo extraprocessual, que se haja trazido ao processo. O § 1º frisa que há erro quando a sentença admite como existente fato que não ocorreu (não existiu), ou como inexistente o que ocorreu" sic**

Dessa forma, em que pesem as alegações do autor, em nenhuma dessas hipóteses é possível incluir sua irresignação, pois não ocorreu erro no exame do conjunto probatório, tampouco na apreciação dos atos do processo.

Por óbvio, o autor pretende instaurar uma nova discussão sobre matéria

Acesso ao Sumário

fática já apreciada e decidida com base na legislação pertinente, mas a ação rescisória não se presta como sucedâneo de recurso.

Nesse sentido, já decidiu este 14º Grupo de Câmaras da Seção de Direito Privado, a saber:

> **"AGRAVO REGIMENTAL. Ação rescisória de acórdão. Pleito com fundamento no inc. V do art. 485 do CPC. Violação a disposição literal que deve ser direta, e não deduzível a partir de interpretações possíveis. Rescisória que busca rediscutir o mérito do acórdão rescindendo. Inadequação da via eleita. Indeferimento da petição inicial e extinção do processo sem resolução do mérito que se impõe. Aplicação dos arts. 490, I, 295, III e 267, I e VI, todos do CPC. Inexistência de elementos hábeis no agravo interno para alteração da decisão monocrática. Recurso desprovido." (Agravo Regimental nº 2265110-06.2015.8.26.0000/50000 - 14º Grupo de Câmaras da Seção de Direito Privado - Relator Desembargador DIMAS RUBENS FONSECA - j. 08/03/2016 - v.u.) sic**

> **"AÇÃO RESCISÓRIA. Pretensão de rescisão de Acórdão proferido pela C. 27ª Câmara de Direito Privado. Autor que alega omissão quanto ao exame de documento essencial para o deslinde da causa. REJEIÇÃO. Suposto documento que fundamenta o pedido rescisório não juntado aos autos. Não configuração de nenhuma das hipóteses do artigo 485 do CPC de 1973. Ação Rescisória que não pode servir como medida de revisão do julgado pela parte descontente com o desfecho da causa anterior. Inépcia reconhecida. Não comprovação do requisito do artigo 488, II, do CPC de 1973. Indeferimento da petição inicial que se impõe, com a extinção do processo sem exame do mérito. Aplicação dos artigos 267, I, 295, I e III, e 490, I e II, todos do CPC de 1973" (Ação Rescisória nº 2130816-51.2014.8.26.0000 - 14º Grupo de Câmaras da Seção de Direito Privado - Relatora Desembargadora DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT - j. 31/05/2016 - v.u.) sic**

Assim, da simples análise da petição inicial e dos documentos que a instruíram conclui-se pela inexistência de qualquer dos requisitos para o ajuizamento da ação rescisória, constantes no artigo 966, do Novo Código de Processo Civil, impondo-se a extinção do processo sem resolução de mérito nos termos do artigo 485, inciso I, do mesmo diploma legal.

Ante o exposto, pelo meu voto, indefiro a petição inicial e julgo extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso I, do Novo Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2072207-07.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante L.A.S. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), é agravado J.A.S.D.

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 ao recurso. Por maioria de votos.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.319)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (Presidente), EGIDIO GIACOIA e VIVIANI NICOLAU.

São Paulo, 15 de dezembro de 2016.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. A situação de desemprego e informalidade não exime o devedor da obrigação de pagar alimentos. Eventual modificação de possibilidade deve ser aventada em sede de ação revisional, na qual se reequilibrarão os elementos do binômio alimentar. A escolha do procedimento cabe ao credor, não podendo ser alterada pela vontade do devedor e Juízo. Precedentes. Decisão reformada para prosseguimento da execução pelo rito do art. 733 do CPC (art. 528, do NCPC/15). AGRAVO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de **agravo de instrumento** tirado contra a r. decisão que, em sede de execução de alimentos (rito do artigo 733 do CPC/1973), acolheu, em parte, os embargos declaratórios opostos pelo agravado e, ao invés de rejeitar a justificativa apresentada para o inadimplemento da verba essencial (desemprego), determinou a realização de bloqueio de valores via BACENJUD, a inscrição do nome do recorrido nos órgãos de proteção ao crédito e, ainda, a penhora de veículos pelo sistema RENAJUD.

Pretende-se, por este recurso, a inversão do referido ato decisório, de modo que, rejeitada a tese do desemprego (como exoneratória do dever alimentar),

seja decretada a prisão do devedor de alimentos.

Contraminuta as fls. 51/56.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso (fls. 62/64).

É o relatório.

O agravante ingressou com ação de execução de alimentos, objetivando o adimplemento das prestações alimentícias vencidas e não pagas desde fevereiro de 2015, bem como daquelas que se vencessem no curso do processo, nos termos do artigo 733, do Código de Processo Civil de 1973 (incorporado ao artigo 528, §7º, do Novo CPC) e Súmula 309, do C. Superior Tribunal de Justiça.

O executado/agravado apresentou resposta, alegando, em suma, decorrer o não pagamento das prestações alimentícias de sua inesperada condição de desempregado, problemas de saúde, bem como argumentou eventual ação revisional de alimentos. Pugnou pelo parcelamento do débito.

Nos termos da Súmula 309 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: "*O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo*".

Na hipótese de modificação da capacidade contributiva, seja por prolongamento demasiado da ausência de emprego, ou por qualquer outra circunstância, cabe ao devedor de alimentos propor ação revisional, com vistas a restabelecer o binômio alimentar (art. 1.699, do Código Civil). Não o fazendo, o título executivo permanece hígido, logo, plenamente possível a cobrança por meio da via executiva, como fez o agravante.

A propósito, o entendimento desta C. Corte:

"Prisão civil - Processamento da execução nos moldes do art. 733 do CPC. Devedor que não justifica a impossibilidade de pagamento da verba alimentar. Mera alegação de desemprego não constitui óbice para o cumprimento da obrigação - Observância da Súmula nº 309 do STJ - Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada" (Habeas Corpus nº 0344134- 93.2010.8.26.0000, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, j. em 26/08/2010).

Ademais, anote-se que a situação de desemprego e ou informalidade não deve favorecer o alimentante em detrimento do menor.

Em caso análogo, o E. Superior Tribunal de Justiça já se manifestou:

"(...) *Para além da circunstância provocada pelo desemprego na vida propriamente dita daquele que presta os alimentos, propagam-se os reflexos incidentes diretamente sobre aquele que os recebe, ante a utilização em larga escala do emprego informal no mercado de trabalho; a denominada relação sem vínculo empregatício repercute diretamente na forma de comprovação da renda*

Acesso ao Sumário

do alimentante, que poderá, de diversas maneiras, esgueirar-se pelas beiradas da informalidade para eximir-se da obrigação alimentar, sob alegação de desemprego. Recurso especial provido, para anulação do processo, a partir da audiência em que homologado o acordo por sentença que reduziu os alimentos, considerado o princípio do melhor interesse da criança" (REsp 1058689/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/05/2009).

O agravado não demonstrou o pagamento do débito alimentar. Na espécie, não cabe a alegação de eventual desemprego e dificuldades financeiras para afastar a obrigação de pagar os alimentos, que devem ser analisados em ação própria (revisional).

O agravado alega que propôs ação revisional de alimentos (Proc. nº 1036801-67.2015.8.26.0002) com acordo homologado que reduziu os alimentos no valor correspondente a 23% do salário mínimo nacional.

Aliás, *in casu*, o próprio título executivo já previa o *quantum debeatur* em caso de desemprego (50% do salário mínimo para hipótese de não haver vínculo empregatício), sendo a execução proposta com base nesses valores.

Portanto, considerando que o executado/agravado não demonstrou o pagamento dos débitos, bem como ausente justificativa válida, o não pagamento importa pena de prisão rito do art. 733 do CPC.

Lado outro, como é sabido, a competência do Juiz da execução é restrita à eventual impossibilidade do pagamento do débito alimentar, não podendo alterar o valor da pensão, bem como a escolha do rito a ser imprimido na execução que fica à critério dos credores.

A execução foi proposta pelo rito do art. 733 do CPC, não houve manifestação do exequente ora agravante no sentido da conversão para o rito do 732 do Código de Processo Civil.

Esta Câmara, assim já decidiu:

"*Agravo Interno - Execução de alimentos - Escolha do rito - Opção do credor - CPC 612 e 615, I - Inteligência - Recurso improvido. Havendo mais de um meio possível para a satisfação da dívida alimentar, cabe a opção ao alimentando. Consoante o artigo 612 do Código de Processo Civil, 'realiza-se a execução no interesse do credor'. O artigo 615, inciso I do Código de Processo Civil, por seu turno, estabelece que incumbe ao credor 'indicar a espécie de execução que prefere, quando por mais de um modo pode ser efetuada.'*" (Agravo Interno nº 0004319-60.2013.8.26.0000/50000, Rel. **JESUS LOFRANO**, j. em 12.03.13).

"*Execução de alimentos. Prazo em dobro e intimação pessoal. Curador Especial nomeado pelo convênio entre Defensoria Pública e a Ordem dos Advogados do Brasil não tem prazo em dobro. Inverídico o argumento de*

Acesso ao Sumário

nulidade de citação por edital. Esgotados todos os meios para localização do executado. Precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Escolha do rito 733 ou 732 do Código de Processo Civil é opção do credor. Negado seguimento ao recurso (Art. 557 do CPC)" (Agravo de Instrumento nº 2014381-91.2014.8.26.0000, Rel. **BERETTA DA SILVEIRA**, j. 05.02.2014, confirmado pelo Agravo Regimental nº 2014381-91.2014.8.26.0000/50000, julgado pelo Colegiado em 25.02.14).

Ora, ajuizada a execução pelo artigo 733, não pode o magistrado determinar a penhora de ofício. Por outro lado, ajuizada a execução pelo artigo 732, não pode ser decretada a prisão.

Nesse sentido, julgado do Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. HABEAS CORPUS. AÇÃO DE EXECUÇÃO. CONVERSÃO DE OFÍCIO PARA O RITO DO ART. 733 DO CPC. Ao credor de prestação alimentícia cabe a opção do rito processual de execução. Optando o exequente pelo rito do artigo 732 do CPC, que não prevê restrição de liberdade do executado, é inadmissível a conversão de ofício para o rito mais gravoso. Ordem concedida." (HC 188.630/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/02/2011, DJe 11/02/2011).

Portanto, como o agravante não efetivou o pagamento integral de sua obrigação, inservível a considerar cumprido o importante dever de prestar alimentos, sendo cabível, na espécie, o decreto de prisão.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao agravo de instrumento, para determinar o prosseguimento da execução pelo rito previsto no artigo 733 do Código de Processo Civil.

DECLARAÇÃO DE VOTO PARCIALMENTE VENCIDO

(Voto nº 28906)

Sempre com a devida vênia, aparto-me pontualmente da douta maioria por considerar que o devedor encontra-se momentânea e de forma absoluta impossibilitado de efetuar o pagamento do débito alimentar.

Bem por isso, propunha o improvimento do recurso, muito especialmente para possibilitar ao devedor, minimamente, o cumprimento das obrigações atuais como convencionado pelas partes no acordo então firmado em ação revisional de alimentos.

Cuida-se de execução de alimentos, que se processa pelo rito do art. 733 do Código de Processo Civil de1973, com relação às parcelas de Fevereiro a Abril de 2015 e aquelas que se venceram no curso da ação.

As partes celebraram acordo no bojo da ação revisional de alimentos, em

Acesso ao Sumário

11/04/2016, oportunidade em que reduzido o valor da obrigação de 50% para 23% do salário mínimo nacional.

Consigno que em alguns casos, evidenciada a contumácia no cumprimento do dever por parte do devedor, cheguei a determinar a inscrição de seu nome no rol de inadimplentes do SERASA/SCPC. Contudo, na hipótese dos autos, não nos parece ser o caso de adoção da providência, uma vez que o devedor afirma que vinha cumprindo com suas obrigações, negando ser "devedor contumaz" (Vide fls. 52).

Concordo com a tese de que a escolha do rito da execução de alimentos compete ao credor, bem como e em princípio com as colocações do ilustre Relator no sentido de que não pode o magistrado determinar a penhora de ofício em execução pelo artigo 733.

No entanto, com a devida vênia, considerando as peculiaridades do caso, penso ser inviável por ora insistência do exequente na manutenção do decreto prisional.

Apesar do débito, em tese, não se enquadrar como pretérito, penso que o devedor demonstrou impossibilidade momentânea e absoluta de pagamento dos valores em atraso e aqui exigidos, pelo que inviável a prisão civil.

O agravado tem uma filha de 03 anos de idade havida de sua convivência em união estável. Encontra-se desempregado, vivendo de 'bicos' como ajudante de pedreiro.

Como colocado, o agravado demonstrou que celebrou recentemente (em 11/04/2016) acordo na ação revisional de alimentos, ficando convencionada a redução da verba alimentar então fixada em 50% para o equivalente a 23% do salário mínimo nacional. Esta circunstância, que contou com a anuência do alimentando, demonstra, por si só, a diminuição das possibilidades financeiras do alimentante.

Neste contexto, penso ser viável o acolhimento do judicioso parecer de lavra do douto Procurador de Justiça JOSÉ EDUARDO ISMAEL LUTTI, pelo improvimento do recurso - (fls. 62/64).

Assim, nos termos do art. 528, § 2º, do vigente Código de Processo Civil, entendo ser possível a suspensão temporária da exigibilidade dos valores em atraso, de molde a viabilizar, minimamente, a continuidade por parte do agravante do pagamento da pensão como convencionada no acordo firmado na ação revisional.

Ante o exposto, renovada vênia da d. maioria, pelo meu voto negava provimento ao recurso.

EGIDIO GIACOIA, Desembargador, 3º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2160918-85.2016.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que são agravantes S.M.S.A. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e G.L.S.A. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), é agravado E.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª 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 37.087)**

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

São Paulo, 10 de janeiro de 2017.

VITO GUGLIELMI, Relator

Ementa: ALIMENTOS. EXECUÇÃO. PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO PARA DESCONTO DE SEGURO-DESEMPREGO AO INSS. ADMISSIBILIDADE. INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. NECESSÁRIA, PORTANTO, A EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO PARA DESCONTO DA VERBA ALIMENTAR DIRETAMENTE DO SEGURO-DESEMPREGO AUFERIDO PELO RECORRIDO. BENEFÍCIO, ALIÁS, QUE SEQUER POSSUI NATUREZA INDENIZATÓRIA, MAS REMUNERATÓRIA PARA O SUSTENTO DO TRABALHADOR E DE SUA FAMÍLIA. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto em ação de execução de alimentos, contra decisão que indeferiu a expedição de ofício ao INSS para desconto do seguro-desemprego no valor referente à pensão alimentícia.

Os agravantes alegam que o agravado não vem cumprindo com sua obrigação, e que, ainda que em caráter temporário, o desconto do seguro-desemprego a que faz jus o agravado irá quitar o débito alimentar.

Recebido e processado este recurso (fls. 97/98), foi concedido efeito ativo

para determinar o envio de ofício para o INSS conforme requerido. O agravado não apresentou contrarrazões e não houve oposição à realização do julgamento virtual (fls. 105).

É o relatório.

2. Preliminarmente, consigno que dispenso a manifestação da Douta Procuradoria Geral de Justiça porque se trata de tema interlocutório, de caráter provisório, sem influência no mérito da demanda e que será reavaliado por ocasião da sentença e da apelação, quando o Ministério Público terá oportunidade para manifestação.

Agravo que busca o afastamento de decisão que indeferiu o pedido de expedição de ofício ao INSS para descontar a pensão alimentícia do seguro-desemprego do recorrido.

Em acordo celebrado em ação de alimentos, restou acertado que o requerido pagaria a título de alimentos o valor correspondente a 61% do salário mínimo nacional vigente à data do pagamento, mediante pagamento direito à genitora dos recorrentes (fls. 14/15).

Os recorrentes alegam que o recorrido vem realizando os pagamentos em valores inferiores ao acordado, diante do quê requereram fosse oficiado o INSS para que passe a descontar o valor da pensão alimentícia do seguro-desemprego percebido pelo recorrido, o que foi indeferido pelo Juízo, sob o fundamento de que o executado só iria receber o seguro-desemprego até dezembro de 2016, e que, portanto, não seria razoável expedir ofício para o desconto dos alimentos.

Razão assiste aos recorrentes, malgrado o entendimento adotado pelo Juízo.

Ora, o pleito dos agravantes nada mais pretende que dar exato cumprimento à sentença homologatória do acordo proferida na ação de alimentos, que já dispunha que os pagamentos deveriam ser feitos diretamente pera a genitora dos alimentados, mediante recibo.

E uma vez que o recorrido deixou de pagar integralmente o valor da pensão alimentícia, afigura-se correta a medida expedir ofício para desconto na fonte do seu seguro-desemprego. Este, como se sabe, *sequer é verba de natureza indenizatória* para resultar excluída da base de cálculo da pensão alimentícia; bem ao revés, é benefício de índole remuneratória pago ao trabalhador para sustento próprio **e de sua família** "*com a finalidade de prover assistência financeira temporária* (...) *em virtude de dispensa sem justa causa, ou por paralisação, total ou parcial, das atividades do empregador*" (artigo 25 do Decreto-lei n.º 2.284, de 10 de março de 1986).

Cabe lembrar, ademais, que o artigo 17 da Lei de Alimentos prevê como forma primordial de execução de sentença proferida em ação de alimentos o desconto em folha de pagamento, que deve ser feito sempre que possível.

Acesso ao Sumário

Como se tem decidido:

"Alimentos. Prestações vencidas. Desconto em folha. O artigo 17 da Lei 5.478/68 permite que as prestações alimentícias sejam cobradas mediante desconto em folha de pagamento do devedor, e esse modo pode ser usado tanto para o desconto das prestações vincendas como das vencidas, desde que em quantidade suportável pelo alimentante e recomendado para as hipóteses de dificuldade de executar-se o débito de outra maneira" (STJ - Resp. n. 254.047-SP - 4ª T - Rel. Min. Ruy Rosado - j. 03.08.00).

Daí que, determinado o desconto em folha às prestações vincendas, e evidenciada a ausência de pagamento voluntário por parte do alimentante, o que deu ensejo à presente execução, a determinação de expedição de ofício para o desconto da pensão alimentícia - perante a fonte pagadora ora vigente - era medida que se impunha.

De rigor, portanto, o provimento do recurso para confirmar o efeito ativo concedido liminarmente (fls. 97/98), que deferiu a expedição de ofício para desconto da verba alimentar diretamente do benefício auferido pelo recorrido.

3. Nestes termos, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2222248-83.2016.8.26.0000, da Comarca de Quatá, em que é agravante POSTAL SAÚDE - CAIXA DE ASSISTÊNCIA E SAÚDE DOS EMPREGADOS DOS CORREIOS, são agravados APARECIDA MARIA DA SILVA SAKATA (E POR SEUS FILHOS), N.H.S.S. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e G.S.S.S. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

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 10.990)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VITO GUGLIELMI (Presidente) e PAULO ALCIDES.

São Paulo, 27 de janeiro de 2017.

JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Plano de saúde - Titular falecido - Manutenção dos dependentes

Acesso ao Sumário

no contrato, mediante pagamento das respectivas mensalidades - Tutela de urgência - Presença dos requisitos do artigo 300 do Novo Código de Processo Civil - Decisão mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Postal Saúde - Caixa de Assistência e Saúde dos Empregados dos Correios contra decisão que, nos autos de ação de obrigação de fazer que lhe foi ajuizada por Aparecida Maria da Silva Sakata e outros, deferiu o pedido de tutela de urgência para determinar que a ré-agravante e a corré Unimed Centro Oeste Paulista Federação Intrafederativa das Cooperativas Médicas mantenham os autores-agravados no convênio médico na condição de beneficiários do titular falecido Carlos Massao Sakata, nas mesmas condições anteriormente ajustadas e mediante o pagamento das mensalidades pertinentes, sob pena de incidência de multa diária a ser fixada em momento oportuno, se necessário, sem prejuízo da aplicação de outras sanções caso se façam necessárias ao cumprimento da ordem judicial.

Alega a recorrente, em síntese, que a assistência à saúde oferecida a funcionários e dependentes da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT foi criada na modalidade de autogestão, para atender exigência prevista em Acordo Coletivo de Trabalho. Aduz que tal circunstância afasta a incidência tanto do Código de Defesa do Consumidor quanto da Lei nº 9.656/98. Assevera que os agravados não possuem direito de serem mantidos no plano, haja vista que eles receberam a devida cobertura pelo tempo previsto na cláusula contratual que dispõe sobre período de remissão. Assim, requer, liminarmente, a concessão de efeito suspensivo, e, ao final, a revogação da medida antecipatória deferida. Caso seja mantida a decisão, pugna pelo arbitramento de caução.

Dispensa-se a intimação para contraminuta.

É, sem síntese, o relatório.

Registre-se, inicialmente, que, no presente caso, possível se mostra o imediato julgamento do recurso pelo órgão Colegiado para apreciar a matéria ventilada e, assim, evitar a interposição do agravo interno ou regimental, invocando-se, para tanto, os princípios da celeridade e economia processuais.

E, nesse passo, o agravo não comporta acolhimento.

Antes de mais nada, cumpre afastar a tese da não incidência do Código de Defesa do Consumidor e da Lei nº 9.656/98 ao caso em exame.

O litígio envolve típica relação de consumo, ao contrário do que defende a agravante, pouco importando a natureza jurídica pela qual ela foi constituída: associação, montepio, cooperativa ou outra diversa.

Acesso ao Sumário

Definem-se os contratos de seguro saúde, ou plano de saúde, ou medicina pré-paga, como aqueles que envolvem *"a transferência onerosa e contratual de riscos futuros à saúde do consumidor e de seus dependentes, mediante a paga de um prêmio, que dá origem ao pagamento direto ou o reembolso dos gastos e serviços médico hospitalares"* (Cláudia Lima Marques, Planos Privados de Assistência à Saúde. Desnecessidade de opção do consumidor pelo novo sistema. Opção a depender da conveniência do consumidor. Abusividade de cláusula contratual que permite a resolução do contrato coletivo por escolha do fornecedor. RDC, v. 31, p. 134).

O critério determinante para o enquadramento da atividade empresarial às normas cogentes da Lei 9.656/98 é o da operação econômica, da natureza da atividade, que sempre consiste, com maior ou menor variação, em serviços remunerados de assistência à saúde, sendo irrelevante a questão da forma societária adotada, inclusive para efeito de incidência das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor.

É entendimento iterativo do Superior Tribunal de Justiça que "*a operadora de serviços de assistência à saúde que presta serviços remunerados à população tem sua atividade regida pelo Código de Defesa do Consumidor, pouco importando o nome e a natureza jurídica que adota*" (REsp 267.530/SP, Rel. Min Ruy Rosado de Aguiar Jr.).

Dessa forma, forçoso reconhecer a plena aplicabilidade do CDC e da Lei nº 9.656/98 ao caso vertente.

Quanto ao mérito, vislumbra-se a presença dos requisitos legais autorizadores da medida antecipatória.

O art. 300 do Código de Processo Civil de 2015 estabelece que "*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*".

Consta nos autos que o Sr. Carlos Massao Sakata, até a data de seu falecimento, ocorrido em 05.04.2016, foi beneficiário de plano de saúde coletivo oferecido pela agravante juntamente com a corré Unimed.

Os autores-agravados utilizaram-se do plano de saúde na qualidade de dependentes do falecido titular, sendo certo que, após o óbito deste último, pretendem manter-se no referido contrato, mediante o pagamento do valor integral da contribuição.

Feito este breve esclarecimento acerca dos fatos discutidos nesta ação, cumpre destacar que, no caso em apreço, deve-se levar em conta a regra insculpida no art. 30, § 3º da lei 9.656/98, que assim dispõe:

"*Art. 30. Ao consumidor que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício,*

Acesso ao Sumário

no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, é assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral. (...)

§ 3º Em caso de morte do titular, o direito de permanência é assegurado aos dependentes cobertos pelo plano ou seguro privado coletivo de assistência à saúde, nos termos do disposto neste artigo".

Como se vê, a lei é clara ao dispor que, no caso de plano de saúde coletivo decorrente de vínculo empregatício, os dependentes têm assegurado o direito de permanência no caso de morte de titular.

Portanto, com o falecimento do titular, os agravados, na qualidade de dependentes, podem permanecer vinculados ao contrato de plano de saúde coletivo firmado entre a agravante e a corré Unimed, desde que, por óbvio, assumam o pagamento integral da contraprestação devida.

Destaca-se, ademais, que a não manutenção do contrato de plano médico em favor dos recorridos poderia, em princípio, implicar em grave risco à sua saúde, circunstância que configura a possibilidade de dano imediato.

Portanto, a situação refletida nos autos recomenda a manutenção da decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Consigne-se, por fim, que não há que se falar em arbitramento de caução, haja vista que, caso ao final, por ocasião do julgamento de mérito do processo, se conclua que os agravados não têm razão, poderá a parte lesada forrar-se a eventual prejuízo por meio de ação de perdas e danos.

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

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2208068-62.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante JOSÉ FERNANDO DE LEMOS PONTES, é agravado NEUROCIRURGIÕES ASSOCIADOS DA ZONA LESTE S/C 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. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.077)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente) e JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2017.
PERCIVAL NOGUEIRA, Relator

Ementa: PENHORA ON LINE - DECISÃO QUE AFASTOU ARGUIÇÃO DE IMPENHORABILIDADE - Conta salário - Movimentação da conta corrente que aponta vários depósitos e transferências - Origem dos depósitos não comprovada - Possibilidade de bloqueio de valor encontrado ativo na conta corrente utilizada também para pagamento de remuneração, no que ultrapassa o necessário para prover o sustento do executado e assume contornos patrimoniais, pena de premiar-se o devedor que não se preocupa em adimplir obrigação certa - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por José Fernando de Lemos Pontes contra a r. decisão constante de fls. 60/61, que afastou arguição de impenhorabilidade e manteve o bloqueio judicial em conta corrente do executado.

Busca a reforma da decisão que considera proferida em contrário senso à lei. Para tanto, sustenta que o bloqueio recaiu sobre sua conta salário, atingindo remuneração destinada à sua subsistência, violando a proteção conferida ao salário do trabalhador no art. 833, IV, do CPC. Tem como inconsistente o fundamento da decisão na inexistência de depósito de salário exatamente no montante bloqueado, porquanto seria o valor resultante do pagamento da sua remuneração como profissional autônomo.

Pondera sobre a irrisoriedade do valor bloqueado à luz do montante executado, asseverando que não possui conta poupança ou aplicações financeiras, inexistindo acúmulo monetário sequer para formar patrimônio, uma vez que utiliza o salário para suprir suas necessidades. Aventa sobre a proteção conferida à conta poupança, quanto mais seria aplicável à conta-salário.

Invoca precedentes jurisprudenciais e insiste na defesa do caráter absoluto da impenhorabilidade dos salários quando não se cuidar de execução de alimentos, postulando a liberação do valor constrito.

Processado o recurso sem atribuição do efeito suspensivo. Oportunizada a manifestação acerca do julgamento virtual, não houve oposição.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Respeitado o inconformismo do agravante, merece prevalecer a r. decisão bem fundamentada em tese que possui respaldo jurisprudencial. Não obstante o equívoco em atrelar o valor à falta de depósito é fato que existem vários depósitos e transferências na conta corrente.

Conforme preleciona Araken de Assis[1], constituem-se princípios fundamentais da impenhorabilidade a tipicidade e a disponibilidade.

Por tipicidade entende-se a previsão expressa de exceção à regra da penhorabilidade vigente no ordenamento jurídico, aqui caracterizada pelo disposto no inciso IV do art. 833 do CPC. A disponibilidade, por seu turno, refere-se ao poder de dispor pelo executado.

O mencionado dispositivo legal prevê expressamente a impenhorabilidade de vencimentos e remunerações a título de salário, assim entendida toda a renda pessoal destinada à manutenção do devedor e sua família, com o objetivo precípuo de evitar o seu perecimento.

Contudo, noutro vértice, correto afirmar-se que os valores que ultrapassarem o necessário ao sustento familiar assume contornos patrimoniais. Nesse caso, a impenhorabilidade ficará restrita ao necessário e o excedente responderá pela dívida.

Como já se decidiu, atrelar toda movimentação bancária existente em conta corrente na qual é depositada o salário, mas que contenha movimentação bancária diversa, seria criar uma barreira de proteção ao executado, apta a prestigiar a desídia e o enriquecimento ilícito de muitos devedores que não se preocupam em adimplir a obrigação.

Não comprovada a origem dos depósitos, não subsiste a proteção conferida pela lei.

No mesmo sentido, confira-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO QUE DEFERIU PEDIDO DE DESBLOQUEIO DE CONTA POUPANÇA. Inconformismo da exequente. Alegação de impenhorabilidade, por se tratar de conta poupança e remuneração salarial. Impenhorabilidade relativa. No caso, verificou-se que os executados movimentam a conta como se corrente fosse e que, além de incomprovada, a alegada remuneração salarial é de altíssimo valor, de modo que não se justifica que aos executados seja permitido poupar e viver em elevadas condições enquanto não tomam qualquer providência para arcar com o valor devido à executada. Recurso provido. (Agravo de Instrumento nº 2123531-36.2016.8.26.0000, rel. Des. Piva Rodrigues; 9ª Câmara de Direito Privado; j. 13/10/2016).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE TÍTULO

1 *Manual da Execução*, 11. ed. rev., ampl. e atual. com a reforma processual 2006/2007, São Paulo, RT, 2007, p. 216.

Acesso ao Sumário

EXTRAJUDICIAL - BLOQUEIO DE VALOR ENCONTRADO EM CONTA BANCÁRIA DE TITULARIDADE DA AGRAVANTE - ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE - DESCABIMENTO - CARÁTER ALIMENTAR NÃO DEMONSTRADO - ausência de comprovação de que o valor recebido a título de pro labore tenha sido depositado na conta em que houve o bloqueio - ainda que houvesse tal comprovação, pelo fato de a constrição ter ocorrido 19 dias após a data indicada no comprovante de pagamento do pro labore, teria havido a perda do caráter alimentar - não incidência da proteção contida no art. 833, IV do CPC/2015 - decisão mantida - agravo desprovido. (Agravo de Instrumento nº 2135938-74.2016.8.26.0000, rel. Des. Castro Figliolia; 12ª Câmara de Direito Privado; j. 28/09/2016).

Portanto, pelo exposto, meu voto **nega provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2188134-21.2016.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é agravante VERDI EVENTOS LTDA., é agravado ALINE DE FARIA CARVALHO EVENTOS - ME (THE MIND).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.922)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS ALBERTO GARBI (Presidente sem voto), ALEXANDRE MARCONDES e RICARDO NEGRÃO.

São Paulo, 29 de novembro de 2016.

CLAUDIO GODOY, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de instrumento. Ação cominatória. Decisão que indeferiu tutela provisória, de abstenção à ré de uso dos termos "Holi Festival". Empresa requerida, constituída após a autora, que também explora o segmento de eventos, tendo realizado depósito, junto ao INPI, de registro de marca contendo a expressão "Holi". Impossibilidade, nesse juízo, de análise do alegado uso comum da expressão, argumento a contradizer o pedido de depósito da

própria requerida, nunca infirmado o registro da autora na sede própria. Agravante que pode buscar a tutela jurisdicional contra outras empresas que utilizam a expressão objeto de marca registrada de sua titularidade. Decisão reformada. Recurso provido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em ação cominatória, indeferiu tutela provisória requerida para impor à ré a abstenção do uso dos termos "*Holi Festival*" associados a eventos festivos, ao fundamento da ausência de potencial confusão ao público frequentadores dos espetáculos, que se reputaram de diversa feição, posto que ainda em cognição sumária.

Sustenta a autora, em sua irresignação, que as atividades são parelhas, com o uso, pela ré, de marca de sua titularidade, devidamente registrada. Afirma que vem explorando sua marca em eventos musicais com utilização de tintas não tóxicas pelos frequentadores. Salienta que foi constituída bem antes da ré que, mais recentemente, vem tentando inclusive registrar a marca "*Holi Parque Festival*". Assegura que, se a abstenção pode trazer prejuízo à ré, a si afeto prejuízo pela continuidade de usurpação de marca registrada. Requer efeito ativo.

Deferida a liminar, o recurso foi regularmente processado e respondido, com pedido de reconsideração (fls. 95/108). Juntados documentos pela agravada a fls. 128/161.

É o relatório.

Persistem, ao que se entende, as ponderações lançadas quando deferido o efeito ativo. Conforme lá se assentou:

"*A autora é empresa constituída em 2006. Em 2011, ainda antes da constituição da ré, alterou seu objeto social para explorar atividade relativa às artes, espetáculos e eventos (v. extrato da JUCESP, cf. fls. 31 e seg.). Obteve registro da marca nominativa 'Holi Festival de Cores', com a especificação de que atinente a eventos, projetos culturais e espetáculos (fls. 38). A classe do registro é a 41.*

A ré, de seu turno, foi constituída em 2014, também com atividade, conforme extrato juntado, de produção e promoção de eventos musicais (fls. 35/36). Consta por ora publicidade de um específico evento anunciado, aparentemente de conteúdo semelhante, inclusive envolvendo dispersão de cores. Porém, seja como for, colhe-se pedido de registro, que formulou, e ainda não se apreciou, da marca mista 'Holi Parque Festival', para apresentação e organização de espetáculos ao vivo, além da organização de festas (fls. 77). A classe é a mesma do registro da marca da autora (41).

Acesso ao Sumário

Neste cenário, a priori *justificável a tutela inibitória que se quer ver concedida. E que não difere, substancialmente, do que se postulou na origem. Apenas que lá se pretendeu medida direta de supressão do uso de nome de domínio e de sites identificados com a marca da autora. Mas o que, na essência, não constitui providência diversa do que impor à ré se abster destes ou outros usos que vulnerem a marca registrada da agravante.*

Apenas se ressalva o trâmite do pedido de registro já formulado pela ré, a ser apreciado pelo órgão próprio, assim pelo INPI."

No mais, sobrevindo a resposta da agravada, prematuro considerar a expressão "Holi" como sendo de uso comum, se afinal registrada e em sede própria nunca infirmado este registro. Ou seja, tendo havido o regular registro da marca "Holi Festival das Cores" pela autora no INPI (fls. 38), e inexistindo notícia de sua invalidação, ou sequer suspensão, administrativa ou judicial, não se afasta a presunção de legalidade e validade do registro.

Depois, parece contraditória a postura da agravada, de, por um lado, aduzir que a expressão "Holi" é de uso comum, indicando antes o tipo de evento do que, propriamente, os eventos específicos da autora, mas, por outro, depositar junto ao INPI pedido de registro da expressão "Holi Parque Festival" (processo n. 910915539 - fls. 77).

No mais, a despeito da possibilidade de ocorrência de outros eventos utilizando-se da expressão "Holi", isso não retira o direito da agravante de, se assim entender, pleitear a tutela jurisdicional também diante deles, pautando-se no registro que detém.

Além disso, inobstante a alegada ausência de semelhança entre os logotipos (fls. 102), parece que o uso da expressão "Holi", repita-se, registrada pela autora, pode ensejar a confusão. Nesse sentido, e sendo as atividades das partes ambas enquadradas na mesma classe 41 (fls. 38 e 77), havida coincidência entre elas que, *a priori*, justifica a concessão da liminar.

Tudo isso, veja-se, ainda mercê de cognição sumária, a aguardar o deslinde do feito, ora em fase postulatória, bem como o desenrolar do pedido de registro da agravada no INPI.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso, tornando definitiva a decisão de fls. 88/91.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº

Acesso ao Sumário

2185458-03.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante RAJ FRANCHISING LTDA., é agravado SERGIO DE OLIVEIRA JURGENSEN.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11626)**

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

São Paulo, 1º de dezembro de 2016.

FORTES BARBOSA, Relator

Ementa: Franquia - Cumprimento de sentença - Réu intimado pessoalmente e revel - Incidência do artigo 513, §2º, do CPC de 2015 - Intimação do devedor por carta com aviso de recebimento - Necessidade - Ausência de restrição legal - Decisão mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Cuida-se de recurso de agravo de instrumento tirado contra decisão emitida pelo r. Juízo de Direito da 21ª Vara Cível do Foro Central (Comarca da Capital), que, em sede de ação de rescisão contratual cumulada com cobrança, determinou a intimação do devedor, na forma do artigo 513, §2º, inciso II, do CPC de 2015 (fls.234 e 240).

O agravante alega ser devida a dispensa da intimação do agravado, tendo em vista que, apesar de devidamente citado, foi revel e não ostenta representação nos autos, de forma que os prazos devem ser contados a partir da publicação do ato processual, conforme determina o artigo 346 do CPC de 2015. Sustenta que a lei processual civil determina que os revéis sem representação processual serão considerados intimados dos atos processuais a partir da publicação no Diário Oficial, sem qualquer ressalva. Informa que o agravante foi pessoalmente citado e não apresentou defesa, o que resultou em confissão e revelia na fase de conhecimento. Explica que o inciso II do artigo 513 do CPC de 2015 se aplica apenas ao executado não revel, que no momento do cumprimento de sentença, não tem procurador nos autos e não, ao réu citado pessoalmente e revel, incidente o artigo 546 do CPC de 2015. Pretende a reforma, inclusive, com o deferimento de efeito suspensivo (fls.01/12).

Foi indeferido a concessão do efeito suspensivo (fls.244/247).

As partes não se opuseram ao julgamento virtual.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O agravante pretende a reforma da decisão agravada para se reconhecer a desnecessidade de intimação pessoal do agravado revel sem advogado nos autos, contra o qual corriam os prazos a partir da publicação das decisões no Diário Oficial, conforme dispõe o artigo 346 do CPC de 2015.

A decisão, entretanto, não merece reparo.

O artigo 513, §2º, inciso II, do CPC de 2015 exige que se o devedor não tiver advogado ou estiver sendo representado pela Defensoria Pública, a intimação para pagamento voluntário deve ser feita por carta, com aviso de recebimento; se, nos termos do inciso IV seguinte, porém, a partir de citação editalícia o devedor foi revel na fase de conhecimento, sua intimação há de ser feita por edital.

No caso concreto, o devedor foi citado pessoalmente; contudo, não apresentou defesa, o que implicou em sua revelia.

A incidência do dispositivo legal mencionado na decisão recorrida (artigo 513, §2º, inciso II do CPC de 2015), ao contrário do sustentado pelo agravante, é cabível, uma vez que o devedor foi citado e é revel. A ausência de intimação do devedor impossibilitaria o conhecimento e o cumprimento voluntário da obrigação.

Soma-se, ainda, que é o artigo 346 do CPC de 2015 contempla uma regra geral que não prevalece em face da regra especial estabelecida no artigo 513 do mesmo diploma legislativo, que diz respeito especificadamente ao cumprimento de sentença.

O legislador pretendeu, claramente, viabilizar e priorizar o cumprimento voluntário de uma condenação, superando e deixando para trás o entendimento decorrente da interpretação do antigo CPC de 1973 (nesta parte, modificado pela Lei 12.232/2005). Ninguém pode vir a Juízo e dar cumprimento voluntário a uma condenação sem saber que esta condenação existe, o que se soma ao fato de que a utilização de medidas constritivas e voltadas para o adimplemento forçado do crédito derivado de uma condenação não pode ser tida como uma primeira opção para o Estado Juiz. O texto legal vigente não faz qualquer limitação com relação àquele que foi citado pessoalmente e permanece revel, sem ser representado no processo, de maneira que o incido II do §2º do referido artigo 543 do CPC de 2015 precisa ser aplicado em toda amplitude.

Assim, nada há para ser alterado, mostrando-se correta a decisão agravada.

Nega-se, por isso, provimento ao agravo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2138902-40.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO RURAL S/A, é agravado ECOLÓGICA PAPÉIS LTDA. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25975)**

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

São Paulo, 30 de novembro de 2016.

TEIXEIRA LEITE, Relator

Ementa: RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Crédito incluído na classe dos quirografários. Cédula de crédito bancário garantida por cessão de direitos creditórios. Pretensão de exclusão da recuperação. Propriedade fiduciária que se constitui mediante o registro do título no Registro de Títulos e Documentos. Art. 1.361 §1° CC. Inexistência, no caso, de prova de registro anterior ao pedido de recuperação judicial. Súmula TJSP nº 60. Crédito, portanto, que se submete à recuperação. Hipótese que não se amolda à exclusão prevista no art. 49 §3º da LRF. Recurso desprovido.

VOTO

BANCO RURAL S/A - EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL agrava da decisão pela qual o d. Juízo, nos autos da impugnação de crédito que apresenta à falência de ECOLÓGICA PAPÉIS LTDA. e OUTRA, reconheceu a validade das garantias fiduciárias, mas não sua eficácia, entendendo que não são alcançados pela proteção do §3º do art. 49 da LRF e, por consequência, são submetidos aos efeitos da recuperação (fls. 54/66).

Inconformado, insiste na desnecessidade de registro dos contratos de cessão fiduciária, perante o Registro de Títulos e Documentos, para que a garantia fiduciária seja considerada constituída e oponível a terceiros. Segundo a agravante, "*a constituição da propriedade fiduciária, oriunda de cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis e de títulos de crédito, dá-se a partir da*

Acesso ao Sumário

própria contratação, afigurando-se, plenamente válida e eficaz entre as partes" (art. 66-B da Lei 4728/95). Assim, a decisão agravada deve ser reformada, para que seja reconhecida a eficácia da propriedade fiduciária, excluindo-se as CCBs 00091/0037/11, 00197/0037/11 e 00181/0037/11 dos efeitos da falência e determinando-se a reserva do valor de R$ 1.524.947,50.

Recurso processado no efeito devolutivo (fls. 211/212) e respondido pelo Administrador Judicial (fls. 214/220).

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do recurso (fls. 223/226).

É o relatório.

A Súmula nº 60 deste e. Tribunal de Justiça, prescreve que: "*a propriedade fiduciária constitui-se com o registro do instrumento no registro de títulos e documentos do domicílio do devedor.*"

A edição da Súmula nº 60 é consequência de inúmeros julgados que reconhecem a exclusão da recuperação judicial dos créditos garantidos por contrato de cessão de crédito, com amparo no art. 49 §3º da Lei 11.101/05, mas ***desde que regularmente registrados no Registro Público*** (*v.g.*, AI 0275617-02.2011, rel. Roberto Mac Cracken, j. 03/07/2012; AI 0089698-37.2011, rel. Ricardo Negrão, j. 24/01/2012; AI 0015171-80.2012, rel. Francisco Loureiro, j. 31/07/2012; AI 0294738-16.2011, rel. Pereira Calças, j. 03/07/2012).

Não é o que ocorre no caso dos autos, merecendo ser integralmente mantida a decisão agravada que, devemos ressaltar, está muito bem fundamentada.

Isso porque, o contrato de cessão fiduciária de créditos que garante a cédula de crédito bancário em questão não foi registrado no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ao arrepio da norma contida no art. 1.361 §1º do CC.

A esse respeito também, pedimos licença ao d. Desembargador Ricardo Negrão, para aproveitar os argumentos despendidos em precedente idêntico ao presente (AI 0089698-37.2011, j. 24/01/2012):

"*O recurso não merece provimento.*

O disposto no artigo 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005 deve ser aplicado em conjunto com o disposto no artigo 1.361, § 1º, do Código Civil, isto é, a cessão fiduciária de direitos de créditos que possuem a natureza jurídica de bens móveis (art. 83, III, Código Civil), disso decorrendo, à constituição da garantia real, o indispensável registro do contrato.

Se os efeitos na recuperação judicial impõem sujeição do credor cambiário às regras específicas aqui por ele desprezadas porque irradiados sobre a universalidade constituída pelos credores sujeitos ao regime especial, não há como entender que o Direito Cambial foi violado, mas, sim, ao contrário,

Acesso ao Sumário

respeitado em sua integralidade.

Não pode a agravante, na busca pela satisfação de seu crédito, ignorar alguns requisitos indispensáveis à liquidação e extinção da obrigação porque não desconhece o regime especial a que se submete o devedor. Nisto reside o atendimento pleno às regras do Direito Cambial e do Título III do livro 'Fatos Jurídicos' de nosso ordenamento civil.

Em sentido oposto ao raciocínio introduzido nas razões recursais, leia-se o Agravo de Instrumento de n. 0260333-85.2010.8.26.0000, de relatoria do Desembargador Boris Kauffmann, julgado em 19 de outubro de 2010:

[..]

Recuperação judicial. Crédito representado por cédula de crédito bancário garantida por cessão fiduciária dos direitos de crédito de títulos entregues para cobrança. Pretensão do credor de afastar seu crédito dos efeitos da recuperação judicial. Ausência de registro da garantia. Ineficácia da alienação perante os demais credores. Crédito que, dessa forma, sujeita-se aos efeitos da medida pretendida pela devedora.

Recurso conhecido, mas desprovido.

Não há como se afastar, portanto, da afirmação no sentido de que a validade e eficácia da Cédula de Crédito Bancário independe de registro, mas as garantias reais por ela constituídas ficam sujeitas, para valer contra terceiros, ao registro exigido pelo § 1º do art. 1.361 do Código Civil. É o que estabelece o art. 42 da Lei n° 10.931/2004.

Neste sentido confira-se:

Recuperação judicial - Despacho judicial que deferiu o desbloqueio de bens por parte do agravante, liberando-os para a agravada e recuperanda - Inadmissibilidade - Cédula de crédito bancário com contrato de constituição de alienação fiduciária em garantia (cessão fiduciária de direitos de crédito) - Os direitos de crédito são bens móveis para os efeitos legais (art. 83, III, do CC) e se incluem no § 3º do art. 49 da Lei 11.101/2005 - Propriedade fiduciária constituída com o registro do contrato - Aplicação do disposto no art. 49, §§ 3º e 5º, da Lei 11.101/2005 - Recurso interposto tempestivamente, ou seja, dentro do prazo legal, contado a partir do dia em que o agravante teve efetivamente vista dos autos - Agravo de instrumento conhecido e provido. (AI 994.08.020330-8, julg. 19/11/2009, v.u., rel. Romeu Ricupero).

Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Necessidade de registro do contrato para efetivação da garantia real. Não tendo sido registrado o contrato no Registro de Títulos e Documentos, não podem as cédulas de crédito bancário serem havidas como propriedade fiduciária perante os demais credores da recuperanda. Agravo desprovido. (AI 994.08.048233-0, julg. 30/06/2009, v.u., rel José Roberto Lino Machado).

Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Decisão que classificou

Acesso ao Sumário

como quirografário e sujeito aos efeitos da recuperação judicial crédito decorrente de contrato com garantia de cessão fiduciária não inscrito no Registro de Títulos e Documentos e determinou a devolução dos valores indevidamente retidos pelo banco-credor. Cédula de crédito bancário com contrato de constituição de alienação fiduciária em garantia (cessão fiduciária de direitos de crédito representado por duplicatas). Direitos de crédito (recebíveis) tem a natureza legal de bens móveis (art. 83, III, CC) e se incluem no § 3º do art. 49, da Lei n° 11.101/2005. Propriedade fiduciária que se constitui mediante o registro do título no Registro de Títulos e Documentos. Inteligência do art. 1.361, § 1º, do Código Civil. Contrato inscrito no Registro Público após o requerimento da recuperação judicial não constitui a cessão fiduciária e equivale à ausência do registro que implica inexistência da propriedade fiduciária. Créditos sujeitos aos efeitos da recuperação, por não se enquadrarem no art. 49, § 3º devem ser classificados como quirografários. Determinação de devolução dos valores indevidamente retidos pelo banco credor após a data do pedido de recuperação judicial mantida. Agravo improvido. (TJSP AI nº 0408832-11.2010.8.26.0000, Des. Pereira Calças, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, julgado em 12/04/2011) (o grifo não consta do original).

Agravo de Instrumento - Recuperação Judicial - Impugnação de crédito. Não tendo sido registrada a alienação fiduciária em garantia antes de distribuído o pedido de recuperação judicial, não pode ser arguida em detrimento dos demais credores e da recuperanda. Agravo desprovido. (TJSP AI nº 0037840-35.2009.8.26.0000, Des. Lino Machado, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, julgado em 30/06/2009)".

Assim, ao contrário do que pretende fazer crer o agravante, a crédito em questão submete-se aos efeitos da recuperação, já que para ser oponível a terceiros necessitava de registro, como ressaltado, não se amoldando, portanto, à hipótese de exclusão prevista pelo art. 49, §3º, da Lei 11.101/05.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2154130-55.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CLIO LIVRARIA COMERCIAL LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), é agravado EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - INFRAERO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto

Acesso ao Sumário

do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.711)**

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

São Paulo, 2 de dezembro de 2016.

CESAR CIAMPOLINI, Relator

Ementa: Ação de reintegração de posse de imóvel (bem público) explorado, por empresa em recuperação judicial, em decorrência de contrato de concessão. Juízo recuperacional que deferiu pedido liminar de reintegração, diante do término da vigência contratual. Agravo de instrumento da recuperanda. Competência do juízo da recuperação judicial para apreciar eventuais medidas que possam atingir o patrimônio social e os negócios jurídicos da sociedade em reestruturação. Contrato de concessão de uso de área cujo prazo de vigência encerrou-se no final de 2013. Notificação da concedente, ressaltando seu desinteresse na renovação da avença. Existência de diversos débitos, constituídos antes e depois da distribuição do pedido de recuperação judicial. Elementos que abonam a pretensão de reversão do bem à concedente. Decisão de primeiro grau mantida. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

VOTO

RELATÓRIO.

Ao despachar pela primeira vez nestes autos, indeferindo efeito suspensivo requerido pela agravante, sumariei a presente disputa:

"**Vistos, etc.**

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que, em ação de reintegração de posse movida por Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - Infraero contra Clio Livraria Comercial Ltda. (Livraria 'Laselva'), deferiu pedido liminar da agravada, determinando a desocupação de imóvel utilizado pela agravante, **verbis**:

'Vistos.

Trata-se de ação de reintegração de posse com pedido liminar c/c pedido de indenização movida por EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - INFRAERO em face de CLIO LIVRARIA COMERCIAL LTDA.

Acesso ao Sumário

Alega a parte autora que as partes celebraram Contrato de Concessão de Uso de Área nº 02.2008.023.0001 cujo objeto era a utilização da área localizada no piso térreo do Terminal de Passageiros do Aeroporto de Vitória-ES, 'destinada única e exclusivamente à exploração comercial de venda de jornais/revista/livros/papelaria/xerox', com prazo de vigência contratual ajustado entre 01/01/2008 e 31/12/2010, aditado até 31/12/2013. Aduz que a Requerida, apesar de notificada acerca da impossibilidade da renovação contratual, nega-se a desocupar a área.

Distribuído o processo originariamente perante a 3ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Espírito Santo, a liminar foi deferida (fls. 74/77).

Após, o d. Juízo da 3ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Espírito Santo acolheu a preliminar de incompetência do juízo arguida pela Requerida, eis que o competente é o Juízo que deferiu o processamento da Recuperação Judicial da Requerida.

Às fls. 339/343, a parte autora requereu, liminarmente, a reintegração de sua posse na área.

É o breve relatório.

Decido.

Pela análise do conjunto probatório acostado aos autos, restam verificados os requisitos legais para o regular deferimento do pedido liminar.

Em verdade, a vigência do Contrato de Concessão celebrado entre as partes findou-se sem que estas o renovassem nos termos da lei. Assim, há prova inequívoca da verossimilhança do esbulho possessório praticado pela ré, que, mesmo após as devidas notificações, não se retirou da área que lhe fora concedida, visto saber sobre o fim da vigência do contrato de concessão.

Há prova inequívoca do esbulho possessório praticado pela ré, que, mesmo após as devidas notificações enviadas pela autora, não se retirou da área que lhe fora concedida, visto saber sobre a intenção de rescisão contratual ante sua inadimplência.

Ante o exposto, e presentes os requisitos do artigo 561 do Código de Processo Civil, **DEFIRO** o pedido liminar de reintegração de posse formulado pela parte autora. Faço-o para determinar que a ré desocupe o imóvel situado no Aeroporto de Vitória-ES. Expeça-se carta precatória, **com urgência**.

Após, especifiquem as partes as provas que pretendem produzir, sob pena de preclusão.

Intime-se.' **(fls. 344/345 na numeração dos autos de origem; grifo e negrito do original)**.

A discussão trata de pedido de reintegração de posse de loja localizada no aeroporto de Vitória, no Espírito Santo, de propriedade da autarquia agravada.

Acesso ao Sumário

Argumenta a agravante, em síntese, que **(i)** não seria admissível a reintegração de posse diante da recuperação judicial em curso, uma vez que tal determinação contrariaria o princípio da preservação da empresa; **(ii)** a retirada liminar da posse não traria benefícios imediatos à agravada, o que indicaria ausência dos requisitos necessários para o deferimento da ordem; **(iii)** o esbulho possessório não teria sido suficientemente provado pela Infraero.

Requer efeito suspensivo e, ao final, o provimento do agravo.

É o relatório.

O contrato de concessão de uso de área, juntado a fls. 56/71, além de seu respectivo termo aditivo, apresentado a fls. 74/76, demonstra que o prazo de vigência encerrou-se em 31/12/13. A cláusula 2.1 do contrato original prevê possibilidade, a seu turno, de apenas uma renovação da concessão, por igual período.

A agravada, além disso, cuidou de notificar a agravante de seu advento (fl. 78), ocasião em que, também, apresentou relatório de débitos comerciais (fls. 85/88 e 334/338), mencionando que vários pagamentos entre outubro de 2013 e janeiro de 2014 não foram efetuados pela agravante e que, após o encerramento do contrato, a ré não teria oferecido qualquer contraprestação pela exploração da área concedida.

Existem, portanto, débitos posteriores ao início da recuperação judicial - o que significa, nos termos do art. 49 da Lei de Recuperações e Falências, que os créditos correspondentes não se sujeitam aos efeitos recuperacionais.

O término do contrato, sua impossibilidade de renovação e os indícios de mora da agravante no cumprimento de suas obrigações sugerem, ao menos em sede de análise perfunctória, ausência de **fumus boni iuris** na postulação da ré.

Em caso semelhante, envolvendo outra livraria 'Laselva', a douta 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, sob minha relatoria, decidiu pela admissibilidade da reintegração de posse de imóvel de propriedade da agravada:

'Concessão de uso de bem público. Contrato que não pode contrapor-se às exigências do serviço público (HELY LOPES MEIRELLES). Área em aeroporto. Fim do prazo da concessão. Possessória promovida pela concedente, Infraero, empresa pública. Concessionária sujeita ao regime de recuperação judicial. Competência do juízo universal e, consequentemente, neste Tribunal, das Câmaras Reservadas ao Direito Empresarial. Jurisprudência do STJ a abonar a pretensão de reversão do bem à concedente, mediante a propositura de ação de reintegração de posse. Decisão de primeiro grau mantida. Agravo de instrumento a que

Acesso ao Sumário

se nega provimento.' **(AI 2081826-58.2016.8.26.0000; grifei)**.

Posto isso, indefiro o efeito suspensivo.

À contraminuta.

Faculto aos interessados manifestação, no mesmo prazo da resposta recursal, de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos dos artigos 1º e 2º da Resolução 549/2011, do Órgão Especial deste Tribunal, publicada no DJe de 25 de agosto de 2011 e em vigor desde 26 de setembro de 2011.

Intimem-se." **(fls. 376/381; grifo, negrito e itálico do original).**

Contraminuta a fls. 383/386.

Certificada ausência de oposição ao julgamento virtual (fl. 387).

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO.

Entendo que a r. decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. MARCELO BARBOSA SACRAMONE deve ser mantida, nos termos autorizados pelo art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal.

Ao contrário do que argumenta a agravante, a consequência da recuperação judicial sobre a ação de reintegração de posse é que caberá ao juízo recuperacional apreciar eventuais medidas que podem atingir o patrimônio social e os negócios da sociedade em reestruturação.

Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em v. acórdão da lavra do ilustre Ministro HERMAN BENJAMIN:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. INFRAERO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA DA VARA ESPECIALIZADA.

1. Trata-se na origem de Ação de Reintegração de Posse movida pela Infraero contra a ora requerente em razão de atraso e falta de pagamento referente a área localizada no Aeroporto de Congonhas/SP objeto de concessão de uso. A ação foi proposta perante Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo. A liminar foi deferida; e o mandado de citação, expedido.

2. Há notícia de que, nesse ínterim, tenha-se deferido pedido de recuperação judicial. Tal fato foi comunicado nos autos da ação possessória e acompanhado de pedido de suspensão da Ação e recolhimento do mandado. O pedido, contudo, foi indeferido com base no entendimento de que a ação deve ser suspensa, mas não o cumprimento da liminar, porquanto o esbulho ocorreu antes do deferimento do pedido de recuperação judicial.

3. A vara especializada é competente para decidir acerca das medidas que venham a atingir o patrimônio ou negócios jurídicos de empresa em

Acesso ao Sumário

recuperação judicial. Precedentes do STJ que envolvem a Infraero.

4. Não há razão para cindir suspensão do processo e dos efeitos da liminar. À luz do princípio da preservação da empresa, convém permitir que o juízo especializado examine os efeitos decorrentes da demanda reintegratória para a manutenção da célula empresarial, inclusive aqueles derivados da liminar. Nesse momento, poder-se-á cotejar o momento do esbulho e eventual ilegitimidade do prolongamento do contrato. Tal exame deve levar em conta a prevalência do interesse público sobre o privado, bem como a ratio da recuperação judicial, que não é, nem se propõe a ser, instrumento de manutenção de ocupação ou uso ilícitos de bens do Estado.

5. Conflito de Competência conhecido para confirmar a liminar e declarar competente o Juízo da 1ª Vara de Falências e Recuperações judiciais da Comarca de São Paulo-SP." **(Conflito de Competência 123.092; grifei).**

Desse modo, o deferimento do pedido liminar de reintegração de posse pelo douto Juízo ***a quo*** afigura-se possível.

Por outro lado, o esbulho foi suficientemente demonstrado pela agravada - seja em razão do término do prazo contratual (fls. 56/71 e 74/76), da notificação enviada à agravante (fl. 78) ou dos inúmeros débitos em aberto acumulados pela recuperanda (fls. 85/88 e 334/338).

Aliás, como destacado no despacho inicial destes autos, há indícios de que parcela dos pagamentos em aberto é posterior ao pedido de recuperação judicial, excluindo, ao menos a princípio, tais débitos do concurso de credores.

Leiam-se os comentários de MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO a esse respeito:

"(...) No que diz respeito a aluguéis de imóveis, estão sujeitos à recuperação judicial apenas os aluguéis vencidos, pois os vincendos não podem ser considerados 'créditos existentes na data do pedido' e, portanto, são exigíveis em seu vencimento, sob pena de despejo por falta de pagamento." **(Lei de Recuperação de Empresas e Falência, 10ª ed., pág. 148)**.

Portanto, como dito, impositiva a manutenção da r. decisão agravada.

DISPOSITIVO.

Nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento

nº 2188172-33.2016.8.26.0000, da Comarca de Itapetininga, em que são agravantes NELSON SEMEONI e IVANETTI SEMEONI, é agravado AGRO INDUSTRIAL VISTA ALEGRE S/A.

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.793)**

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

São Paulo, 24 de novembro de 2016.

ROBERTO MAC CRACKEN, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - PRETENSÃO AO LEVANTAMENTO DA CAUÇÃO - POSSIBILIDADE - A caução do art. 300, § 1º do CPC não assegura o cumprimento da obrigação principal e sim a pretensão a haver perdas e danos decorrentes da execução da medida. Ou seja, a caução prevista art. 300, § 1º do Código de Processo Civil tem por finalidade prevenir a ocorrência de um dano. Na ocorrência deste dano, a caução servirá como ressarcimento deste evento danoso e não para garantir o cumprimento da obrigação principal ou as partes litigantes. Recurso não provido.

VOTO

Recurso de agravo de instrumento interposto por **Nelson Semeoni** e **Ivanetti Semeoni**, dirigido à r. decisão interlocutória copiada à **fl. 24**, proferida em denominada "*ação declaratória c.c. pedido de antecipação de tutela para sustação de protesto*" proposta por **Agro Industrial Vista Alegre S/A**, que deferiu o levantamento de caução, nos seguintes termos:

> *"... Considerando o trânsito em julgado (fl. 367), expeça-se mandado para levantamento da caução junto à matrícula do imóvel (fls. 252/265), devendo a requerente providenciar a sua impressão e registro....".*

Em suas razões recursais, insurgem-se os agravantes, em suma, pugnando pela reforma da r. decisão guerreada.

Alegam em seu favor: ***(i)*** trata-se de ação declaratória com pedido de tutela antecipada para sustação de protesto, julgada improcedente por ter a magistrada reconhecido a efetiva exigibilidade do débito, bem como o inadimplemento por parte da agravada; ***(ii)*** a agravada ofereceu, como caução, o imóvel objeto da

Acesso ao Sumário

matrícula n° 7605 do registro de imóveis de Itapetininga/SP, de propriedade de empresa coligada sua, Agrícola Almeida Ltda.; ***(iii)*** com a improcedência da ação declaratória, os agravantes ajuizaram execução de título extrajudicial - processo 1000421-20.2015.8.26.0269, relativa ao mesmo débito, pretendendo a penhora de referido imóvel, pedido indeferido na ação executiva; ***(iv)*** em fase de cumprimento de sentença desta ação declaratória, a agravada - sem ter adimplido o débito requereu o levantamento da caução, pedido deferido pelo juízo *a quo*.

Foi determinado o processamento do presente recurso de agravo de instrumento **(fl. 410)**.

Requisitadas, vieram aos autos as informações ao MM Juiz de Direito **(fl. 413)**, bem como contraminuta de **fls. 415/419**.

Do essencial, **é o relatório.**

Da análise dos presentes autos, se extrai que a ação principal proposta pela recorrida foi julgada improcedente, condenando a recorrida a pagar as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor dado à causa, devidamente atualizado.

Após o trânsito em julgado da r. sentença a recorrente deu início à fase de cumprimento de sentença.

Com a devida vênia, o recurso não merece provimento.

Verifica-se que o imóvel objeto da caução se refere a um depósito realizado nos autos da ação declaratória para resguardar a parte contrária de eventuais danos causados pela concessão da liminar, sem a oitiva da parte contrária.

Ou seja, a natureza jurídica da caução prevista no **art. 300, § 1º do Código de Processo Civil** é prevenir a ocorrência de um dano. Na ocorrência deste dano, a caução servirá como ressarcimento deste evento danoso.

Assim, a caução prestada nos termos do supramencionado artigo não se presta a garantir o cumprimento da obrigação principal, e, com o trânsito em julgado certificado e o pedido de levantamento de rigor o seu levantamento.

Acesso ao Sumário

A esse respeito, segundo a lição do Ilustre Professor Ovídio A. Baptista da Silva, *in* "Do Processo Cautelar", Editora Forense, Rio de Janeiro, 1996, 1ª edição, página 181, registrado que:

> *"(...) não se pode confundir garantia por perdas e danos com garantia de pagamento do título. A caução do art. 804 não assegura o cumprimento da obrigação principal e sim a pretensão a haver perdas e danos decorrentes da execução da medida e por esta pretensão haverá de balizar- se." (o grifo não consta do original).*

Ainda, nesse sentido, a obra "Código de Processo Civil Interpretado", Editora Atlas, São Paulo, 2008, 3ª edição, página 2.499, sob a Coordenação do Ilustre Professor Antonio Carlos Marcato, a respeito da caução, ensina que:

"Obviamente que a execução da medida cautelar pode causar danos

ao requerido. Com tem por base a plausibilidade do direito invocado, este talvez não exista ou se defina de modo diverso daquele indicado na exordial, impondo ao legislador responsabilidade objetiva ao requerente da providência pela reparação dos prejuízos eventualmente provocados (art. 811). A contracautela através da prestação de caução garante o juízo, materialmente dotando-o de recursos suficientes para uma eventual indenização ao requerido." (o grifo não consta do original).

Não obstante, de acordo com os ensinamentos dos Ilustres Professores Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini e Flávio Renato Correia de Almeida, *in* "Curso Avançado de Processo Civil", volume 3, Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição, página 79, é prestada a seguinte orientação:

"A caução, como se viu, tem em vista prevenir a ocorrência de um dano. Tendo lugar o dano, a caução deve desempenhar o papel de fonte do ressarcimento deste evento. Neste caso, fica a caução retida, e, havendo prejuízos a reparar, sobre ela se investirá, mediante execução." (o grifo não consta do original).

Por consequência, constata-se que a caução prestada nos autos da ação declaratória visa garantir o juízo de eventuais danos que forem causados e não as partes em litígio.

Nesse sentido, conforme julgado deste Egrégio Tribunal de Justiça, da Relatoria do Eminente e Culto Desembargador Doutor Cerqueira Leite, nos autos de Agravo de Instrumento nº 7.328.335-9, 12ª Câmara de Direito Privado, julgado em 04.03.09, com o brilhantismo que lhe é peculiar, solucionou a questão cujo voto, em parte transcrito, se traz à baila, bem retrata que:

"(...) Não é ocioso frisar que, nos termos da parte final do art. 804 sobredito, a caução não se presta à satisfação do crédito representado pelo título levado a protesto; presta- se ao ressarcimento dos danos que o requerido possa vir a sofrer. (...)" (o grifo não consta do original).

Portanto, com o devido respeito, a r. decisão recorrida deve ser mantida, negando-se provimento ao presente recurso para que seja autorizado o levantamento da caução pela recorrida.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso de agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2169925-04.2016.8.26.0000, da Comarca de Espírito Santo do Pinhal, em que é agravante MARIA ALICE DE CARVALHO PINTO VIDIGAL, é agravado COOPINHAL - COOPERATIVA DOS CAFEICULTORES DA REGIÃO DE PINHAL.

Acesso ao Sumário

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 33014)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUÍS FERNANDO LODI (Presidente) e MIGUEL PETRONI NETO.

São Paulo, 17 de janeiro de 2017.

SIMÕES DE VERGUEIRO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA R.DECISÃO PELA QUAL NÃO FOI ATRIBUÍDO EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO OPOSTOS PELA INCONFORMADA - ALEGAÇÃO DE INCORREÇÃO - PEDIDO DE REFORMA - CÉDULA DE PRODUTO RURAL - PEDIDO DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS - EFEITO CABÍVEL SOMENTE QUANDO RELEVANTES SEUS FUNDAMENTOS, SE DEMONSTRADO QUE O PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO POSSA CAUSAR A EXECUTADA DANO DE DIFÍCIL OU INCERTA REPARAÇÃO, E DESDE QUE A EXECUÇÃO JÁ ESTEJA SUFICIENTEMENTE GARANTIDA - INTELIGÊNCIA DO §1º, DO ART. 919, DO CPC/2015 - ALEGAÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO PELA EXEQUENTE, POSTO QUE NÃO COMPROVADO O EFETIVO PAGAMENTO CORRESPONDENTE A AQUISIÇÃO DA SAFRA DE CAFÉ DO ANO DE 2013/2014 - HIPÓTESE NÃO CARACTERIZADA - CÉDULA DE CRÉDITO RURAL QUE REPRESENTA PROMESSA DE PAGAMENTO MEDIANTE ENTREGA DE COISA FUTURA - ART.9º, DO DECRETO- LEI Nº 167/1967 - MANUTENÇÃO DA R. DECISÃO AGRAVADA - RECURSO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Tratam os autos de Agravo de Instrumento interposto por **MARIA ALICE DE CARVALHO PINTO VIDIGAL**, tirado contra R. Decisão

copiada a fls.344, proferida nos autos dos Embargos à Execução opostos contra **COOPERATIVA DOS CAFEICULTORES DA REGIÃO DE PINHAL**, pela qual não se atribuiu efeito suspensivo aos Embargos.

Dizendo incorretos os termos da R. Decisão como proferida, sustenta a recorrente que o prosseguimento da Execução lhe trará lesão de difícil ou incerta reparação, posto que direcionada a recuperação de quantia representada por Cédula de Crédito Rural tida como inexigível, posto que não promovido o efetivo pagamento da quantia correspondente à aquisição da safra de café do ano de 2013/2014, discussão esta que, segundo alega, se mostra absolutamente relevante para que se promova a efetiva suspensão do feito executivo, razão pela qual pediu pelo acolhimento de seus reclamos, com a consequente reforma da R. Decisão proferida.

Denegado o efeito buscado, e dispensadas informações (fls.349), a cooperativa agravada, conforme dá conta a fls.352/363, apresentou contraminuta, vindo então os autos a este Relator, de sorte a se promover a reapreciação da matéria já debatida em 1º Grau de Jurisdição.

É o relatório.

O recurso como intentado não está a merecer acolhida por esta Turma Julgadora.

Em primeiro lugar, imperioso asseverar que a reforma inserida no Código de Processo Civil de 1973, pela Lei nº 11.382/2006, e que deu nova sistemática ao processo de execução de título extrajudicial, pretendeu proporcionar ao credor a célere satisfação do seu crédito, sendo que a remodelação mais sensível imposta pelo legislador, no afã de mitigar a morosidade do processo executivo, ocorreu com a imposição da regra de não concessão de efeito suspensivo à execução quando recebidos os embargos (art. 739-"A"), bem como com a possibilidade da efetivação dos atos de penhora, e de avaliação dos bens (art. 739-"A", §6º), ainda que recebidos os Embargos com efeito suspensivo, disposições estas que foram mantidas pelo atual Código de Ritos de 2015 (art. 914, e seguintes).

Isto significa que o Legislador procurou fazer valer a garantia constitucional da razoável duração do processo, garantia esta erigida à cláusula pétrea pelo art. 5º, inc. LXXVIII, da CF, e que estabelece: "***a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação***".

Compreenda-se então que a nova sistemática do processo de execução, no que toca ao novo regime dos Embargos à Execução, adotou caminhos da adequação entre os princípios da celeridade e da efetividade do processo, sendo este o modo para desempenhar, do melhor modo possível, sua função própria, com o objetivo de proporcionar às partes a pacificação da lide, tão logo quanto possível.

Acesso ao Sumário

Estabelecidas estas premissas, de rigor observar que os Embargos à Execução não são mais recebidos no efeito suspensivo, ao menos como regra, sendo que a exceção decorre da efetiva comprovação pelos embargantes, da presença dos requisitos para a concessão da tutela provisória, além da prestação de garantia ao Juízo pela penhora, depósito, ou caução suficientes (art. 919, §1º, do CPC/2015), sendo certo que a segurança do Juízo não foi propriamente eliminada da disciplina, ainda que encarada de forma muito diferente pela lei vigente.

Neste sentido se coloca o lúcido magistério do Professor Humberto Teodoro Júnior, que "*in verbis*" diz: "***a segurança do juízo não foi, propriamente, eliminada da disciplina dos embargos à execução. Mudou, porém, de papel. Em lugar de condição de procedibilidade passou a ser requisito do efeito suspensivo, quando pleiteado pelo embargante (art. 739- A, §1º)***" (*in* Os embargos do devedor após as reformas do CPC efetuadas pelas Leis nºs 11.232 e 11.382. Revista do Advogado, Ano XXVII, nº 92, Julho de 2007).

Assim, na esteira do raciocínio até aqui exteriorizado, importante asseverar que, para que se possa atribuir efeito suspensivo aos Embargos à Execução de título extrajudicial, necessário se faz a presença obrigatória da probabilidade do direito, e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art.300, do CPC/2015), e que também a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou, caução suficientes, como já dito, requisitos estes indispensáveis para que se imponha a suspensão da Ação de Execução, nos termos do §1º, do art. 919, do CPC/2015, e que, frise-se, não foram plenamente atendidos pela agravante.

Confira-se a respeito o magistério do Professor Cássio Scarpinella Bueno, que assim define: "***o executado, ao apresentar os seus embargos, deverá, além de alegar e demonstrar a ocorrência do*** **fumus boni iuris** ***(forte probabilidade de êxito no acolhimento de sua pretensão) e do*** **periculum in mora** ***(forte probabilidade de que o prosseguimento da execução lhe traga dano grave de difícil ou incerta reparação), deverá também demonstrar que o juízo 'está garantido' para fazer uso de conhecida expressão e suficientemente significativo***". (*in* A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil, vol. 3, pág. 272. Editora Saraiva, São Paulo. 2007).

Todavia, constata-se através da minuta de Agravo, que os argumentos apresentados pela inconformada para que se promova a imediata suspensão do feito executivo não se mostram relevantes, uma vez que a questão relativa ao efetivo descumprimento da avença pela agravada, posto que não promovido o efetivo pagamento da quantia correspondente à aquisição da safra de café do ano de 2013/2014, não se mostra crível, haja vista que a Cédula de Crédito Rural, nos exatos termos em que definido pelo art.9º, do Decreto-Lei nº 167/1967, representa simples promessa de pagamento mediante entrega de coisa futura, circunstância esta que, portanto, afasta a discussão relativa ao necessário

Acesso ao Sumário

reconhecimento da ocorrência de exceção de contrato não cumprido, nos exatos termos em que sustentados pela inconformada.

Diante de tal realidade, de rigor entender como adequados os termos da R. Decisão proferida que, em termos reais, deu adequada solução a pendência, razão pela qual deva ser mantida na integra, o que se dá com base em seus próprios, legítimos, e jurídicos fundamentos.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso, nos termos do Voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2235968-20.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ANTONIO CARLOS FERREIRA DE SOUZA, é agravado OMNI S/A CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n° 22.976)**

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

São Paulo, 23 de janeiro de 2017.

WALTER FONSECA, Relator

Ementa: GRATUIDADE DE JUSTIÇA - PRETENSÃO DE REFORMA DA DECISÃO QUE A INDEFERIU - CABIMENTO - Os documentos que instruíram os autos de origem comprovam que o agravante não dispõe de renda para arcar com as custas e despesas processuais, sem prejuízo de seu sustento próprio e/ou da família. Recurso provido.

VOTO

Vistos...

Agravo de instrumento interposto contra a decisão interlocutória que, nos autos da medida cautelar inominada, indeferiu a justiça gratuita ao autor, ao fundamento de que ele possui veículo automotor e abriu mão do benefício de demandar em seu domicílio, além de ter contratado advogado particular na defesa de seus interesses, de forma a demonstrar que possui condições de

suportar o pagamento das custas e despesas processuais, sem prejuízo de seu sustento (fls. 245).

O agravante, postulando a concessão do efeito suspensivo, assere que não reúne recursos para arcar com as custas e despesas processuais sem prejuízo de seu sustento e o de sua família, sendo que a simples declaração de pobreza é suficiente para que lhe seja deferida a gratuidade. Defende que a contratação de advogado particular não deve elidir seu direito à gratuidade da justiça (fls. 01/12).

Tempestivo e desprovido de preparo, o recurso foi processado nos efeitos suspensivo e devolutivo e com a intimação da agravada para resposta, que deixou transcorrer *in albis* o prazo para tanto.

É o relatório.

O recurso procede.

O artigo 99, §2º, do Código de Processo Civil de 2015 inadmite a concessão da justiça gratuita nas hipóteses em que houver elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais, e desde que a parte houver sido intimada para comprovar sua situação econômica, não o fizer devidamente.

No caso presente, a MMª. Juíza oficiante entendeu que os documentos juntados comprovavam que o agravante dispõe de condições para arcar com as custas e despesas processuais. Porém, *data venia*, sem razão.

Com efeito, o agravante é aposentado e recebe menos de R$900,00 por mês (fls. 36). O veículo automotor que possui é antigo (de 1996) e está alienado para a agravada. Assim, sua incapacidade financeira está suficientemente demonstrada.

Por isso, deve ser deferida a gratuidade perseguida.

Pelo exposto, **dá-se provimento ao recurso, com a concessão da gratuidade de justiça**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2171769-86.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante WINPARTS COMÉRCIO INDÚSTRIA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., é agravado DALLOGIS LOGÍSTICA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da(o) 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não Conheceram do recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.843)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), CASTRO FIGLIOLIA e CERQUEIRA LEITE.

São Paulo, 27 de janeiro de 2017.

SANDRA GALHARDO ESTEVES, Relatora.

Ementa: AÇÃO ORDINÁRIA EM FASE DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE ARBITROU VALOR DOS HONORÁRIOS PERICIAIS ESTIMADOS PELO EXPERT. QUESTÃO NÃO ELENCADA NO ROL DO ARTIGO 1015 DO CPC/2015. RECURSO NÃO CONHECIDO. A questão suscitada pela agravante não pode ser dirimida por meio dessa via recursal. E isso porque a matéria sub judice não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no artigo 1.015 do CPC/2015, o que torna inadmissível a interposição do presente recurso. Recurso não conhecido.

VOTO

Vistos,

1. Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão acostada a fls. 18 que, nos autos da ação anulatória de título de crédito, que arbitrou honorários periciais definitivos.

Inconformada, a autora Winparts Comércio Indústria Importação e Exportação Ltda. interpõe agravo de instrumento e, em síntese, aduz que: a) é exorbitante o valor de honorários periciais, arbitrados em R$ 20.000,00 (vinte mil reais); b) a perícia é de baixa complexidade; c) ao contrário do que mencionado pelo perito, sempre se prontificou a apresentar a documentação solicitada; d) encontra-se em recuperação judicial e não possui condições de arcar com os honorários.

Requer a redução dos honorários advocatícios.

O agravo foi processado com efeito suspensivo.

O agravado foi intimado para oferecer contraminuta.

Indefere-se pedido de juntada de mídia, posto que o documento não é relevante para o deslinde do recurso.

É o relatório do essencial.

2. Decide-se.

Acesso ao Sumário

Com efeito, verifica-se que a insurgência da agravante está inserta em decisão proferida em fase de instrução probatória de ação ordinária, a qual homologou o valor dos trabalhos periciais estimados pelo expert.

Todavia, respeitadas as alegações expendidas pela recorrente, o fato é que a questão *sub judice* não se enquadra em qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.015 do CPC/2015, o que torna inadmissível a interposição do presente recurso.

Nesse ponto, necessário acrescer que, mesmo não tendo sido apreciada nessa oportunidade, a questão suscitada no presente recurso poderá ser analisada em momento oportuno, uma vez que, de acordo com o que disciplina o artigo 1.009, § 1º, do CPC/2015: *as questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra decisão final, ou nas contrarrazões*.

Nesses termos, revela-se manifestamente inadmissível o Agravo de Instrumento.

3. Em face do exposto, com base no disposto no inciso III do artigo 932 do CPC/2015, não se conhece do recurso de agravo de instrumento, porquanto inadmissível.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2241218-34.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante WORLDVAL VÁLVULAS E ACESSÓRIOS INDUSTRIAIS, é agravado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26575)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ROBERTO DE SANTANA (Presidente sem voto), SÉRGIO SHIMURA e SEBASTIÃO FLÁVIO.

São Paulo, 30 de janeiro de 2017.

JOSÉ MARCOS MARRONE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Banco de dados - Ação de exigir contas - Tutela de urgência - Indeferimento do pedido

formulado pela agravante, para que o seu nome fosse excluído dos cadastros restritivos de crédito - Ação de exigir contas que se encontra em sua primeira fase - Somente depois da apresentação das contas, será questionada a correção ou não dos valores indicados pelo banco agravado - Impossibilidade de se admitir que a alegação de cobrança indevida esteja fundada na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ - Incabível, ademais, o debate da validade de cláusulas contratuais na ação de exigir contas - Agravo desprovido.

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento (fl. 1), interposto, tempestivamente, da decisão proferida em ação de exigir contas (fl. 33), de rito especial, que indeferiu o pedido de tutela de urgência formulado pela agravante, para que o seu nome fosse excluído dos cadastros restritivos de crédito (fl. 50), ao abrigo dessa argumentação: "(...) não há elementos que evidenciem a probabilidade do direito, pois a própria autora afirma que o réu vem cobrando débitos 'que podem estar quitados' (fl. 18) [fl. 49], circunstância que inviabiliza, por si só, a pretensão no que concerne à tutela de urgência, que fica indeferida" (fl. 30).

Sustenta a agravante, autora da aludida ação, em síntese, que: firmou diversos contratos oriundos da conta corrente nº 000.015.096-7, por ela mantida na agência do banco agravado; há dúvida quanto aos valores cobrados pelo banco agravado; não sabe se tais valores estão de acordo com aquilo que foi ajustado entre as partes; não lhe foi fornecida cópia de um dos contratos; está sendo cobrada de débitos que podem estar quitados; estão presentes os requisitos necessários para a concessão da tutela de urgência; deve ser determinada a retirada de seu nome dos cadastros restritivos de crédito (fls. 6/19).

Houve preparo do agravo (fls. 27/29).

Não foi concedido o efeito ativo ao recurso oposto.

Não foi intimado o banco agravado para responder ao recurso, visto que não estava ele representado, processualmente, nos autos principais.

É o relatório.

2. Não merece prosperar o reclamo manifestado pela agravante.

Explicando:

2.1. De acordo com o atual posicionamento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, o impedimento de registro dos nomes de devedores nos cadastros restritivos de crédito há de ser aplicado de acordo com as peculiaridades de cada caso, devendo ser avaliada a presença de três elementos.

Acesso ao Sumário

Essa orientação foi solidificada pela citada corte superior, ao aplicar a "Lei de Recursos Repetitivos" (Lei nº 11.672, de 8.5.2008), em vigor desde 9.8.2008.

Confira-se:

"A proibição da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente:

a) houver ação fundada na existência integral ou parcial do débito;

b) ficar demonstrado que a alegação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ;

c) for depositada a parcela incontroversa ou prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz" (REsp nº 1.061.530/RS, registro nº 2008/0119992-4, 2ª Seção, m.v., Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. em 22.10.2008).

No caso em tela, inviável reconhecer-se que os requisitos acima mencionados foram cumpridos.

Com efeito, a ação de exigir contas encontra-se em sua primeira fase, na qual a agravante almeja a condenação do banco agravado a prestá-las no prazo de quinze dias, de acordo com o art. 550, "caput", do atual CPC (fl. 50).

Somente depois da apresentação das contas, será questionada a correção ou não dos valores indicados pelo banco agravado e, posteriormente, será apurado eventual débito ou crédito da agravante.

Nessa linha de raciocínio, não se pode admitir que a alegação de cobrança indevida esteja fundada na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ.

A esse respeito, já houve pronunciamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"Agravo de instrumento - Negativação de cadastro junto a órgãos de proteção ao crédito - Perigo de ocorrência de dano de difícil reparação presente - Verossimilhança da alegação não configurada - Primeira fase da ação de prestação de contas - Tutela antecipada acertadamente indeferida - Decisão mantida - Agravo improvido" (AI nº 0020422-16.2011.8.26.0000, de Osasco, 16ª Câmara de Direito Privado, m.v., Rel. Designado COUTINHO DE ARRUDA, j. em 10.5.2011) (grifo não original).

2.2. Ademais, incabível o debate da validade de cláusulas contratuais na ação de exigir contas, não se podendo reputá-las, nesta sede, como abusivas.

Nesse sentido houve deliberação do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"(...) a natureza da ação de prestação de contas não permite a discussão

Acesso ao Sumário

da validade de cláusulas contratuais, sendo apta, apenas, para a aferição do acerto ou não dos lançamentos alusivos à movimentação financeira do correntista à luz das normas contratadas.

Para a impugnação do próprio contrato, o autor deve fazer uso da via adequada (...)" (AgRg no Agravo de Instrumento nº 276.180-MG, registro nº 1999/0111785-2, 4ª Turma, v.u., Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, j. em 21.6.2001, DJU de 5.11.2001, p. 116).

Igual entendimento foi perfilhado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"Agravo de instrumento - Ação de prestação de contas - Indeferimento de liminar que visava à suspensão da exigibilidade do débito referente aos contratos 'sub judice' e a retirada/não inclusão do nome da autora em cadastros de inadimplentes - Pretensão de reforma - Inadmissibilidade - Pedido de liminar incompatível com a natureza da ação, que não se presta à revisão contratual - Pretensão que, ademais, não inibe a caracterização da mora - Inteligência da Súmula 380 do C. Superior Tribunal de Justiça - Decisão mantida - Recurso ao qual se nega provimento" (AI nº 2089966-81.2016.8.26.0000, de Sorocaba, v.u., Rel. Des. CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA, j. em 12.9.2016).

2.3. Não se encontram presentes, em suma, os pressupostos necessários para a outorga da tutela de urgência, previstos no art. 300 do atual CPC (fl. 49).

3. Nessas condições, nego provimento ao agravo contraposto, mantendo a decisão impugnada (fl. 30).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2171692-77.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FRR SERVIÇOS TERCEIRIZADOS EIRELI - EPP, é agravado WILLIAM GREGÓRIO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.219)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ROBERTO DE SANTANA (Presidente) e SÉRGIO SHIMURA.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2017.

Acesso ao Sumário

SEBASTIÃO FLÁVIO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação de execução de título extrajudicial - Bloqueio de dinheiro em conta-corrente da devedora.

É irrelevante que haja a constrição decorrido de ato do juízo, sem prévio requerimento do credor - Executada que já se achava ciente da pendência da ação e que não se adiantou em pagar ou garantir o juízo.

Hipótese que já autorizava o exercício das prerrogativas do juiz como diretor do processo, de ordenar as providências cabíveis à espécie no interesse da eficácia da prestação jurisdicional.

Alegação da executada de que o numerário objeto da constrição se destina ao cumprimento de sua atividade empresarial - Circunstâncias do caso reveladoras da realidade de tal alegação, já que tem encargos trabalhistas iminentes inclusive - Necessidade de preservação da atividade empresarial.

Cancelamento da indisponibilidade, que no caso comprometedora da atividade empresarial.

AGRAVO PARA ESSE FIM PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento manejado por executada, o qual foi tirado dos autos do processo da ação de execução de título extrajudicial reportada a cheques.

Busca a agravante a reforma da decisão que não deferiu o desbloqueio de fundos em conta bancária sua, o que tem como imperativo porque seriam destinados à quitação de direitos trabalhistas de seus empregados.

Argumenta também que o apontado bloqueio é ilegal, uma vez que não teve requerimento nesse sentido da credora; também seu endereço foi apenas declinado erradamente; trata-se igualmente de bem impenhorável, uma vez que, como já salientado, é destinado à quitação de direitos trabalhistas.

Recurso regularmente processado.

É o relatório.

No despacho inicial de processamento deste agravo de instrumento, afirmei que, se desde 17 de agosto do corrente, a agravante vem apresentando manifestações nos autos do processo da ação de execução de título extrajudicial

Acesso ao Sumário

que em face dela é movida, tal significa que tem ciência desta.

Foi dito também que era estranhável que a agravante alegasse omissão da formalidade da prévia citação, o que, no seu ver, seria condição prévia para o bloqueio de fundos em conta bancária, se o mínimo que se lhe exigiria nas circunstâncias é que garantisse o juízo com bens suficientes e de fácil liquidez, até porque importa isso dever que se impõe ao credor, podendo juiz inclusive impor sanção por atentado à dignidade da Justiça.

Enfim, seria já o momento de a agravante indicar bens com demonstração de que a constrição proposta lhe seria menos onerosa e não traria prejuízo ao exequente (§2º do artigo 829 do Código de Processo Civil).

Sem a providência apontada, o desbloqueio de fundos em conta bancária implicaria pura e simplesmente o esvaziamento da garantia do credor, já insuficiente.

É por outro lado por demais evidente que os fundos em conta bancária não são impenhoráveis pela razão de que poderiam se destinar à quitação de direitos trabalhistas de empregados, de modo que é incorreto afirmar a impenhorabilidade de dinheiro porque seriam créditos trabalhistas.

É inegável que não fica afastado que os ditos fundos são indispensáveis ao giro negocial dela, agravante, o que, contudo, não afasta a necessidade de comprovação da alegação.

Em termos mais explícitos, não se poderia simplesmente autorizar o desbloqueio de dinheiro em conta, apenas pela razão de que a agravante não foi previamente citada, quando é certo que, tomando ciência da ação em face dela, não procurou garantir o juízo, quando tinha esse dever.

Também não se vê impedimento absoluto no fato de que a iniciativa do bloqueio de dinheiro tenha partido exclusivamente do órgão de primeiro grau, portanto sem cumprimento do disposto no artigo 854 do novo Código de Processo Civil, segundo o qual a providência deve contar com requerimento da parte contrária.

A interpretação literal dessa regra confronta com o princípio da efetividade da prestação jurisdicional.

Com efeito, não se pode aceitar como razoável uma atitude simplesmente passiva do devedor, que tem o dever legal inclusive de indicar bens que garantam satisfatoriamente o juízo.

Enfim, não pode o devedor se pôr numa situação de inércia e supor que seja ônus do credor investigar exaustivamente sobre a existência de bens livres, desembaraçados e de fácil alienação, pois se considera ato atentatório à dignidade da Justiça a conduta do devedor de não indicar bens à penhora, no prazo que o juiz lhe assinalar, o que, indiretamente, significa que há um dever deste de indicação, especificação e comprovação de sua disponibilidade.

Acesso ao Sumário

Enfim, a doutrina a respeito de tal instituto é no sentido de que, com a alteração legislativa, as partes têm o dever de cooperar na prestação jurisdicional, de modo que não revelar os bens penhoráveis importa ato atentatório à dignidade da Justiça, e a sanção pode incidir mesmo sem a existência de bens, bastante que não seja o juiz informado sobre isso. Não prevalece mais a orientação de antes da reforma legislativa de que a sanção era condicionada à conduta comissiva e intencional do devedor de obstruir a penhora (A REFORMA DA EXECUÇÃO DO TÍTULO EXTRAJUDICIAL, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, Rio, Forense, 2007, págs. 29/30).

A rigor, a exigência da iniciativa da parte deve ser entendida apenas quando, antes da citação, o credor requer a indisponibilidade de dinheiro em conta bancária do devedor, por motivos que apresentar e que o magistrado considera relevantes para o caso de uma constrição "in limine".

Isso, contudo, não terá mais razão de ser quando, cientificado o devedor da ação, não se propõe a pagar nem garantir o juízo. Em tais circunstâncias, é dado ao juiz exercer as prerrogativas de diretor do processo e fazer prevalecer a eficácia do processo.

No caso, entretanto, em um segundo despacho, diante da queixa da agravante de que o bloqueio de dinheiro deu-se de ofício, quando a lei exige o requerimento do credor em tal sentido, determinei que o agravado se manifestasse a respeito da alegada ineficácia da decisão combatida.

Na mesma decisão também ordenei que o agravado informasse se era possível a substituição da penhora de tais fundos por outros bens da agravante, até porque poderiam ser necessários ao giro negocial desta, quando a orientação jurisprudencial é no sentido de preservar a atividade empresarial, que tem uma função social importante, pois gera empregos e concorre para o incremento da riqueza nacional.

O agravado não se manifestou, o que sugere que admite o fato dessa destinação do dinheiro da agravante como necessária ao apontado giro negocial dela, tendo ela demonstrado possuir compromissos a saldar com relação a direitos trabalhistas.

A própria condição de devedora, já faz pressupor que a agravante necessita dos parcos fundos bancários para satisfazer os encargos próprios de sua atividade empresarial.

Assim, impõe-se cancelar a indisponibilidade do numerário, e para essa finalidade dou provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2039035-74.2016.8.26.0000, da Comarca de Amparo, em que é agravante ITAPEVA II MULTICARTEIRA FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS NÃO PADRONIZADOS, são agravados SIVENSE VEÍCULOS LTDA., EDSON JOSE DAOLIO e CRISTIAN ALISSON DAOLIO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª 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 28088)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SALLES VIEIRA (Presidente), WALTER BARONE E JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2017.

SALLES VIEIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE EXECUÇÃO - IMPUGNAÇÃO - NULIDADE DA EXECUÇÃO - CESSÃO DE CRÉDITO - INEFICÁCIA DO TÍTULO EXECUTIVO - Cessão de crédito suficientemente demonstrada - Contrato originário que está acostado nos autos, cujo número se assemelha ao número do contrato constante da cessão de crédito - Cessão de crédito, em execução, que independe da anuência da parte contrária - Ato processual que não interfere na existência, validade ou eficácia da obrigação - Agravante que esclareceu a pequena divergência numérica - Título líquido, certo e exigível - Inteligência do art. 567, inciso II, do ACPC - Decisão reformada - Agravo provido.

VOTO

Agravo de instrumento tirado de impugnação à ação de execução por quantia certa, em face da r. decisão que acolheu em parte a impugnação interposta pelos agravados, declarando nula a execução em relação à agravante.

Sustenta a agravante que o feito correu por anos sem que a parte contrária alegasse qualquer discordância com a sucessão processual. A agravante explicitou que a alteração do número do contrato se deu em razão de acréscimo

Acesso ao Sumário

de sufixo. O contrato objeto da execução e o contrato objeto da cessão de créditos referem-se a mesma dívida, sendo o título líquido, certo e exigível. Requer a concessão de efeito suspensivo e, ao final, o provimento do recurso, com reforma da r. decisão.

Recurso processado com a concessão de efeito suspensivo (fls. 502/503).

Informações prestadas pelo MM. Juiz *a quo* às fls. 510/511.

Não houve apresentação de contraminuta pelos agravados (certidão às fls. 512).

É o relatório.

Trata-se de agravo de instrumento tirado de impugnação à ação de execução por quantia certa, interposta pelos agravados em face do agravante.

O MM. Juiz "a quo" proferiu decisão acolhendo em parte a impugnação, para declarar a nulidade da execução em relação à exequente Itapeva II Multicarteira, ora agravante, vez que fundada em título extrajudicial destituído de certeza (fls. 467/471).

Contra esta decisão insurge-se a agravante.

A priori, esclareça-se que o presente recurso foi interposto antes da entrada em vigor do NCPC, razão pela qual a ele são aplicadas as normas do CPC/1973.

A ação originária foi interposta pelo Banco Santander contra os agravados (fls. 98/100). Houve cessão de créditos entre o Banco Santander e a agravante, a qual passou a figurar no polo ativo da execução (fls. 266/267 e 269/270).

Os documentos de fls. 109/114 e 266/270 demonstram suficientemente a cessão de créditos.

Verifica-se do documento de fls. 109/114 que o número do contrato executado originalmente era nº 00330029**290000001740**.

O número constante do contrato referente ao termo de cessão de crédito é o nº 00**290000017402**90153.

Embora os números não sejam idênticos, há que se levar em conta a semelhança entre eles, o que justifica a alteração do polo ativo, independentemente de anuência da parte contrária, vez que não há essa exigência na ação de execução, conforme disposto no art. 567, II, do ACPC.

Referido ato processual "**não interfere na existência, validade ou eficácia da obrigação**" (*STJ- 3ª T., Resp 588.321, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 4.8.05, deram provimento parcial, v.u., DJU 5.9.05, p. 399*).

Esse é o entendimento corroborado pelos Tribunais.

Veja-se jurisprudência:

"Tendo-se dado a cessão de direito, na conformidade do disposto no art. 567, inciso II, do CPC, **pode o cessionário promover a execução forçada, sem**

aplicação do disposto no art. 42, §1º, do mesmo Código" (*STF Pleno, RE 97.461-0-AgRg, Min. Aldir Passarinho, j. 20.8.86, DJU 19.9.86*).

"Em havendo regra especifica aplicável ao processo de execução (art. 567, II, do CPC), que prevê expressamente a possibilidade de prosseguimento da execução pelo cessionário, não há de falar em incidência, na execução, de regra que se aplica somente ao processo de conhecimento no sentido da necessidade de anuência do adversário para o ingresso do cessionário no processo (arts. 41 e 42 do CPC)" (*STJ-Corte Especial, REsp 1.091.443, Min. Maria Thereza, j. 2.5.12, DJ 29.5.12*).

No mesmo sentido, o entendimento deste E. TJSP:

"EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL - CESSÃO DE CRÉDITO - PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL PELO CESSIONÁRIO - DESNECESSIDADE DE ANUÊNCIA DO DEVEDOR - RECURSO PROVIDO" (*AI nº 2169847-10.2016.8.26.0000 - Rel.: Matheus Fontes - 22ª Câmara de Direito Privado - J.: 06/10/2016*).

"Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo - PROCESSO: 1138252-8 - RECURSO: Agravo de Instrumento - ORIGEM: São Roque - JULGADOR: 3ª Câmara - JULGAMENTO: 19/11/2002 - RELATOR: Itamar Gaino - DECISÃO: Deram Provimento, VU - EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL - **Substituição Processual - Reconhecida a desnecessidade da anuência do devedor para que se promova a substituição do exeqüente pelo cessionário do crédito** - Inteligência do artigo 567, II, do Código de Processo Civil - Precedentes - Agravo provido. MRM/tts em 15.04.03".

Ainda, no momento oportuno, a agravante esclareceu a pequena divergência entre os números constantes no contrato original e na cessão de crédito (fls. 478/482).

Ademais, o contrato original está acostado aos autos, com a assinatura das partes contratantes, de forma legível, não havendo que se falar em ausência de certeza quanto ao título executivo.

Portanto, a r. decisão recorrida deve ser reformada, mantendo-se a agravante no polo ativo da ação de execução.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2152666- 93.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante INSTITUTO EDUCACIONAL SEMINÁRIO PAULOPOLITANO, é agravada

Acesso ao Sumário

MARIA JOSÉ DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36451)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente), MELO BUENO e GILBERTO LEME.

São Paulo, 9 de novembro de 2016.

ARTUR MARQUES, Relator

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. PEDIDO DE PENHORA DE FRAÇÃO IDEAL DO SALÁRIO DO DEVEDOR. IMPOSSIBILIDADE. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA ÀS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI.

1. A impenhorabilidade de que cuida o art. 833, IV, CPC (antigo art. 649, IV, CPC/73) é regra que, por encontrar correspondência constitucional no estatuto jurídico do patrimônio mínimo, não admite interpretação extensiva, de sorte que a penhora de salário é admitida apenas nas hipóteses legais, exaustivamente numeradas.

2. Destarte, considerando o fato de que inexiste previsão legal autorizando a penhora de fração ideal de salário para pagamento de obrigação decorrente de prestação de serviços educacionais, bem andou o magistrado de primeiro grau ao vedar o pedido deduzido pelo credor.

3. Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto por **INSTITUTO EDUCACIONAL SEMINÁRIO PAULOPOLITANO** nos autos da ação monitória que promove em face de **MARIA JOSÉ DA SILVA** contra a r. decisão copiada às fls. 18 do instrumento, que indeferiu o pedido de penhora de 20% do salário.

Alega-se que a agravada obteve rendimento anual de R$ 44.527,10, o que demonstra ser devedora solvente. Argumenta que a penhora de apenas 20% de seu salário não afetará sua subsistência. Assevera que o art. 833, IV, do Código

de Processo Civil admite interpretação extensiva e, assim, a impenhorabilidade do salário não pode ser absoluta, sob pena de se permitir o enriquecimento sem causa. Requer a concessão de efeito suspensivo e, ao final, pede o provimento do recurso.

Preparado (fls. 37/38), o recurso foi recebido no efeito devolutivo (fls. 33/34 e 39/40), com contraminuta às fls. 43/46.

É o relatório.

2. Verifica-se das peças que formam o presente instrumento que a agravante é empresa prestadora de serviços educacionais e, com supedâneo em cheques prescritos, ajuizou ação monitória em face da agravada. Destarte, não logrando adimplemento voluntário do mandado injuntivo, pretende a penhora de fração ideal do salário da devedora.

O magistrado de primeiro grau indeferiu o pedido ao fundamento de que "***é impenhorável verba salarial, independentemente da natureza do crédito que se executa neste processo***".

Tecidas as ponderações necessárias à compreensão da controvérsia, verifica-se que a impenhorabilidade de que cuida o art. 833, IV, CPC (antigo art. 649, IV, CPC/73), é regra que, por encontrar correspondência constitucional no estatuto jurídico do patrimônio mínimo, não admite interpretação extensiva das exceções expressamente previstas em lei. Destarte, considerando o fato de que inexiste previsão legal autorizando a penhora de fração ideal de salário para pagamento de obrigação decorrente de prestação de serviços educacionais, bem andou o magistrado de primeiro grau ao vedar o pedido deduzido pelo credor.

A propósito, Cristiano Chaves de Farias é preciso ao dispor que, "***em uma ordem democrática na qual a dignidade humana será o vetor para a ponderação de colisão entre direitos fundamentais, o intérprete do direito terá a sabedoria de harmonizar os princípios em tensão e definir uma ordem de proporcionalidade na qual a garantia do crédito seja limitada pela proteção dos direitos da personalidade do devedor. Esse limite tão decantado por Luiz Edson Facchin é o patrimônio mínimo, como um piso essencial, um mínimo de bens que assegure a cada pessoa a sua condição existencial. Aquém desse limite, o ser humano será instrumentalizado e alijado de sua humanidade***".[1]

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. OFENSA À AUTORIDADE DE DECISÃO DO STJ. EXECUÇÃO. PENHORA. SALÁRIO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Na hipótese, há divergência entre a decisão desta Corte Superior - que entendeu não ser cabível a constrição sobre conta corrente destinada ao recebimento de salário - e a decisão proferida pelo Juízo de primeira

1 *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II. Salvador: Juspodivm, 2015. 9ª ed. Pág. 8.

instância, que manteve a penhora de 30% sobre conta-salário do devedor.

2. Esta Corte tem entendimento assente no sentido de que é possível a penhora on line em conta corrente do devedor, desde que observada a impenhorabilidade de vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria e pensões, entre outras, prevista no art. 649, IV, do CPC.

3. Agravo não provido.[2]

AGRAVO REGIMENTAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - PENHORA DE 30% DA REMUNERAÇÃO PAGA AO COEXECUTADO POR SERVIÇOS MÉDICOS PRESTADOS À COOPERATIVA MÉDICA UNIMED. NATUREZA ALIMENTAR. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO.

1.- A regra de impenhorabilidade absoluta prevista no art. 649, inciso IV, do CPC, visa por a salvo de quaisquer constrições os valores percebidos a título de "vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, (...)", em virtude da natureza alimentar de referidas verbas. Precedentes. (...)[3]

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PROCESSO DE EXECUÇÃO. SALÁRIO. BEM ABSOLUTAMENTE IMPENHORÁVEL. ARTIGO 649, IV DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1. A impenhorabilidade do salário tem caráter absoluto, nos termos do artigo 649, IV, do CPC, sendo, portanto, inadmissível a penhora parcial de valores depositados em conta-corrente destinada ao recebimento de salários por parte do devedor. Precedentes. (...)[4]

Registre-se, ademais, que a hipótese não versa sobre a possibilidade de penhora de excedente de salário em conta-corrente, daí sendo caso de se concluir pelo acerto da r. decisão de primeiro grau que, em virtude do exposto, deve ser mantida.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº

2 STJ, AgRg na Rcl 12.251/DF, 2ª Seção, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14/08/2013, *DJe* 19/08/2013.

3 STJ, AgRg no REsp 1374755/SP, 3ª T., rel. Min. Sidnei Beneti, j. 28/05/2013, *DJe* 14/06/2013.

4 STJ, AgRg no REsp 1262995/AM, 3ª T., rel. Min. Paulo de Tarso, j. 06/11/2012, *DJe* 13/11/2012.

Acesso ao Sumário

2164996-25.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes SERGIO RODRIGUES DE SOUZA e MARILENE PEDON DE SOUZA, é agravado BASE ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15175)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente) e FLAVIO ABRAMOVICI.

São Paulo, 22 de novembro de 2016.

MORAIS PUCCI, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Locação de imóveis. Execução de crédito locatício. Embargos à execução. Decisão recorrida que concedeu prazo para a exequente embargada apresentar os documentos referentes ao IPTU e seguro incêndio. Possibilidade. Encargos da locação que são exigíveis mesmo que os documentos relacionados a eles não tenham vindo com a inicial da execução. Recurso desprovido.

VOTO

Versam estes autos sobre agravo de instrumento interposto contra a r. decisão proferida nos autos dos embargos à execução fundada em crédito locatício e amparada em título extrajudicial, movida por **BASE ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA.**, em relação a **DESK-LIMPE DISTRIBUIDORA DE MATERIAIS DE LIMPEZA E DESCARTÁVEIS LTDA. ME, SERGIO RODRIGUES DE SOUZA** e **MARILENE PEDON DE SOUZA**, que concedeu à exequente embargada prazo para a juntada dos documentos referentes ao IPTU e seguro incêndio.

Inconformados, os executados fiadores requereram a concessão de efeito suspensivo ao agravo e, no mérito, a reforma da decisão.

O agravo é tempestivo e foi preparado (f. 19/21).

Não concedi efeito suspensivo ao agravo.

Contraminuta f. 152/158

É o relatório.

A agravada Base Administração e Participações Ltda. moveu execução fundada em crédito locatício e amparada em título extrajudicial em relação à locatária Desk-Limpe Distribuidora de Materiais de Limpeza e Descartáveis

Acesso ao Sumário

Ltda. ME e aos fiadores Sergio Rodrigues de Souza e Marilene Pedon de Souza.

Os fiadores coexecutados apresentaram embargos alegando que não foram apresentados os boletos referentes à cobrança de IPTU e seguro incêndio.

O magistrado "*a quo*" concedeu o prazo de 30 dias para que a exequente embargada apresentasse tais documentos, decisão com a qual não concordam os fiadores embargantes, sob a alegação de que tais documentos deveriam ser juntados aos autos com a inicial da execução.

O agravo não comporta provimento.

O título executivo extrajudicial é o crédito de aluguel comprovado por contrato escrito (CPC, art. 585, IV).

Os acessórios, os encargos, entre eles o IPTU, exigem-se com o aluguel, a obrigação principal.

E *as obrigações acessórias do contrato de locação, tais como despesa com água, luz, multa e tributos, expressamente previstas no contrato, também estão compreendidas no art. 585, IV, do CPC, legitimando a execução juntamente com o débito principal relativo aos aluguéis propriamente ditos.* (STJ, REsp 440171/SP, 5ª TURMA, rel. Min. Felix Fischer, j. em 18/02/2003).

Se pelo contrato de locação o locatário arca também com tais encargos, são estes plenamente exigíveis, mesmo que os comprovantes não tenham vindo com a inicial da execução, mormente porque a executada locatária não provou ter pago tais verbas.

Em execuções desta natureza, a dívida não perde sua liquidez caso dependa de acertamentos e definições pelo magistrado para exclusão de parcelas já pagas ou inclusão e/ou deliberação de verbas acessórias decorrentes de lei ou do contrato.

Nego, pois, provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2146193-91.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante DAVID DO NASCIMENTO, são agravados ALBAN INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE EMBALAGENS PLÁSTICAS, ASSESSORIA E CONSULTORIA TÉCNICA E LOCAÇÕES LTDA. e ANTONIO UBALDO VIEIRA.

ACORDAM, em 26ª 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 36.178)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente) e ANTONIO NASCIMENTO.

São Paulo, 24 de novembro de 2016.

VIANNA COTRIM, Relator

Ementa: Agravo de instrumento - Mandado - Ação de prestação de contas - Intervenção de terceiros - Assistência litisconsorcial - Indeferimento - Admissibilidade - Ausência de interesse jurídico no resultado da demanda - Improvimento do agravo.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que indeferiu intervenção de terceiros em ação de prestação de contas decorrente de mandato.

Sustenta o agravante, em síntese, que o agravado Antonio demonstrou ter sido contratado pela agravada ALBAN para localizar e adquirir títulos públicos, motivo porque presente o seu interesse jurídico em ingressar na causa como assistente litisconsorcial. Argumenta que sua defesa consiste no fato de que não foi contratado pela pessoa jurídica, o que se coaduna com a tese do terceiro que pretende ingressar na lide, o que, comprovado, o isentaria de qualquer responsabilidade.

Indeferido o efeito suspensivo, o recurso foi regular e tempestivamente instruído com traslado de peças e recolhimento de preparo. Intimados os agravados, apenas a ALBAN Indústria e Comércio de Embalagens Plásticas, Assessoria e Consultoria Técnica e Locações Ltda. apresentou contraminuta.

É o relatório.

A agravada ALBAN entrou com ação de exigir contas em face do ora agravante. Narra a inicial que o réu era advogado da empresa há bastante tempo e que após problemas financeiros da pessoa jurídica, ele se propôs a comprar créditos tributários (precatórios) para pagamento de dívidas fiscais. Pleiteia prestação de contas para saber como foram gastos os valores repassados ao requerido e quais débitos foram efetivamente quitados nessas operações.

Após o curso regular do feito, com apresentação de contestação e réplica, Antonio Ubaldo Vieira interpôs petição, requerendo o ingresso como assistente litisconsorcial do réu, alegando que foi contratado pela empresa autora para localizar créditos federais e que o pagamento da sua representação era feito por intermédio do réu.

Em que pese a combatividade do patrono do agravante, o recurso não

Acesso ao Sumário

comporta provimento.

Com efeito, o art. 119 do CPC permite a intervenção de terceiro no processo somente se existir interesse jurídico. O interesse meramente de fato, ou simplesmente ligado ao lado econômico ou prático, não basta para justificar a assistência.

Nesse sentido é a lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery em comentários ao dispositivo supracitado:

> "Somente pode intervir como assistente o terceiro que tiver *interesse jurídico* em que uma das partes vença a ação. Há interesse jurídico do terceiro quando a relação jurídica da qual seja titular possa ser *reflexamente* atingida pela sentença que vier a ser proferida entre assistido e parte contrária." (Código de Processo Civil Comentado. 16 ed. Ed. Revista dos Tribunais. p. 119).

No caso, não ficou comprovado o interesse jurídico do terceiro para ingressar no feito como assistente litisconsorcial.

A relação jurídica em debate nos autos é relativa ao contrato de mandato existente entre David do Nascimento, ora agravante, e a empresa ALBAN Indústria e Comércio de Embalagens Plásticas, Assessoria e Consultoria Técnica e Locações Ltda. e o objeto da ação, nesse primeiro momento, é aferir se o réu tem, ou não o dever de prestar contas.

O réu, ora agravante, alega que sua tese de defesa está em consonância com o alegado pelo terceiro na petição de fls. 412/414 dos autos originários e que ficou comprovada a contratação do Sr. Antonio pela empresa ALBAN para a localização e compra dos créditos tributários (precatórios), situação que, comprovada, o isentaria de qualquer responsabilidade.

Tais argumentos, ao contrário do suscitado nas razões recursais, não demonstram de que forma a esfera jurídica do terceiro possa ser atingida, pelo contrário, apenas demonstram interesse de fato do próprio réu, o que não justifica a intervenção de terceiros no processo.

Pelo exposto, por esses fundamentos, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2216991-77.2016.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é agravante RODOLPH WIECK JUNIOR (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado DANIEL RIBEIRO.

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 26724)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MILTON CARVALHO (Presidente sem voto), ARANTES THEODORO e PEDRO BACCARAT.

São Paulo, 29 de novembro de 2016.

JAYME QUEIROZ LOPES, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - LOCAÇÃO - DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO C.C. COBRANÇA - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - PEDIDO DE SUSPENSÃO DA CARTEIRA DE HABILITAÇÃO DO EXECUTADO COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 139, IV, DO NCPC - IMPOSSIBILIDADE - MEDIDA DESPROPORCIONAL QUE ATINGE A PESSOA DO DEVEDOR E NÃO O SEU PATRIMÔNIO - DECISÃO MANTIDA. Agravo de Instrumento improvido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão de fls. 22, do seguinte teor:

"Vistos.

Indefiro a medida pleiteada por falta de amparo legal.

Int."

Alega o agravante, em síntese, que em cumprimento de sentença foram deferidas pesquisas via BacenJud, InfoJud e RenaJud para localização de bens penhoráveis; que pelas pesquisas realizadas foi encontrado apenas um veículo em nome do devedor onde foi determinada a restrição de transferência; que o automóvel não foi encontrado para a efetivação da penhora; que o artigo 139 do NCPC admite a tomada de medidas coercitivas para garantir o cumprimento da obrigação; que é possível aplicar ao devedor medidas de natureza diversa da obrigação principal, que geram limitações de direitos ao devedor para obrigá-lo a cumprir a obrigação pactuada; que o devedor não terá seu direito de ir e vir violado pois pode se locomover de ônibus, taxi, à pé, bicicleta etc.; que a medida pretendida é prevista e tem seu fundamento no artigo 139, IV, do NCPC; que ao recurso deve ser dado provimento para que seja determinada a sanção executiva consistente na suspensão da Carteira Nacional de Habilitação do agravado.

Acesso ao Sumário

Recurso tempestivo, não preparado (justiça gratuita) e não respondido (agravado revel).

É o relatório.

Trata-se de cumprimento de sentença que julgou procedente ação de despejo por falta de pagamento c.c. cobrança, sendo que o agravante não vem localizando bens disponíveis em nome do recorrido para satisfazer seu crédito.

Diante da não localização de bens, o recorrente requereu o deferimento da suspenção da Carteira Nacional de Habilitação do executado com fulcro no artigo 139, IV, do NCPC.

O magistrado indeferiu o pedido por falta de amparo legal.

O patrimônio e não a pessoa do devedor responde pelas dívidas. Além disso, o disposto no artigo 139, IV, do NCPC deve ser aplicado com parcimônia, uma vez que certas medidas coercitivas podem ser inadequadas. Assim, suspender o direito de dirigir é uma iniciativa inapropriada, por atingir a pessoa do devedor e não o seu patrimônio. Pelo que se vê, a medida pleiteada se mostra desproporcional ao fim colimado, qual seja, o pagamento do débito, devendo, portanto, não ser aplicada.

Ante o exposto, ao recurso é negado provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2198116-59.2016.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é agravante JULIANA RODRIGUES ZAMBONI, é agravado BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A.

ACORDAM, em 31ª Câmara de Direito Privado 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 27.267)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADILSON DE ARAUJO (Presidente sem voto), FRANCISCO CASCONI e PAULO AYROSA.

São Paulo, 29 de novembro de 2016.

CARLOS NUNES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - Decisão de Primeiro Grau que concedeu liminar para

desocupação do imóvel em 60 dias - Posicionamento *a quo* equivocado, em virtude da intenção do devedor fiduciário de efetuar o pagamento da dívida - Purgação da mora deferida em sede de ação anulatória ajuizada pela devedora fiduciária e posterior depósito realizado pela devedora - É lícito ao devedor, a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação, purgar o débito - Exegese do artigo 34, do Dec. Lei n.º 70/66, aplicável aos contratos disciplinados pela Lei nº 9.514/97 - Possibilidade de purgação da mora pelo devedor fiduciário após a consolidação da propriedade do imóvel em nome do credor, devendo os atos expropriatórios ser suspensos - Recurso provido, para determinar a revogação da liminar concedida em primeira instância.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de Agravo de Instrumento, interposto por *JULIANA RODRIGUES ZAMBONI*, junto aos autos da ação de reintegração de posse, que lhe move *BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A*, objetivando a reforma da r. decisão de Primeiro Grau que concedeu a liminar para determinar a desocupação do imóvel dado em garantia, no prazo de 60 dias.

A agravante alega, em síntese, que a r. decisão merece reparo, pois é possível a purgação da mora mesmo após a consolidação da propriedade do bem pelo credor. Diz que se tornou inadimplente no pagamento das prestações do financiamento por dificuldades financeiras, mas que está disposta a quitar o débito, tendo procurado a instituição financeira inúmeras vezes para tanto, sem sucesso, ante a intransigência da parte adversa. Aduz que a purga da mora é autorizada pelo art. 34, do Decreto nº 70/66, até a assinatura do auto de arrematação. Argumenta com a necessidade de realização de audiência de mediação, disposta no art. 565, *caput*, do novo CPC, antes da determinação de desocupação do imóvel. Por tais motivos, requer a concessão de efeito ativo e ao final, o provimento do recurso, para que seja revogada a liminar concedida.

O recurso foi regularmente interposto, sem preparo e instruído com as peças de fls. 36/176. Concedido o efeito suspensivo, sobreveio a contraminuta de fls. 181/203.

É o relatório.

Pelo que se depreende dos autos, tenho que o presente agravo merece ser provido, porquanto são convincentes os argumentos da recorrente.

Acesso ao Sumário

De início, ao revés do que alegou o agravado em contraminuta, não é caso de se exigir o recolhimento do preparo recursal, posto que, quando da interposição do presente agravo de instrumento, o pedido de justiça gratuita formulado em primeira instância ainda estava sob análise do magistrado, como salientou a recorrente a fls. 06.

No mais, infere-se que a agravante avençou contrato de financiamento de imóvel com garantia de alienação fiduciária com o Banco agravado (fls. 77/88), o qual foi inadimplido por ela.

Por esse motivo, a instituição financeira intimou a devedora para que purgasse a mora (fls. 98) e, diante de sua inércia, consolidou o imóvel na sua propriedade, com a averbação no Registro de Imóveis (fls. 95), realizando posteriormente dois leilões extrajudiciais, nos dias 29/09 e 10/10/2016, tendo o último resultado positivo (fls. 194).

A devedora, por sua vez, ajuizou ação anulatória, requerendo a purgação da mora, que foi deferida pelo douto Juízo *a quo* (fls. 175/176), havendo o depósito do montante de R$ 38.976,12 naqueles autos (fls. 215 - processo nº 1023955-44.2016.8.26.0564).

Nos termos do art. 26, § 1º c.c. § 7º, da Lei nº 9.514/97, o devedor fiduciante será intimado, a requerimento do credor fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento.

E, decorrido o prazo legal sem a purgação da mora, o oficial do Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário.

De fato, expressiva corrente jurisprudencial deste Tribunal aplica o procedimento extrajudicial previsto pela Lei nº 9.514/97, em que o pagamento extemporâneo das parcelas vencidas não elide a mora.

Contudo, o art. 34, do Dec. Lei nº 70/66, que regula a Cédula Hipotecária, dispõe que é lícito ao devedor, a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação, purgar o débito, o que se aplica aos contratos disciplinados pela Lei nº 9.514/97 (artigo 39, inciso II), como ocorre no presente caso.

Acesso ao Sumário

Assim, diante da boa-fé da agravante, que inclusive purgou a mora, depositando nos autos da anulatória a quantia de R$ 38.976,12 (fls. 215) e a despeito de eventual discussão a respeito de diferença de valores que ainda tenha que ser quitado por ela, é certo que a realização de atos de alienação do imóvel deve ser suspensa, até ulterior determinação do ilustre Julgador *a quo*.

Nesse sentido, a conferir os seguintes julgados:

"***APELAÇÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE IMÓVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE CONSOLIDAÇÃO DE PROPRIEDADE CUMULADA COM CONSIGNAÇÃO EM***

***PAGAMENTO E PEDIDO LIMINAR DE SUSPENSÃO DE LEILÃO**. INADIMPLÊNCIA INCONTROVERSA. PRETENSÃO QUE VISA DEPOSITAR EM JUÍZO OS VALORES DO FINANCIAMENTO EM ATRASO, MESMO DEPOIS DA CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE EM NOME DO CREDOR FIDUCIÁRIO. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL E EXTINÇÃO DO PROCESSO. FALTA DE INTERESSE DO AUTOR NA PROPOSITURA DA PRESENTE AÇÃO SOB ALEGAÇÃO DE QUE O AUTOR JÁ ESTÁ EM MORA E O DEPÓSITO JUDICIAL NÃO PODE EVITÁ-LA. DECRETO AFASTADO. **CABIMENTO DA PURGAÇÃO DA MORA ATÉ A OPORTUNIDADE DA ARREMATAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 34 DO DL Nº 70/66 À LEI Nº 9.514/97. RECURSO PROVIDO**. O mutuário inadimplente em contrato firmado pelo Sistema Financeiro Imobiliário tem o direito de exercer o direito de emendar a mora até a assinatura do auto de arrematação, havendo previsão legal de aplicação do art. 34 do DL nº 70/99 à Lei nº 9.514/97, porque, nesta, não há disposição sobre a data limite para a purgação da mora." **(Ap. 1063080-24.2014.8.26.0100 - Rel. Adilson de Araujo - Julgado em 03/03/2015)**;*

*"**AGRAVO REGIMENTAL - DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA - RECURSO IMPROVIDO.** O art. 34 do Dec. Lei nº 70/66, que disciplina a Cédula Hipotecária, determina que é lícito ao devedor, a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação, purgar o débito, disposição expressamente aplicável aos contratos regulados pela Lei 9.514/97 (art. 39, I)." **(TJSP, Ag. Reg. 2002489-25.2013.8.26.00/50000, rel. Des. Clóvis Castelo, 35ª Câm. de Dir. Priv., j. em 10.07.2013).***

Em outras palavras, considero cabível a purgação da mora mesmo após a consolidação da propriedade do imóvel em nome do credor fiduciário.

Aliás, outra não é a orientação do C. STJ:

*"**RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE COISA IMÓVEL. LEI Nº 9.514/1997. PURGAÇÃO DA MORA APÓS A CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE EM NOME DO CREDOR FIDUCIÁRIO. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO DECRETO-LEI Nº 70/1966.***

1. Cinge-se a controvérsia a examinar se é possível a purga da mora em contrato de alienação fiduciária de bem imóvel (Lei nº 9.514/1997) quando já consolidada a propriedade em nome do credor fiduciário. 2. No âmbito da alienação fiduciária de imóveis em garantia, o contrato não se extingue por força da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, mas, sim, pela alienação em leilão público do bem

Acesso ao Sumário

objeto da alienação fiduciária, após a lavratura do auto de arrematação. 3. Considerando-se que o credor fiduciário, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.514/1997, não incorpora o bem alienado em seu patrimônio, que o contrato de mútuo não se extingue com a consolidação da propriedade em nome do fiduciário, que a principal finalidade da alienação fiduciária é o adimplemento da dívida e a ausência de prejuízo para o credor, a purgação da mora até a arrematação não encontra nenhum entrave procedimental, desde que cumpridas todas as exigências previstas no art. 34 do Decreto-Lei nº 70/1966. 4. O devedor pode purgar a mora em 15 (quinze) dias após a intimação prevista no art. 26, § 1º, da Lei nº 9.514/1997, ou a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação (art. 34 do Decreto-Lei nº 70/1966). Aplicação subsidiária do Decreto-Lei nº 70/1966 às operações de financiamento imobiliário a que se refere a Lei nº 9.514/1997. 5. Recurso especial provido" ***(REsp nº 1.462.210-RS, 3ª TURMA, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, j. em 18/11/2014).***

Portanto, a r. decisão guerreada comporta alteração, para que seja revogada a liminar que determinou a desocupação do imóvel no prazo de 60 dias.

Ante o exposto, e pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso, para os fins acima especificados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2197604-76.2016.8.26.0000, da Comarca de Salto de Pirapora, em que é agravante REMASO REFORMA DE MÁQUINAS SOROCABA LTDA EPP, é agravado SUPREMA SERVIÇOS INDUSTRIAIS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16860)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente), FERNANDO SASTRE REDONDO e FLÁVIO CUNHA DA SILVA.

São Paulo, 29 de novembro de 2016.

SPENCER ALMEIDA FERREIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: JUSTIÇA GRATUITA - Indeferimento de

plano - Impossibilidade - Hipótese em que deve ser oportunizada à parte requerente a prova da alegada necessidade - Art. 99, §2º do Código de Processo Civil de 2015 - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

1.- Trata-se de agravo de instrumento tirado em face da r. decisão trasladada às fls. 40/41 que, em ação monitória, indeferiu de plano o benefício da gratuidade de justiça.

Pleiteia a agravante a modificação da decisão, sustentando que "está atravessando uma situação financeira muito difícil, enfrentando vários protestos e ações judiciais, não podendo suportar com estas despesas processuais, nos termos da Lei nº 1.060/50, tendo, inclusive, a Agravada contribuído para tal situação, uma vez que requereu penhora de maquinários da empresa".

Deferido o efeito suspensivo, contraminuta às fls.__, encontram-se os autos em termos de julgamento.

É o relatório.

2.- O Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/15), ao estabelecer normas para a concessão da gratuidade de justiça aos necessitados, previu em seu art. 98, *caput* e art. 99, §3º que:

> Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.
>
> 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.
>
> §3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

A presunção legal contida no artigo supracitado é de natureza *juris tantum*, ou seja, não é absoluta, e o julgador pode indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem falta de pressupostos legais para a concessão, conforme prevê o art. 99, §2º da referida norma[1], após determinar à parte a comprovação da hipossuficiência econômica.

A esse propósito, escrevem Nelson Nery Jr. e Rosa Maria De Andrade Nery:

"O juiz da causa, valendo-se de critérios objetivos, pode entender que a

1 §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.

Acesso ao Sumário

> natureza da ação movida pelo interessado demonstra que ele possui porte econômico para suportar as despesas do processo. A declaração pura e simples do interessado, conquanto seja o único entrave burocrático que se exige para liberar o magistrado para decidir em favor do peticionário, não é prova inequívoca daquilo que ele afirma, nem obriga o juiz a se curvar aos seus dizeres, se de outras provas e circunstâncias ficar evidenciado que o conceito de pobreza que a parte invoca não é aquele que justifica concessão do privilégio. Cabe ao magistrado, livremente, fazer juízo de valor acerca do conceito do termo 'pobreza', deferindo ou não o benefício."[2]

Nessa linha de entendimento vem se orientando a jurisprudência desta Egrégia Corte, sinalizando que, em cada caso, possível em tese ao julgador denegar eventualmente o benefício em tela, se de subsídios constantes dos próprios autos puder concluir que ele, na espécie, não se justifica, apesar da declaração em sentido oposto exibida pelo postulante.

No caso dos autos, o juízo *a quo* indeferiu de plano a gratuidade de justiça:

> "2. Em pese à alegada situação financeira difícil, a empresa encontra-se regularmente constituída e não foi cabalmente demonstrada a total ausência de receitas e patrimônio, suficiente para inviabilizar a assunção dos ônus decorrentes desta demanda. É importante observar que a simples presença de dívidas e protestos e até mesmo eventual pedido de recuperação judicial e falência não se revelam suficientes para demonstrar a 'impossibilidade' no recolhimento das custas e despesas, já que a empresa pode ter outros bens suficientes para saldá-las. Nessas condições, deferir o benefício, que, em última análise, é custeado pelo Estado, equivaleria a carrear à população os ônus que deveriam ser pagos pela requerente, o que não pode ser admitido. Ante o exposto, INDEFIRO o pedido de concessão de gratuidade processual requerido pela embargante a fl. 69, "a".3. [...]" (fls. 40/41)

De fato, se o magistrado tiver fundadas razões, pode indeferir o benefício, contudo, não poderá fazê-lo liminarmente, conforme determina o art. 99, §2º do CPC/2015[3]. Deverá, antes, oferecer oportunidade à parte para a comprovação documental da condição alegada, o que é necessário para, anteriormente ao indeferimento do pedido, analisar sua pertinência e sua necessidade. No caso dos autos, em nenhum momento foi oportunizada à parte a prova de sua alegada

Acesso ao Sumário

2 *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, Ed. Revista dos Tribunais, 8ª edição, pág. 1582.

3 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.

§ 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.

necessidade.

Assim, é caso de dar parcial provimento ao recurso apenas para reconhecer o direito da parte agravante de produzir a prova da necessidade da gratuidade de justiça perante o juízo de primeiro grau, cabendo àquele a apreciação da alegada necessidade e, sendo o caso, deferindo o pedido.

3.- Pelo exposto, **dá-se parcial** provimento ao recurso, nos termos da fundamentação acima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2157863-29.2016.8.26.0000, da Comarca de Guarujá, em que é agravante PREFEITURA MUNICIPAL DE GUARUJÁ, são agravados CONDOMÍNIO EDIFÍCIO GUARUJÁ CENTER e GUARUJÁ CENTER EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª 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 12.114)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMPOS PETRONI (Presidente) e SERGIO ALFIERI.

São Paulo, 28 de novembro de 2016.

MOURÃO NETO, Relator

Ementa: Processual. Ação de cobrança de despesas condominiais em fase de cumprimento de sentença. Concurso de preferência entre crédito condominial e crédito tributário de IPTU, ambos de natureza *propter rem*. Decisão que concedeu ao credor tributário prazo para instrumentalizar a penhora ou arresto no rosto dos autos. Pretensão à reforma. O crédito tributário prefere ao crédito do condomínio e prescinde de execução aparelhada e, consequentemente, de penhora no rosto os autos. Inteligência dos artigos 130, *caput*, e 186, ambos do CTN. Precedentes. Embora possível a reserva do numerário, não é cabível a "habilitação" pretendida pelo credor tributário, pois qualquer medida para levantamento de valores está

Acesso ao Sumário

condicionada à execução a ser manejada pelo credor tributário. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

VOTO

I - Relatório.

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto pela Prefeitura Municipal de Guarujá contra a decisão digitalizada a fls. 92 que, nos autos da ação de cobrança de despesas condominiais movida pelo Condomínio Edifício Guarujá Center em face de Guarujá Center Empreendimentos Imobiliários Ltda., em fase de cumprimento de sentença, determinou a realização de penhora ou arresto no rosto dos autos para análise oportuna do pedido de preferência dos créditos tributários.

Pleiteia a concessão de efeito suspensivo e a reforma do *decisum* para que o crédito tributário municipal seja habilitado com preferência sobre os demais credores existentes nos autos, independentemente de penhora ou arresto no rosto dos autos, nos termos dos artigos 130, parágrafo único, e 186, ambos do Código Tributário Nacional, bem como do artigo 908 do novo Código de Processo Civil.

Foi concedida medida de urgência, apenas para obviar a possibilidade de levantamento do produto da arrematação do imóvel penhorado, na exata medida do valor do credito tributário, até o pronunciamento do Órgão Colegiado (cf. fls. 94/95).

Contraminuta do agravado Guarujá Center Empreendimentos Imobiliários Ltda. a fls. 99/100, acompanhada dos documentos de fls. 101/104, sobre os quais apenas o Condomínio Edifício Guarujá Center se manifestou a fls. 109/111.

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

II - Fundamentação.

Como se depreende dos autos, o Condomínio Edifício Guarujá Center propôs ação de cobrança em face da Guarujá Center Empreendimentos Imobiliários Ltda. e Construções e Incorporações Imobiliárias Ltda., buscando o recebimento das despesas condominiais incidentes sobre a unidade designada como Vaga de Garagem nº V-96 e Vaga V-55, demanda julgada procedente, ora em fase de cumprimento de sentença, com penhora e designação de leilão do imóvel em questão.

A Fazenda Pública do Município de Guarujá requereu a habilitação e sub-rogação dos créditos tributários municipais incidentes sobre o imóvel praceado no produto da arrematação, independentemente de penhora no rosto dos autos, em vista de sua preferência em relação aos demais créditos - o que foi indeferido pelo MM. Juízo *a quo*, dando azo à interposição deste agravo.

Acesso ao Sumário

O artigo 130, *caput*, do Código Tributário Nacional preconiza que "**os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e os relativos a taxas pela prestação de serviço referentes a tais bens, ou a contribuição de melhoria, subrogam-se na pessoa dos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação**".

Conclui-se, assim, que os débitos tributários referentes aos tributos cujo fato gerador é a propriedade, domínio útil ou a posse de bens imóveis constituem obrigação *propter rem*, posto que acompanham o imóvel independentemente da transmissão da propriedade.

Não se ignora que os débitos de condomínio também tenham a mesma natureza. No entanto, o crédito tributário tem preferência a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição. O artigo 186 do Código Tributário Nacional ressalva apenas os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho. E o inciso I do parágrafo único deste mesmo dispositivo legal estabelece que, na falência, o crédito tributário não prefere aos créditos extraconcursais ou às importâncias passíveis de restituição, nos termos da lei falimentar, nem aos créditos com garantia real, no limite do valor do bem gravado.

Nessa linha de entendimento, o C. Superior Tribunal de Justiça assim já decidiu:

> **PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA DE COTAS CONDOMINIAIS. EXECUÇÃO. 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. (3ª Turma - Recurso Especial n. 1.219.219/SP - Relator Ministra Nancy Andrighi - Acórdão de 17 de novembro de 2011).**

Prosseguindo-se no exame, necessário enfrentar o ponto central deste agravo, qual seja: se há ou não necessidade de prévia penhora ou arresto nos rosto dos autos por parte do credor fiscal - como a ora agravante -, para exercício de seu direito de preferência no âmbito de execução singular, na qual disputa

Acesso ao Sumário

com o credor condominial o direito de primazia no levantamento.

Com efeito, "**os artigos 711 a 713 do CPC, sobre privilégio ou preferência do pagamento de débito, com dinheiro apurado em leilão, pressupõem penhora anterior sobre o bem leiloado, falecendo ao requerente que não demonstra tal pressuposto, aptidão processual para disputar a satisfação do crédito que alega possuir**" (STJ - REsp n. 1.288.150/MG - 2ª Turma - Rel. Min. Mauro Campbell Marques - J. 15/12/2011), em nada alterando esse entendimento os dispositivos correspondentes do novo Código de Processo Civil (artigos 908 e 909).

Entretanto, cuidando-se aqui de crédito tributário cujo fato gerador é a propriedade de bem imóvel urbano (IPTU), de natureza *propter rem*, cumpre observar que o parágrafo único do supracitado artigo 130, do Código Tributário Nacional estabelece que, arrematado o bem em praça pública, a sub-rogação opera diretamente sobre o respectivo preço.

No caso concreto, é de se anotar que esse dispositivo legal confere à Fazenda Municipal de Guarujá o direito de requerer seja retido o produto de eventual arrematação, de modo a permitir a satisfação oportuna de seu crédito - o que apenas deverá ocorrer segundo apreciação do juízo da execução fiscal, competente para declarar a existência do crédito e seu valor.

Aliás, esse é o entendimento que se extrai do precedente do C. Superior Tribunal de Justiça citado linhas acima, quando exara que "**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** [ou seja, independentemente de prévia penhora], acrescentando, ainda, que "**Nessa hipótese, reconhecida a preferência do crédito, o levantamento do valor fica condicionado à posterior ajuizamento de execução**" .

Nessa mesma linha de entendimento se colhem os seguintes precedentes deste E. Tribunal de Justiça:

> **Condomínio. Cobrança de despesas comuns. Cumprimento de sentença. Praceamento da unidade geradora do débito. Comparecimento da Municipalidade local com pedido de habilitação de crédito. Hipótese que não comporta habilitação, por não se tratar de processo concursal. Reconhecimento do direito da Fazenda Municipal, contudo, por força de crédito vinculado à propriedade do imóvel, à retenção do produto de eventual arrematação, sobre o qual incidirá o privilégio legal, nos termos do art. 130, parágrafo único, do CTN. Crédito fiscal que prevalece sobre aquele decorrente de encargos condominiais. Irrelevância, nesse caso específico, de não ter previamente a agravante penhorado o mesmo imóvel na execução por ela movida. Valor que deverá ficar retido, a seu tempo, sujeita**

Acesso ao Sumário

a entrega à credora fiscal à manifestação do juízo de sua execução. Agravo de instrumento da Municipalidade parcialmente provido. (TJSP - Agravo de Instrumento n. 2104988-19.2015.8.26.0000 - 29ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. Fabio Tabosa J. 29/7/2015).

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. Concurso de preferências entre despesas condominiais e débito tributário de IPTU. Desnecessidade de prévia penhora. O crédito tributário prefere ao crédito condominial, na forma do art. 186 do CTN, alterado pela LC n. 118/05. Precedentes. Não é possível, contudo, autorizar levantamento de valores ou providência semelhante, senão apenas declarar a prelação e reservar o numerário respectivo. Recurso provido em parte. (TJSP - Agravo de Instrumento n. 2021055-51.2015.8.26.0000 - 28ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. Gilson Delgado Miranda - J. 17/4/2015).

É o caso, portanto, de reforma da decisão guerreada para o fim de reconhecer a preferência do crédito tributário em relação ao crédito condominial, bem como a consequente reserva do valor correspondente; todavia, não é possível cogitar "habilitação", porquanto qualquer medida de levantamento de valores está condicionada à execução a ser manejada pela Fazenda Municipal de Guarujá, credora tributária a quem foi conferida a preferência sobre os valores aqui reservados.

III - Conclusão.

Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, nos termos da fundamentação supra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2173626-70.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes ADRIANA SPROVIERI MENDONÇA (INVENTARIANTE), WALTER FRANCISCO SPROVIERI (ESPÓLIO), YVONNE SPROVIERI MENDONÇA (ESPÓLIO), LUCIANA SPROVIERI MENDONÇA e MARCELO SPROVIERI MENDONÇA, é agravado AO GAUCHO COMERCIAL LTDA.

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 26971)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente), LINO MACHADO e CARLOS RUSSO.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 30 de novembro de 2016.
ANDRADE NETO, Relator

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA - LOCAÇÃO - FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - PENHORA SOBRE ARMA DE FOGO - POSSIBILIDADE - ARREMATAÇÃO CONDICIONADA À APRESENTAÇÃO DE ALVARÁ ou AUTORIZAÇÃO EMITIDA PELO DEPARTAMENTO DA POLÍCIA FEDERAL. AGRAVO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, na fase de cumprimento de sentença condenatória, afastou a penhora sobre arma de fogo sob o fundamento de que a Lei 10.826/03 exige licença especial para o registro e o porte, a qual não pode ser aferida em leilão judicial eletrônico ou judicial.

O agravante insiste na possibilidade de penhora e venda das armas de fogo mediante prévio cadastramento e comprovação da autorização para adquiri-los.

O recurso foi recebido no efeito apenas devolutivo e processado com contraminuta.

É o relatório.

O recurso merece provimento, pois o credor tem direito à satisfação do crédito a despeito da dificuldade de operacionalizar a alienação judicial das armas de fogo penhoradas.

Pois bem, segundo o § 1º[1] do artigo 4º da Lei 10.826/03, para se adquirir uma arma de fogo o interessado deverá, mediante preenchimento dos requisitos legais, obter prévia autorização junto ao Sistema Nacional de Armas - SINARM -, instituído no Ministério da Justiça, no âmbito da Polícia Federal.

Isso significa que os editais de leilão deverão identificar as armas e informar que a conclusão da arrematação/adjudicação ficará condicionada à apresentação, pelo arrematante/adjudicante, da referida autorização de compra, expedida pela Polícia Federal.

Deverá constar, ainda, que se a autorização de compra não for apresentada dentro de 60 dias do lance vencedor, reputar-se-á não concretizada a arrematação, com a perda da caução em benefício do exequente (art. 897 CPC).

Acesso ao Sumário

1 § 1º O Sinarm expedirá autorização de compra de arma de fogo após atendidos os requisitos anteriormente estabelecidos, em nome do requerente e para a arma indicada, sendo intransferível esta autorização.

Por fim, uma vez concretizada a arrematação judicial, a executada ficará obrigada a comunicar a venda à autoridade competente, tal como determina o parágrafo 3º[2] do artigo 4º da Lei 10.826/03.

Isto posto, pelo meu voto, **dou provimento ao recurso** para deferir a realização de leilão judicial (eletrônico ou presencial) das armas de fogo de propriedade da ré, com as observações supra.

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2057061-23.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes JOÃO CARLOS JACOBSEN RODRIGUES E OUTROS, CLAIRE DAS GRAÇAS WOBETO RODRIGUES, JOÃO CARLOS JACOBSEN RODRIGUES FILHO, RAUL JACOBSEN RODRIGUES e JACOBSEN COMPANHIA DE CULTIVOS LTDA., é agravado BANCO CARGILL 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 31751)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO BATISTA VILHENA (Presidente sem voto), AFONSO BRÁZ e PAULO PASTORE FILHO.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2017.

IRINEU FAVA, Relator

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL - Decisão que nega seguimento ao agravo de instrumento interposto na vigência do CPC/1973 - Ausência de certidão de intimação da decisão agravada ou de outro documento que pudesse comprovar a tempestividade do recurso - Peça obrigatória, que deveria ter sido anexada no momento da interposição do recurso - Inteligência do artigo 525, I, do Código de Processo Civil/1973 - Decisão mantida - Recurso não provido.

2 § 3º A empresa que comercializar arma de fogo em território nacional é obrigada a comunicar a venda à autoridade competente, como também a manter banco de dados com todas as características da arma e cópia dos documentos previstos neste artigo.

VOTO

Trata-se de agravo regimental tirado contra decisão monocrática de fls. 511/515, que negou seguimento a agravo de instrumento interposto pelos agravantes antes da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil.

Sustentam os agravantes, em apertada síntese, que os autos do processo são eletrônicos, o que dispensa a apresentação do documento que comprove a tempestividade. Aduzem que deve ser oportunizada à parte a juntada da certidão de intimação da decisão, nos termos do parágrafo único do Novo CPC. Pleiteiam o provimento do recurso, com a reforma da decisão agravada (fls. 1/3).

É O RELATÓRIO.

O recurso em tela não merece provimento.

Os agravantes interpuseram agravo de instrumento, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, contra a decisão de Primeira Instância que deferiu o arresto de 50% de toda a safra de soja a ser colhida nas fazendas indicadas no contrato pactuado entre as partes, respeitando o limite de 14.714 toneladas, de modo a não inviabilizar o regular desenvolvimento da atividade empresarial da executada.

O agravo não foi conhecido por este Relator, conforme decisão a seguir transcrita:

"***O presente agravo foi interposto em 16.03.2016, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973 e, não obstante a aparente relevância dos argumentos, não há de ser conhecido por falta de atendimento a requisito de admissibilidade.***

Conforme o artigo 525, inciso I, do Código de Processo Civil, em vigor quando da interposição do presente recurso, a petição de agravo de instrumento deveria ser instruída, obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado.

Ressalta-se que o presente recurso não foi instruído com qualquer documento que indique o dia em que os agravantes tiveram ciência da decisão recorrida.

Não obstante a afirmação dos recorrentes de que 'tomaram ciência da decisão de fls. 379/380, no dia 04/03/2016' (fls. 6), não juntaram a este recurso qualquer comprovação nesse sentido.

Deste modo, tendo em consideração que a decisão agravada foi proferida em 01/02/2016 (fls. 419/420) e o recurso em tela foi interposto por meio eletrônico em 16/03/2016, não há como aferir a tempestividade recursal, já que ausente cópia de peça obrigatória para verificar se o presente agravo foi apresentado dentro do decêndio legal estabelecido no art. 522 do antigo CPC.

Acesso ao Sumário

A peça faltante deveria ter sido anexada no momento em que o agravo foi protocolizado, não podendo assim ser suprida em momento posterior.

Nesse sentido, oportunas as anotações de Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli e João Francisco N. da Fonseca:

'A juntada das peças obrigatórias do agravo é atribuição do agravante (mesmo no caso de beneficiário da justiça gratuita). Não se admite a apresentação das peças obrigatórias à instrução do agravo após a protocolização deste, ressalvada a hipótese de justo impedimento (JTJ 202/248).' (in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 46. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 705).

'É ônus do agravante a formação do instrumento. Estando este incompleto, por ausência de algumas das peças obrigatórias, deverá o relator negar-lhe seguimento (art. 557 do CPC), descabida diligência para anexação de alguma de tais peças' (1ª conclusão do CETARS). Ainda: 'STJ-Corte Especial, ED no REsp 136.399, Min. Fernando Gonçalves, j. 2.6.04, DJ 21.6.04. Também, mais recentemente: STJ-4ª T., REsp 1.354.701-AgRg, Min. Marco Buzzi, j. 17.10.13, DJ 30.10.13.' (op. cit., p. 705).

Ainda, o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

'PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - TEMPESTIVIDADE - TERMO INICIAL DO PRAZO - JUNTADA DO MANDADO DE INTIMAÇÃO - PRECEDENTES.

1. O STJ firmou entendimento de que, nos casos em que a intimação é feita por oficial de justiça, o prazo para interposição de recurso inicia-se na data da juntada aos autos do mandado cumprido.

2. Recurso especial provido.' (REsp 982.182/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09/12/2008, DJe 27/02/2009).

No mesmo sentido, os julgados deste E. Tribunal de Justiça:

'AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEÇAS OBRIGATÓRIAS. INCISO I, DO ARTIGO 525 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. A Agravante não cumpriu a obrigação legal. Não anexou cópia do termo de juntada do(s) mandado(s) de citação e intimação da decisão agravada, tornando inviável a aferição da tempestividade do recurso. Quando a parte não pratica o ato ou o realiza fora do tempo, de forma irregular ou incompleta, perde a faculdade de assim agir. É o que a doutrina denomina de preclusão, fenômeno que preserva a certeza e a segurança das relações jurídicas de natureza processual. Agravo não conhecido.' (TJSP, Agravo de Instrumento nº 1.250.482-00/8, 34ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Irineu Pedrotti, j. 02.03.2009, v.u.).

Acesso ao Sumário

E também, destaca-se o apontamento de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, em comentário ao art. 525 do CPC:

'Peça obrigatória. Juntada posterior. Preclusão consumativa. O agravante tem de juntar as peças obrigatórias no momento da interposição do recurso. A juntada tardia não supre sua exigência, operada a preclusão consumativa com o ato de interposição do recurso. (STJ, 3ª T., AgRgAg 453352-SP, rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 3.9.2002, DJU 14.10.2002, p. 229)'. (Código de processo civil comentado e legislação extravagante, 13. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1060)."

Buscam os recorrentes, através do presente regimental, a reconsideração da decisão.

Todavia, nada justifica a modificação do julgado, tendo em vista que, quando da interposição do agravo de instrumento, ainda na vigência do CPC/1973, era obrigatória a apresentação de documento que comprovasse a tempestividade do recurso, o que não foi observado pelos agravantes.

Nesse passo, de rigor a manutenção da decisão monocrática.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004836-64.2015.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante WAGNER NILSON GALINDO, é apelado CONDOMÍNIO EDIFÍCIO VERGUEIRO WORK CENTER.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto 14386 - DJV)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS MARIO GALBETTI (Presidente), MARY GRÜN E RÔMOLO RUSSO.

São Paulo, 19 de dezembro de 2016.

LUIS MARIO GALBETTI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Responsabilidade civil - Furto de

motocicleta - Local destinado ao estacionamento de motocicletas pertence ao espaço físico do condomínio réu - Estacionamento oferecido para clientes - Responsabilidade da ré pela segurança e vigilância - Indenização devida - Precedentes deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça - Sentença alterada - Recurso provido.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou improcedente o pedido formulado em ação de indenização por dano material, condenado o autor no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Alega o autor, preliminarmente, que a sentença deve ser anulada, pois carece de fundamentação adequada, violando os arts. 165, 458, II, 535, I e II do CPC e art. 93, IX, da CF.

Segue alegando: a) o local onde a motocicleta foi furtada é destinado a visitantes do condomínio; b) a responsabilidade da ré decorre do dever de guarda e vigilância; e c) é ineficaz a cláusula da Convenção Condominial que exclui sua responsabilidade por prejuízos decorrentes de furtos ou roubos acontecidos em qualquer de suas dependências.

O recurso foi recebido (fl. 116) e contrarrazoado (fls. 119/121).

2. Segundo a inicial, em 29 de outubro de 2013, o autor estacionou sua motocicleta, modelo Honda NX Falcon 400, placa DYN-2187, em um local reservado pelo condomínio réu exclusivamente para o estacionamento de motocicletas. Alega tratar-se de um estacionamento gratuito, sem emissão de ticket, mas destinado ao uso dos clientes do condomínio, contendo vagas demarcadas, placas de sinalização e pessoal de segurança na portaria do condomínio.

O autor afirma ter adotado um comportamento cauteloso, assegurando-se na recepção do condomínio se realmente poderia deixar sua motocicleta naquele local e se o monitoramento realizado por câmeras funcionava. Porém, ao retornar de seu compromisso sua moto não se encontrava mais naquele local.

Em razão do furto ocorrido no estacionamento da ré requer sua condenação ao pagamento de indenização por danos materiais, equivalente ao valor de seu bem subtraído.

Inicialmente, afasto a preliminar arguida pelo apelante.

O fato de uma das partes não obter o resultado esperado em uma demanda não os autoriza a pleitear a nulidade da decisão.

Acesso ao Sumário

A sentença está bem fundamentada e seguiu rigorosamente os dispositivos ventilados pelo autor.

No mérito, a decisão comporta alteração.

A ré não nega a ocorrência dos fatos, mas procura esquivar-se de sua responsabilidade sob a alegação de que "o furto da referida motocicleta ocorreu na área do calçamento público e não dentro das dependências do Condomínio Vergueiro Work Center". E prossegue com sua justificativa: "É fato que, na calçada situada em frente ao Condomínio, existe espaço onde os motociclistas, por hábito, estacionam suas motocicletas quando em visita ao Condomínio. Conduto, tal área não é de responsabilidade particular ou condominial; mas sim, de responsabilidade pública", conferir fls. 24/25.

Mas não é isso o que se extrai dos documentos juntados aos autos.

As imagens de fls. 26/32 evidenciam a existência de um local delimitado para a parada de motocicletas. Há ainda uma placa indicando que essa área é destinada exclusivamente para o "estacionamento de moto".

Muito embora esse local esteja localizado em ambiente externo e desguarnecido de maiores obstáculos que possam inibir a conduta criminosa - a não ser a presença de câmeras de monitoramento - esse espaço, definitivamente, pertence ao espaço físico do condomínio réu, e não ao calçamento público.

A indenização é devida em razão da expectativa e da confiança geradas, bem como dos benefícios, ainda que indiretos, auferidos pela ré.

Com efeito, o estabelecimento que oferece estacionamento aos seus clientes, responde pela reparação dos danos que eventualmente nele ocorram. Nesse sentido, o entendimento deste Tribunal de Justiça:

> INDENIZAÇÃO. Furto de veículo em estacionamento de estabelecimento comercial. Estacionamento agrega valor e comodidade aos serviços oferecidos no local, de modo que inegável sua finalidade de capitação de clientes. Irrelevância de ausência de controle regular de entrada e saída, que seja gratuito, não possua manobrista e tenha acesso para via pública, pois claramente reservado aos clientes, o que torna irrelevante a inexistência de formalização expressa de contrato de depósito. Dever de indenização por danos materiais caracterizado. Pedido de danos morais não acolhidos na sentença de primeiro grau. Recurso não conhecido nessa parte. Sentença de parcial procedência mantida. RECURSO DESPROVIDO, NA PARTE CONHECIDA. (Relator: Paulo Alcides; Comarca: Guarulhos; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 09/03/2016; Data de registro: 09/03/2016).

O Superior Tribunal de Justiça também teve a oportunidade de se manifestar em situação análoga:

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. FURTO DE VEÍCULO. ESTACIONAMENTO.

Acesso ao Sumário

> CONSUMIDOR. PRECEDENTES. 1. O estabelecimento responde pela reparação do dano ou furto de veículo de cliente ocorridos em seu estacionamento (Súmula nº 130/STJ). 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1395416/SC, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 13/06/2014).

De tal modo, é devida a indenização pela perda da motocicleta. A compensação, contudo, deverá corresponder ao valor de mercado do bem à época do furto.

3. Ante o exposto e tudo mais que dos autos consta, **DOU PROVIMENTO** ao recurso para julgar procedente o pedido formulado na inicial e condenar a ré ao pagamento de indenização em valor correspondente ao valor de mercado do bem à época do furto, corrigidos monetariamente pela tabela prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a partir do ajuizamento da ação, com juros de mora legais contados o evento danoso (Súmula 54 do STJ), além do pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 20% sobre o valor da condenação (§3º, art. 20, CPC).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004062-77.2015.8.26.0281, da Comarca de Itatiba, em que é apelante SANDRA CARVALHO LUZ FAGUNDES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado MARIVALTER FRANZINE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª 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 35.587)**

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

São Paulo, 19 de dezembro de 2016.

NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA, Relator

Ementa: Anulação de doação devidamente homologada em inventário. Inadmissibilidade. Requisitos necessários presentes. Doação não ultrapassara a metade disponível da doadora, portanto, o aspecto inoficioso não fora atingido. Formalismo exacerbado apresentado pela apelante é insuficiente para o acolhimento da pretensão. Apelo

Acesso ao Sumário

desprovido.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta tempestivamente, com base na r. sentença de págs. 185/189, que julgou improcedente ação declaratória e anulatória de sentença homologatória de doação.

Alega a apelante que a nulidade do ato de doação é clara e absoluta, pois a doação registrada não foi efetivada, existindo erro no registro apontado. Prosseguindo expôs que não fora intimada ou notificada do aditamento que deu azo à doação, sendo que a procuradora subscritora da petição de doação não tinha poderes para tanto, não sendo respeitados os requisitos do artigo 541 do Código Civil. A seguir disse que não houve observação da formalidade na doação, uma vez que ausente a expressão da vontade, reiterando que não tivera ciência do aditamento efetuado no inventário. Por último, requereu o provimento do apelo, para que seja anulada a doação mencionada.

O recurso foi contra-arrazoado, rebatendo integralmente a pretensão da apelante, além de pleitear a imposição de multa por litigância de má- fé, págs. 199/214.

É o relatório.

2. A r. sentença apelada merece ser mantida.

A doadora observou os requisitos legais, haja vista que fizera constar a doação da parte disponível, portanto, ausente o aspecto inoficioso, além do que, o formal de partilha tivera regular registro na matrícula do imóvel correspondente.

A alegação genérica e superficial de que a doadora não teria participado do ato não tem consistência, mesmo porque, teve origem em formal de partilha, documento público, com homologação por sentença e registro correspondente na circunscrição imobiliária competente na respectiva matrícula do imóvel.

Desta forma, o que efetivamente existe é o inconformismo inconsequente da recorrente, uma vez que na doação não se identifica suporte para que se dê ciência a outros descendentes, porquanto a lei já protege os herdeiros necessários, tanto que impede que a doação ultrapasse a metade disponível do patrimônio da doadora.

Ademais, quem está na livre administração da disposição de seus bens está apto a doar nos limites legais, e fora isso o que aconteceu, por conseguinte, ante o registro público ocorrido, a validade e eficácia da doação se encontram em condições de prevalecer.

Destarte, não se identifica irregularidade na doação mencionada, sendo de rigor a manutenção da improcedência da ação, sobretudo porque a autora vem em busca de formalismo exacerbado, no entanto, isso é insuficiente para

Acesso ao Sumário

dar amparo ao acolhimento de sua pretensão.

Oportuna a transcrição doutrinária:

"*A doação será válida até o limite em que não invalida a legítima dos demais descendentes. Nesse sentido, com fulcro no artigo 1.171 do CC1916, o acórdão em decisão ao REsp. 124.220 afirma: '(...) a doação dos pais a filhos é válida, independentemente da concordância de todos estes, devendo-se apenas considerar que ela importa em adiantamento da legítima. Como tal - e quando muito - o mais que pode o herdeiro necessário, que se julgar prejudicado, pretender, é a garantia da intangibilidade da sua quota legitimária (...)' (STJ, 4ª T., Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julg. 25.11.1997, publ. DJ 13.04.1998 e na RSTJ 107/281).*

A norma em tela é de natureza supletiva, trazendo em seu bojo um elemento natural que poderá, por sua vez, ser afastado por expressa declaração de vontade do doador ao esclarecer que a liberalidade advém da parte disponível, não constituindo com isso adiantamento de legítima. Neste sentido, julgou o STJ: 'Dispensa do dever de colação só se opera por expressa e formal manifestação do doador, determinando que a doação ou ato de liberalidade recaia sobre a parcela disponível de seu patrimônio' (STJ, 3ª T., REsp 730.483, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 03.05.2005, publ. DJ 20.06.2005). Na verdade, o que se pretende, pelas regras do direito sucessório, não é preservar uma igualdade absoluta entre os herdeiros, mas entre as legítimas.

Assim, admite-se que o doador possa determinar que o bem doado saia de sua parte disponível, resultando em um desequilíbrio na divisão de seu patrimônio, a privilegiar certo descendente. O limite, cogente, enfatize-se, está no respeito à intangibilidade das legítimas." (Gustavo Tepedino e outras. Código Civil Interpretado. Volume II. Teoria Geral dos Contratos. Contratos em Espécie. Atos Unilaterais. Títulos de Crédito. Responsabilidade Civil. Preferências e Privilégios Creditórios. Arts. 421 a 965. 1ª edição. Editora: Renovar. 2006. Pág. 225).

Por último, não restou configurada a ocorrência de litigância de má-fé, visto que não verificada nenhuma das hipóteses previstas no Código de Processo Civil, sendo incabível a imposição de multa ao polo ativo.

3. Com base em tais fundamentos, **nega-se provimento ao apelo**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000340-

Acesso ao Sumário

77.2004.8.26.0268, da Comarca de Itapecerica da Serra, em que é apelante MARCELO CALLONI, são apelados JULIA ALVES DE SOUZA e OLINO DE SOUZA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª 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 26738)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MOREIRA VIEGAS (Presidente) e FÁBIO PODESTÁ.

São Paulo, 19 de dezembro de 2016.

JAMES SIANO, Relator

Ementa: AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. Pretensão de reconhecimento da prescrição aquisitiva. Preenchimento dos requisitos, soma das posses dos antecessores, exercidas de forma mansa, pacífica, ininterrupta e de boa-fé. Sentença de procedência. Apela o réu, alegando ausência dos requisitos essenciais à usucapião, pois o imóvel faria parte de loteamento clandestino, sendo a posse resistida pelo proprietário. Descabimento. Usucapião. Preenchimento dos requisitos do art. 1.238, CC. Pertinência do reconhecimento da prescrição aquisitiva. Regularidade do loteamento ou mesmo do imóvel que não são pré- requisitos essenciais à usucapião. Reconhecimento de que não é a usucapião que tornará a ocupação, já existente, irregular, além do que o autor não pode ser prejudicado por algo a que não deu causa. Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de f. 497/497vº que julgou procedente a ação de usucapião extraordinário proposta por Olino de Souza e Outro em face de Marcelo Calloni.

Apela o réu (f.514/517) sustentando: (i) preliminarmente, a inépcia da inicial; (ii) a propriedade em tela encontra-se em área de loteamento clandestino; (iii) a ausência de posse mansa e pacífica, pois houve tentativa de reintegração, sem sucesso.

Recurso respondido (f.526/536).

É o relatório.

Improcedem as razões recursais.

Inicialmente, destaca-se não prosperar a preliminar de inépcia da inicial, uma vez preenchidos os requisitos para a propositura da demanda. O pedido é certo e determinado, não havendo dúvidas quanto ao pleito do autor. O fato de entender o réu que as alegações não são verídicas não tem o condão de extinguir a ação em sua fase inicial.

Segundo se depreende, o autor teria preenchido os requisitos previstos no art. 1.238[1] do Código Civil, se mostrando de rigor o reconhecimento da prescrição aquisitiva.

Em que pesem as alegações do apelante, e muito embora fosse o ideal, a regularidade do loteamento, ou mesmo do imóvel, não são pré-requisitos necessários à usucapião. Aliás, assim já se manifestou esta Câmara:

> USUCAPIÃO - Sentença de procedência - AGRAVO RETIDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - Pretensão ao indeferimento da petição inicial, por veicular a pedido de aquisição de imóvel em loteamento irregular - Inadmissibilidade - **Irregularidade do parcelamento do solo não é óbice ao reconhecimento da aquisição do bem pela usucapião - Inteligência do art. 1.238, do CC**. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - Pretensão à inversão do julgado - Análise prejudicada. Reconhecimento, de ofício, de que o julgamento da lide se encontra eivado de nulidade por ausência de citações pessoais imprescindíveis - Hipótese em que não houve citação das pessoas apontadas como antigos proprietários e possuidores, e nem dos proprietários dos imóveis confrontantes - Art. 942, do CPC e Súmula 391 do STF. Sentença anulada - AGRAVO RETIDO DESPROVIDO, RECURSO DE APELAÇÃO PREJUDICADO. (TJSP - 5ª Câmara de Direito Privado - Apelação nº 0002210-36.2012.8.26.0347 - Matão - rel. Des. FÁBIO PODESTÁ - j. 10.03.2016).
>
> USUCAPIÃO - IMÓVEL - PARCELAMENTO IRREGULAR DO SOLO - IRREGULARIDADES NO PARCELAMENTO DO SOLO QUE NÃO TEM O CONDÃO DE INFLUENCIAR O RESULTADO DA DEMANDA - ANÁLISE RESTRITA AOS REQUISITOS PARA DECLARAÇÃO DE DOMÍNIO - PRECEDENTES - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. (TJSP - 5ª Câmara de Direito Privado - Apelação nº 0001025-62.2011.8.26.0099 - Bragança Paulista - rel. Des. MOREIRA VIEGAS - j. 21.10.2015). (*grifo nosso*)

Ademais, como bem salientado pelo i. Procurador de Justiça, não é o reconhecimento da usucapião que tornará a ocupação, já existente, irregular, porém poderá ser o caminho na busca da regularização do imóvel e, por conseguinte, do loteamento.

1 **Art. 1.238**. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Acesso ao Sumário

Por fim, o autor não pode ser prejudicado por algo a que não deu causa (loteamento irregular).

Da mesma forma, apesar do réu alegar a resistência à permanência dos autores no local, inexiste demonstração da alegada oposição ou tentativa de reaver a posse, não ficando descaracterizada, portanto, a mansidão da posse.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0142637-48.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante AK10 EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES SPE LTDA., é apelado CONDOMÍNIO EDIFÍCIO CRYSTAL CAMPO BELO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11796)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVÉRIO DA SILVA (Presidente), THEODURETO CAMARGO e ALEXANDRE COELHO.

São Paulo, 13 de janeiro de 2017.

SILVÉRIO DA SILVA, Relator

Ementa: Apelação. Produção Antecipada de Provas. Prova Pericial. Prova realizada. Sentença que declarou encerrado o processo. Inconformismo da apelante, sob a alegação de não constar no pedido de Produção antecipada de provas a ação principal. Desnecessidade. O pedido de produção antecipada deve se limitar a urgência e necessidade das provas que serão realizadas. O interessado poderá inclusive deixar de utilizar da prova ou fazer uso em processo administrativo. Impugnação que deve se limitar a necessidade e utilidade da prova. Outras questões poderão ser apresentadas na ação principal, se houver. Sentença mantida. Recurso improvido.

VOTO

A r. sentença de fls. 881/882, nos autos da ação cautelar de produção

de provas, declarou findo o processo. Ante a inexistência de lide, não houve a condenação em sucumbência.

Inconformada, apela a corré AK 10 EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES SPE LTDA., fls. 889/898, pugnando pelo provimento de seu recurso para reforma da sentença para julgar o feito extinto sem resolução do mérito, seja pela inépcia da inicial, seja pela ausência das condições da ação cautelar.

Apelação recebida em seus regulares efeitos, fls. 902, o que foi reconsiderado após a decisão de fls. 935, tendo por fim a apelação sido recebida apenas no efeito devolutivo, nos termos do art. 520, IV do CPC/73.

Contrarrazões do autor às fls. 905/914.

É o relatório.

Trata-se de ação cautelar de produção antecipada de provas formulada por CONDOMÍNIO EDIFÍCIO CRYSTAL CAMPO BELO contra AK 10 EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES SPE LTDA. e TOLEDO FERRARI CONSTRUTORA E INCORPORADORA, onde pretende o autor a realização de perícia para a constatação de vícios na construção do edifício, em suas áreas comuns, tais como infiltrações nas garagens, a forma de disposição das vagas e área de manobra, piso das garagens e fechamento dos nichos e depósitos.

Apela o corréu AK 10 EMPREENDIMENTOS querendo a extinção da ação, alegando que a petição inicial é inepta, por violação ao art. 801, III do CPC/73, pois não foi indicada a lide e seu fundamento, e que apenas a ciência da ação principal a ser futuramente proposta possibilitaria, de fato, a apreciação do cabimento, ou não, da medida cautelar no caso concreto; que o procedimento cautelar estabelece uma necessária relação de dependência com uma ação principal a ser proposta. Alega que não cabe a produção antecipada de laudo pericial, se não comprovado o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*; que houve cerceamento de defesa, já que não pôde elaborar quesitos; que houve a concessão da tutela cautelar anteriormente à citação das rés.

Nada obstantes os argumentos trazidos pela corré AK 10 em suas razões recursais, alvitro ser o caso de se manter a sentença proferida, tal como lançada.

Preliminarmente, não há que se falar em inépcia da inicial.

A hipótese da ação cautelar de produção antecipada de provas é exceção ao quanto previsto no art. 806, não se aplicando sequer o prazo de trinta dias lá previsto. Esse o entendimento do c. Superior Tribunal de Justiça:

> "*PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. EFICACIA. PROPOSITURA DA AÇÃO PRINCIPAL. MEDIDA CONSERVATIVA DE DIREITO.*

Acesso ao Sumário

1. O prazo de trinta dias previsto no ***art. 806 do CPC*** *só se aplica as* ***cautelares que importarem em restrição de direitos.*** ***A produção antecipada de prova é medida conservativa de direito, portanto, não está obrigado o autor a propor a ação principal*** ***no referido prazo*** *de modo a ter como válidas as provas antes produzidas.*

2. Recurso não conhecido." (STJ, REsp 59.507, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 01.12.1997 grifei).

E no mesmo sentido, julgados de diversos tribunais:

"*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. NÃO INCIDÊNCIA DO PRAZO DO ART. 806 DO CPC. SENTENÇA REFORMADA. O prazo extintivo previsto no art. 806, do CPC não se aplica à ação cautelar de produção antecipada de prova, pois que a sua finalidade é apenas a produção e o resguardo da prova, não acarretando ofensa à esfera jurídica da parte contrária, razão pela qual deve a prova produzida nos autos homologada. APELO PROVIDO.*" (Apelação Cível n. 70042943936, 5ª Câmara Cível, TJ-RS, Rel. Gelson Rolim Stocker, j. 29.02.2012).

"*PROCESSO CIVIL. MEDIDAS CAUTELARES. NÃO INDICAÇÃO DO VALOR DA CAUSA. INÉPCIA. INOCORRÊNCIA. CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. INAPLICABILIDADE DO PRAZO DO ART. 806 DO CPC. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. RECUSA ILEGÍTIMA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DO FATO.*

I - ***Não há inépcia da inicial mesmo se não feita a indicação do valor da causa, pois a hipótese não figura dentre aquelas previstas no art. 295, I do CPC****.*

II - O prazo de trinta dias do ***art. 806 do CPC não se aplica às ações cautelares de produção antecipada de provas. Precedentes do STJ****.*

III - Sendo ilegítima a recusa em exibir instrumento contratual, a conseqüência não poderia ser outra a não ser a presunção de veracidade do fato que se pretendia provar por meio do documento sonegado, na forma do art. 359, II do CPC.

IV - Perda do objeto quanto à suspensão de processo eleitoral diante da realização de eleições posteriores.

V - Recurso e remessa necessária conhecidos e parcialmente providos." (Apelação AC 65930/RJ 94.02.14150-2 - 5ª Turma Especializada do TRF-2ª Região - Rel. Mauro Luís Rocha Lopes - j. 17.10.2007).

É de se ressaltar que a produção antecipada de provas, ainda, tem caráter satisfativo, e não necessariamente deverá instruir um processo judicial posteriormente, podendo ser, inclusive, utilizado em atos administrativos. Dessa forma, é cabível, inclusive, a produção da prova pericial, como se denota:

Acesso ao Sumário

"*PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. NÃO-INCIDÊNCIA DO PRAZO DO ART. 806 DO CPC.*

1. 'A divergência entre julgados do mesmo Tribunal não enseja recurso especial.' (Súmula 13 do STJ).

2. A ***ação cautelar de produção antecipada de provas****, ou de asseguração de provas, segundo Ovídio Baptista,* ***visa assegurar três grandes tipos de provas****: o depoimento pessoal, o depoimento testemunhal e a* ***prova pericial*** *(vistoria* ad perpetuam rei memoriam*);* ***essa medida acautelatória*** ***não favorece uma parte em detrimento da outra****, pois zela pela própria finalidade do processo - que é a justa composição dos litígios e a* ***salvaguarda do princípio processual da busca da verdade****.*

3. Ao interpretar o art. 806, do CPC, a doutrina e a jurisprudência pátrias têm se posicionado no sentido de que ***este prazo extintivo não seria aplicável à ação cautelar de produção antecipada de provas****, tendo em vista a sua* ***finalidade*** ***apenas de produção e resguardo da prova****, não gerando, em tese, quaisquer restrições aos direitos da parte contrária.*

4. Na hipótese dos autos, a liminar concedida na cautelar de produção antecipada de provas suspendeu os efeitos da Portaria 447/2001 expedida pela FUNAI, impedindo que esta procedesse à demarcação das áreas consideradas indígenas, configurando, assim, restrição de direito.

5. Entretanto, a medida de antecipação de provas é levada a efeito por auxiliares do juízo e dela depende a propositura da ação principal, onde, através de provimento de urgência, pode-se evitar um mal maior e irreversível.

6. O prazo do trintídio tem como ratio essendi *a impossibilidade de o autor cautelar satisfazer-se da medida provisória, conferindo-lhe caráter definitivo.*

7. In casu*, a propositura da ação principal não depende do autor, posto inconclusa a perícia. Destarte, declarada essa caducidade, o* periculum in mora *que se pretende evitar com a perícia será irreversível e infinitamente maior do que aguardar a prova e demarcar* oportuno tempore *a área.*

8. Recurso especial provido." (STJ, REsp 641.665, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 04.04.2005).

Por esse motivo, também não há que se falar em cerceamento de defesa, até posteriormente houve a oportunidade de as partes impugnarem o laudo apresentado e requererem explicações complementares.

De todo modo, pela narrativa da petição inicial, fica evidente também a necessidade de se realizar a perícia o quanto antes, a fim de posteriormente se averiguar a existência e a extensão dos vícios e imputação de responsabilidade

Acesso ao Sumário

aos requeridos, sob pena de deterioração da prova de forma que fosse impossibilitada tal distinção, se os vícios seriam decorrentes de atos ou omissões das rés, ou decorrentes da própria ação do tempo. Assim, em se tratando do cumprimento dos requisitos da ação cautelar (*fumus boni juris* e *periculum in mora*), é possível a concessão da liminar *inaudita altera parte*.

A alegação de cerceamento de defesa não merece guarida. Eventual vício na prova produzida poderá ser levantado no processo onde eventual possa ser aproveitada a prova. Mas de qualquer modo é limitada as impugnações que poderão ser apreciadas na produção antecipada de provas.

A **produção antecipada** de prova é medida cautelar onde a **sentença** não deve entrar na análise do mérito da prova ou de futura pretensão. Neste sentido, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL - Ação cautelar de produção antecipada de provas - Sentença homologatória - Inaplicabilidade do artigo 458, do CPC - Preliminar de ilegitimidade de parte - Impossibilidade de sua apreciação. 1. Na ação cautelar de produção antecipada de provas, dada a sua natureza não litigiosa, meramente conservativa de direito, não se exige do magistrado a fundamentação da sentença homologatória com os requisitos do artigo 458, do CPC. 2. A contestação, na ação cautelar de produção antecipada de provas, deve limitar-se à necessidade e à utilidade da tutela a ser garantida na cautelar, não sendo cabível, portanto, o exame da ilegitimidade da parte, questão que deverá ser levantada e apreciada na ação principal. Precedente desta Corte. 4. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ - RESP nº 264.600 - SP - 1ª T. - Rel. Min. José Delgado - DJU 25.02.2002).

O que cabe ao magistrado prolator da sentença é analisar os requisitos para concessão da liminar, e após produzida a prova, meramente a homologar, sequer se tratando, a princípio, de procedimento litigioso. Portanto, a r. sentença deve ser confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir pelo desprovimento do recurso, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Quanto à aplicação do disposto no **art. 85, § 11** do CPC/2015, de acordo com o **Enunciado administrativo n. 7 do c. STJ**, aprovado pelo Plenário do STJ na Sessão de 9 de março de 2016, "*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.*"

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1064878-54.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PINUSCAM INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MADEIRA LTDA, são apelados REPORTER BRASIL ORGANIZAÇAO DE COMUNICAÇÃO E PROJETOS SOCIAIS e INSTITUTO ETHOS DE EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL.

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 28193/TJ)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALVARO PASSOS (Presidente), GIFFONI FERREIRA E ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JÚNIOR.

São Paulo, 10 de janeiro de 2017.

ALVARO PASSOS, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Pretensão de ressarcimento em decorrência de informações disponibilizadas nos sítios eletrônicos das rés - Publicação indevida - Não ocorrência - Ausência de danos morais, pois foram veiculados fatos verdadeiros e facilitado o acesso às informações divulgadas por órgãos públicos por meio de criação de sistemas eletrônicos de busca - Imposição de multa por litigância de má-fé - Não cabimento - Não enquadramento nas hipóteses legais - Sentença de improcedência mantida, ratificando-se seus fundamentos, a teor do art. 252 do RITJSP - Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 1188/1192, cujo relatório se adota, que julgou improcedente a ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos morais, condenando a demandante no pagamento de custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios.

Inconformada, apela a recorrente pugnando pela reforma da decisão, diante dos argumentos expostos nas razões de fls. 1195/1213.

Com a resposta, subiram os autos para julgamento.

É o relatório.

A r. sentença deve ser confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir pelo improvimento do recurso, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Tal dispositivo estabelece que "*Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*", e tem sido amplamente utilizado por suas Câmaras, seja para evitar inútil repetição, seja para cumprir o princípio constitucional da razoável duração dos processos[1].

O COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA tem prestigiado este entendimento quando predominantemente reconhece "*a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum*" (REsp n° 662.272-RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j . de 4.9.2007; REsp n° 641.963-ES, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j . de 21.11.2005; REsp n° 592.092-AL, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j . 17.12.2004 e REsp n° 265.534- DF, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j de 1.12.2003).

Consigna-se que, corretamente, a r. sentença assentou que o acolhimento do pedido formulado pela autora implicaria inexorável cerceamento de direito fundamental à liberdade de informação jornalística.

Transcreva-se, por oportuno, "consoante se depreende dos elementos de prova constantes dos autos, as rés apenas prestaram uma informação verdadeira, qual seja, a de que a autora foi fiscalizada pelos órgãos federais responsáveis pela erradicação do trabalho escravo em nosso País. Aliás, tal fato não é questionado pela autora, a qual reconhece que é ré em uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho derivada da aludida fiscalização."

E segue: "as rés, em nenhum momento, exerceram qualquer espécie de juízo de valor, mas apenas exerceram um direito de livremente divulgarem uma informação que é pública e verdadeira."

Com efeito, de uma simples leitura, nota-se que inexiste qualquer intenção de denegrir a imagem da recorrente, tendo sido veiculado fatos verdadeiros e

Acesso ao Sumário

1 Anote-se, dentre tantos outros: AI nº 99010271130-7, Rel. Des. Caetano Lagrasta, em 17/09/2010; Apelação 99109079089-9, Rel. Des. Moura Ribeiro, em 20/05/2010; Apelação n° 990.10.237099-2, Rel. Des. Luiz Roberto Sabbato, em 30.06.2010; Agravo de Instrumento 99010032298-2, Rel. Des. Edgard Jorge Lauand, em 13/04/2010; Apelação 991.09.0841779, Rel. Des. Simões de Vergueiro, em 09/06/2010; Apelação 991000213891, Rel. Des. Paulo Roberto de Santana, em 09/06/2010; Apelação nº 99208049153-6, Rel. Des. Renato Sartorelli, em 01/09.2010; Apelação nº 992.07.038448-6, São Paulo, Rel. Des. Cesar Lacerda, em 27/07/2010; Apelação nº 99206041759-4, Rel. Des. Edgard Rosa, em 01/09/2010; Apelação nº 99209075361-4, Rel. Des. Paulo Ayrosa, em 14/09/2010; Apelação nº 99202031010-1, Rel. Des. Mendes Gomes, em 06/05/2010; Apelação nº 99010031067-4, Rel. Des. Romeu Ricupero, em 15/09/2010.

facilitado o acesso às informações divulgadas por órgãos públicos por meio de criação de sistemas eletrônicos de busca.

É certo que o direito de informar é o sustentáculo do regime democrático e garantia das liberdades públicas, e o seu preço é a responsabilidade com que ele é exercido. Dessa forma, afastada a censura do nosso ordenamento jurídico, por disposição constitucional expressa, subsiste a responsabilidade dos meios de comunicação por aquilo que divulgam, respondendo por danos morais, materiais e à imagem. Entretanto, tal obrigação apenas pode surgir quando verificada a prática de conduta ilícita, o que não ocorreu na hipótese vertente, conforme o supramencionado.

Destarte, considerando que não se verificou ilicitude na atuação das apeladas, fica afastada a pretendida indenização.

Por fim, o pedido de litigância de má-fé, feito em contrarrazões, não merece prosperar, visto que a conduta da apelante não se enquadra nas hipóteses previstas no art. 80 do Código de Processo Civil, bem como apenas configura o exercício de seu direito de ajuizar o recurso cabível em razão de seu inconformismo, cuja interposição é assegurada legal e constitucionalmente.

E outros fundamentos são dispensáveis, diante da adoção integral dos que foram deduzidos na r. sentença, e aqui expressamente adotados para evitar inútil e desnecessária repetição, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Pelo exposto, **nego provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1016201-89.2013.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante AYRES ANTONIO PAES DE OLIVEIRA, é apelado ASSOCIAÇÃO ALPHAVILLE RESIDENCIAL 11.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.191)**

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

São Paulo, 23 de janeiro de 2017.

CHRISTINE SANTINI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Associação - Contribuição e taxa de associado - Ação declaratória de inexistência de obrigação de pagar despesa associativa cumulada com pedido de desligamento da associação - Sentença que julgou improcedente a ação - Recurso de apelação interposto pelo coautor Ayres Antonio - Irregularidade de representação processual da ré não verificada - Cobrança de taxa que se mostra indevida em face de proprietário de imóvel que não seja associado, conforme entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça - Observância ao princípio constitucional de que ninguém pode ser obrigado a se associar a qualquer entidade - Hipótese dos autos, contudo, em que o coautor Ayres Antonio aderiu à associação requerida já quando da aquisição do lote, obrigando-se pelo pagamento das taxas de manutenção - Impugnação ao rateio de despesas com obras e serviços realizados pela associação requerida, em especial àqueles referentes à construção de uma academia, ao argumento de que tais obras e serviços não se enquadram nos objetivos da associação - Descabimento - Obras e serviços listados na inicial que se enquadram nos objetivos previstos no estatuto da requerida - Despesas, ademais, que foram regularmente aprovadas em assembleia geral - Cobrança devida - Manutenção da R. Sentença. Nega-se provimento ao recurso de apelação.

VOTO

1. Trata-se de ação de declaratória de inexistência de obrigação de pagar despesa associativa cumulada com pedido de desligamento da associação movida por Ayres Antonio Paes de Oliveira, Pedro Carlos Benedito Rosa da Silva e outros em face de Associação Alphaville Residencial 11, alegando, em síntese, que são proprietários de unidades do loteamento denominado "Alphaville Residencial 11", administrado pela ré, e que esta passou a cobrar na taxa associativa valores referentes a obras e serviços que estão fora dos objetivos previstos no estatuto da associação, referentes inclusive a construções em áreas públicas que pertencem ao município de Santana de Parnaíba e, portanto, não se incorporam ao patrimônio da associação ou dos associados. Postulam, nesses termos, seja declarada a obrigação de pagamento apenas das taxas referentes aos serviços constantes no objetivo da associação ou, alternativamente, a

Acesso ao Sumário

declaração de seus desligamentos do quadro associativo, com devolução de valores cobrados antecipadamente.

A ação foi julgada improcedente, nos termos da R. Sentença de fls. 342/345, com a condenação dos autores ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% sobre o valor da causa atualizado.

Embargos de declaração (fls. 350/351) foram acolhidos em parte, apenas para homologar o pedido de desistência manifestado pela coautora Maria Elisa Pereira Pedroso do Amaral e anotar o valor da causa referente ao aditamento de fls. 129/131, nos termos das R. Decisões de fls. 352/353 e 357.

Inconformado, apela o coautor Ayres Antonio Paes de Oliveira, reiterando, de início, a irregularidade de representação da ré, pelo fato de a procuração outorgada a suas advogadas ter sido assinada apenas pelo seu Diretor Presidente, e não por ele e por um dos Diretores, como determina o artigo 54, inciso I, de seu estatuto. No mais, sustenta o desacerto da R. Sentença, pleiteando sua reforma para que seja declarada sua obrigação pelo pagamento tão-somente das despesas que fazem parte do objetivo da associação ou, ainda, para que seja deferido o pedido subsidiário de desligamento da associação. Requer, alternativamente, a redução da verba honorária a patamar razoável, uma vez que excessivo o percentual de 20% fixado pela R. Sentença apelada (fls. 358/367).

Processado regularmente o recurso, foram apresentadas contrarrazões (fls. 380/390).

Não houve oposição das partes ao julgamento virtual do recurso, nos termos de certidão de fls. 437.

É o relatório.

2. Anote-se, de início, que o recurso de apelação, interposto em 27.11.2014 (fls. 358), tem por objeto sentença proferida em 03.11.2014 (fls. 345) e publicada em 13.11.2014 (fls. 348/349). Assim, face ao princípio do *tempus regit actum* e ao entendimento firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.465.535/SP, devem ser aplicadas à hipótese as disposições do Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869/73), diploma vigente à época em que prolatada a R. Sentença apelada.

Descabido, por primeiro, cogitar de irregularidade na representação processual da ré.

Malgrado não conste do instrumento de procuração de fls. 156 a assinatura de um dos diretores da ré, tal como previsto no artigo 54, inciso I, de seu estatuto, é de se entender cumprida a finalidade da outorga, que outra não é senão a representação da requerida nos autos do Processo nº 1016201-89.2013.8.26.0068. Suficiente para tanto a assinatura do referido mandato pelo presidente da associação, o Sr. Milton Domingues Petri, que evidentemente

Acesso ao Sumário

detém poderes para representar a apelada.

Ademais, eventual deficiência na representação processual da apelada constitui mera irregularidade, sanável nas instâncias ordinárias, pois a natureza do prazo para regularização não é peremptório (STJ, REsp. nº 125.259/SP).

No mais, melhor sorte não socorre o apelante.

De início, reformulo entendimento anterior sobre a matéria.

Anteriormente, entendia-se que se a associação foi constituída, estando as despesas cobradas aprovadas em assembleia, seria responsabilidade de todos os beneficiados os custos de tais serviços. Desta forma, seria lícita a cobrança pretendida fundada na existência de um "condomínio de fato".

Logo, sendo o condômino beneficiado pelos serviços oferecidos por tal condomínio de fato, deveria efetuar os pagamentos a eles correspondentes, sob pena de enriquecimento ilícito, pois estaria usufruindo das benfeitorias, no tocante às quais o pagamento estaria sendo feito por outros condôminos. Assim, apesar da previsão Constitucional de que ninguém pode ser obrigado a se associar a qualquer entidade, entendia-se que tal garantia não dava ao associado o direito de beneficiar-se dos serviços executados pela associação, sem que se sujeitasse às respectivas contraprestações.

Ocorre que o Egrégio Supremo Tribunal Federal (RE 432.106-RJ, 1ª T., rel. Min. Marco Aurélio, j. 20.09.2011, DJe 04.11.2011) e o Egrégio Superior Tribunal de Justiça (EResp. n. 44.931/SP, DJU 01.02.2006; AgReg no Resp n. 1.061.702/SP, j. 18.08.2009, AgReg no Ag 953.621/RJ, j. 01.12.2009; e AgReg no EResp n. 1.003.875, j. 15.08.2010), pacificaram o entendimento no sentido de não ser devida a cobrança de despesas de conservação e segurança por associações de moradores em face de proprietário de imóvel que não seja associado, em respeito ao princípio constitucional de que ninguém pode ser obrigado a se associar a qualquer entidade.

As decisões a respeito da matéria são reiteradas, o que me leva a me curvar a tal posicionamento, ressalvadas hipóteses especialíssimas de previsões existentes no próprio registro imobiliário acerca da exigibilidade das despesas e outros casos que possam eventualmente surgir com circunstâncias fáticas que levem à adoção de tese diversa.

Acesso ao Sumário

No caso em tela, contudo, o próprio coautor Ayres Antonio confirma ser associado da ré (fls. 04), cingindo-se a controvérsia à legalidade da taxa de manutenção cobrada pela associação requerida no tocante aos valores referentes aos serviços e obras listados a fls. 08, notadamente aqueles relacionados à construção de uma academia.

Segundo o coautor Ayres Antonio Paes de Oliveira, ora apelante, os referidos serviços e obras não se enquadram nos objetivos da associação, listados no artigo 3º, incisos II e III, de seu estatuto, não havendo, portanto, que

cogitar do rateio das respectivas despesas entre os associados.

Sem razão, contudo.

Nos termos do artigo 3º, incisos I a VI, do estatuto de fls. 65/91, são objetivos Associação Alphaville Residencial 11:

"Art. 3º. A Associação tem como objetivo:

I) zelar pela obediência às normas constante do Regulamento Interno, Código de Edificação e normas impostas nos termos do Contrato padrão da Construtora Albuquerque Takaoka ao empreendimento denominado 'Sociedade Alphaville Residencial 11';

II) efetuar os serviços de limpeza dos lotes, vigilância administrativa, área de lazer e conservação do muro ou cerca de segurança na extensão pertinente ao loteamento Alphaville Residencial 11, bem como a manutenção dos jardins da Avenida Alpha Norte, no trecho lindeiro ao Residencial Alphaville 09, recebendo os preços contratualmente ajustados para os serviços prestados, de acordo com o título aquisitivo de cada associado;

III) aprovar as plantas apresentadas pelos proprietários ou titulares de direitos sobre os imóveis localizados em ALPHAVILLE RESIDENCIAL 11;

IV) promover o convívio e o bom entendimento entre os moradores e proprietários de lotes do ALPHAVILLE RESIDENCIAL 11*;*

V) promover a confraternização e solidariedade entre os associados, estimulando a criação de meios para a consecução dos objetivos da associação;

VI) zelar pela preservação do patrimônio histórico, artístico, cultural e do meio ambiente da Associação e da comunidade de Santana de Parnaíba." (fls. 65) (g.n.).

Ainda, prevê o parágrafo primeiro do referido dispositivo que:

"*Art. 3º. ...*

...

§1º: As fontes de recursos, para os pagamentos das despesas dos serviços que a associação se obriga a prestar, são as cobradas nas ***taxas mensais pagas pelos associados*** *e aprovadas em assembleia geral ordinária, multas, contribuições e/ou doações e rendas diversas.*" (fls. 65).

Evidente, portanto, que os serviços e obras listados a fls. 08, em especial aqueles referentes à construção da academia do Alphaville Residencial 11, não contrariam os objetivos da associação requerida, pois, conforme exposto, tem ela o objetivo de promover o convívio entre os moradores e proprietários, assim como a confraternização e solidariedade entre os associados, através da

Acesso ao Sumário

criação de meios para a consecução de tais objetivos da associação, bem como a obrigação de efetuar os serviços de limpeza e vigilância do loteamento, ofertar segurança administrativa e área de lazer, conservar o muro de segurança na extensão pertinente ao loteamento e realizar a manutenção dos jardins e área comum, entre outras incumbências.

Especificamente no que tange às despesas com a construção da academia, não se vislumbra qualquer conflito em relação aos objetivos da associação requerida pelo fato de a mesma ter sido construída sobre área pública.

Conforme assinalou o MM. Juízo *a quo*:

"...A associação obteve da municipalidade a concessão de uso do bem público, assim, a academia e as demais benfeitorias que*, antes poderiam beneficiar toda a população, através da concessão, agora somente podem ser usufruídas pela parcela certa e determinada de moradores abrangidos pela associação."* (fls. 344).

Descabido, outrossim, cogitar do afastamento do rateio das despesas com os serviços e obras listados a fls. 08 ao argumento de que a presença dos associados na assembleia em que aprovadas as referidas despesas "*foi muito baixa e, neste caso, entende-se que a maioria que aprovou as despesas na assembleia, para o que foi contestado, não pode ser arguido como vontade da maioria*" (fls. 363).

Ao que consta dos autos, todas as despesas listadas a fls. 08, incluídas aquelas referentes à construção da academia, foram regularmente aprovadas em assembleia (fls. 92/94) pelo quórum previsto no estatuto da associação requerida (fls. 68/71), não havendo, pois, que cogitar de qualquer irregularidade.

Não há, por fim, que acolher-se o pedido de exclusão do coautor Ayres Antonio dos quadros da associação requerida.

Conforme consta dos autos, o coautor Ayres Antonio adquiriu o lote de terreno nº 07, quadra 23, do loteamento "Alphaville Residencial 11" em 30.09.1991 (fls. 163), aderindo voluntariamente à associação requerida, constituída em 08.05.1991, e obrigando-se ao pagamento, nos prazos fixados, da "*taxa mensal proposta pela Diretoria e revisada pelo Conselho Deliberativo e aprovada pela Assembleia Geral Ordinária*" (fls. 67 e 174).

Ou seja, quando da aquisição do referido lote, o coautor Ayres Antonio tinha ciência prévia da obrigatoriedade de pagamento de taxas mensais de conservação, limpeza etc., devidamente aprovadas em assembleia, aderindo voluntariamente a seu pagamento, eis que ninguém o obrigou a adquirir lote de terreno exatamente naquele loteamento em que vigia cláusula estatutária válida imposta a todos os associados à requerida, não podendo, a essa altura, simplesmente desligar-se da ré para livrar-se do pagamento do rateio das despesas listadas a fls. 08.

Acesso ao Sumário

Com efeito, é pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que as restrições urbanísticas convencionais impostas pelo loteador têm prevalência sobre as leis urbanísticas na hipótese de serem as primeiras mais exigentes, passando, nesse caso, as convenções a fazer parte da legislação urbanística como normas de exceção incidentes na situação nelas estipuladas.

Nesse sentido, confira-se a lição do mestre Hely Lopes Meirelles (*in* "Direito de Construir", 7ª edição, Malheiros, páginas 71 e 72):

> "*As restrições gerais de vizinhança são comuns e freqüentes nos planos de loteamento e nos compromissos desses terrenos, visando a assegurar ao bairro os requisitos urbanísticos convenientes à sua destinação. Com essas restrições de caráter negocial,* ***mas de finalidade nitidamente coletiva****, os particulares suprem a deficiência de nossa legislação urbanística e asseguram ao bairro a privacidade residencial e as condições de conforme e harmonia estética previstas no plano de urbanização do loteamento.*
>
> ***São restrições de ordem urbanística, e por isso atendem não só ao interesse individual dos contratantes como ao de todos os moradores do bairro****. Equiparam-se, assim, às estipulações em favor de terceiros, nas quais tanto os estipulantes como os beneficiários podem exigir o cumprimento do estipulado (Código Civil, art. 1.098). Na verdade, o que se tem por objetivo nestas restrições gerais ao direito de construir é* ***o interesse de todos*** *na formação e manutenção do bairro com as condições de conforme e bem-estar idealizadas e procuradas por seus moradores.* ***Inadmissível é que qualquer vizinho descumpra as imposições urbanísticas, para construir em descordo com o estipulado a favor dos moradores do bairro. Além disso, o desatendimento das restrições urbanísticas do bairro lesa patrimonialmente toda a vizinhança, desvalorizando as propriedades, pela supressão das vantagens previstas no loteamento e que atuaram como fator valorizante dos lotes adquiridos.***"

Pois bem. Se até mesmo restrições de caráter urbanístico são válidas, com muito mais razão aceita-se a validade de restrição imposta a titulares de lotes que imponha obrigação de pagamento de taxas como aquelas em discussão nos presentes autos, até porque era a obrigação de conhecimento prévio do adquirente, que poderia livremente optar por comprar lote em outro local em que tal restrição não existisse.

Na hipótese, portanto, é válida a cobrança do rateio das despesas listadas a fls. 08 em face do coautor Ayres Antonio, não havendo cogitar da possibilidade de sua retirada do quadro de associados da requerente. Não se caracteriza, aqui, associação voluntária por proprietário de imóvel, mas de aquisição de imóvel com prévia ciência de sobre ele pesar restrição convencional.

Acesso ao Sumário

Dessa forma, nada justifica a reforma da R. Sentença apelada, que bem decidiu e deve ser mantida tal como lançada.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso de apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0037338-48.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), é apelado LIDERSTEEL COMÉRCIO DE PRODUTOS SIDERÚRGICOS LTDA. (MASSA FALIDA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.240)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE LAZZARINI (Presidente) e COSTA NETTO.

São Paulo, 27 de janeiro de 2017.

MAURO CONTI MACHADO, Relator

Ementa: Falência. Habilitação de Crédito. Fazenda Nacional. Reconhecida a prescrição quinquenal. Inaplicabilidade do art. 47 do Dec.-lei 7661/45. Sentença mantida. Recurso a que se nega provimento.

VOTO

Trata-se de habilitação de crédito apresentada pela Fazenda Nacional nos autos da falência de Lidersteel Comércio de Produtos Siderúrgicos Ltda., no valor de R$51.797,76, objeto da CDA nº 37.085.760-7, objeto da execução fiscal nº 0000760-85.2012.403.61.82, referente a crédito de contribuição PIS/PASEP.

O Administrador Judicial e o Ministério Público alegaram a prescrição do crédito tributário.

A r. sentença proferida à fl. 81/83, julgou improcedente o pedido de habilitação de crédito, nos termos do art. 269, IV, do CPC e dela recorre a autora.

Alega que não ocorreu a prescrição porque houve revisão do lançamento para excluir os lançamentos atingidos pela decadência e a constituição definitiva

Acesso ao Sumário

do crédito ocorreu apenas em 28 de Agosto de 2011, com a notificação da apelada da revisão.

Recebido e processado, o recurso foi impugnado, subindo os autos a esta instância para o reexame da matéria controvertida.

É a suma do necessário.

Respeitadas as razões de inconformismo, tem-se que a r. sentença examinada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Com efeito, vislumbra-se dos autos que o crédito tributário em questão refere-se à dívidas dos anos de 2003 e 2004 e a execução somente foi ajuizada em 2012.

Embora a falida tenha aderido ao programa do financiamento PAES, dele se desligou em 04 de Setembro de 2005, momento a partir do qual iniciou o prazo prescricional.

Dispõe o art. 174 do CTN, que o crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data sua constituição.

Portanto, entre a constituição do crédito tributário e o despacho determinando a citação da empresa devedora na execução fiscal, já havia transcorrido o prazo de mais de cinco anos, verificando-se a prescrição do crédito tributário.

Por fim, destaca-se ser inaplicável o disposto no art. 47 do Dec. Lei 7661/45: "durante o processo de falência fica suspenso o curso de prescrição relativa a obrigações de responsabilidade do falido".

E isto porque o art. 29 da Lei de Execuções Fiscais e o art. 187 do CTN - fornece prerrogativa à Fazenda Pública, não a sujeitando ao concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento, de tal maneira que é possível prosseguir na execução, independentemente do andamento da falência.

Desta forma, no momento da propositura da ação já havia se operado o lapso prescricional, sendo de rigor a manutenção da r. sentença.

Posto isto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9184646-80.2009.8.26.0000, da Comarca de Duartina, em que são apelantes V.M.L. e O.R., são apelados O.R. e V.M.L.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram

Acesso ao Sumário

provimento ao recurso do réu e negaram ao da autora. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.767)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI (Presidente), ARALDO TELLES e ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 27 de janeiro de 2017.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Ementa: UNIÃO ESTÁVEL - Prova documental indicativa da união, inexistente - Prova testemunhal, de sua vez, que demonstra, apenas, terem as partes morado na mesma casa por cerca de um ano e meio (um testemunho), e que a mulher tinha vida independente, saía à noite para frequentar boates nos fins de semana, voltando à casa de madrugada - Ausência completa de prova de elemento anímico de formação de família, e de prova de relacionamento familiar no meio social - Requisitos da união estável não configurados e não demonstrados - Nascimento de filho comum que por si só não indica tenha havido união estável - Recurso adesivo do réu provido para julgar a ação improcedente - Sentença reformada. Apelação da autora não provida, provida a do réu.

VOTO

A r. sentença de fls. 282/288 julgou parcialmente procedente a ação para reconhecer e dissolver a união estável entre as partes, com determinação de partilha apenas dos bens móveis adquiridos durante a união. Condenou, ainda, o réu a pagar ½ salário mínimo à autora. Opostos embargos de declaração, foram acolhidos em parte apenas para constar o deferimento da tutela antecipada para determinar o pagamento dos alimentos à autora (fls. 298/300).

Acesso ao Sumário

Apela a autora (fls. 303/310). Alega: **a)** deveria ter constado a data do início (2002) e do fim (2004) do relacionamento para fins de partilha do bem imóvel adquirido e dos numerários em instituições financeiras; **b)** não houve sub-rogação do produto da venda de um terreno na aquisição do bem imóvel; o contrato de compra e venda foi impugnado, não tendo sido demonstrada sua autenticidade e veracidade, seja por meio de escritura pública, seja por meio de registro no Oficial competente; **c)** ademais, a matrícula do terreno demonstra ter sido vendido apenas parte do bem (135m²) em 2.4.2004; **d)** resta documentalmente comprovado ter o réu adquirido primeiro a residência (16.01.2004) e depois ter vendido o terreno (em 2.4.2004); **e)** houve também

prova por meio de ofícios resposta envidado pelos Bancos de haver numerários a partilhar, o que demonstrou a má-fé do réu decorrente da tentativa de omitir a informação. Pede, portanto, seja julgada procedente a ação, com partilha também do bem imóvel e dos valores em instituições financeiras, condenando o réu às penas por litigância de má-fé.

O apelado respondeu às fls. 316/324 e apelou adesivamente às fls. 325/333. Alega: **a)** nunca conviveu com a autora de forma duradoura, pública e continuada como se casados fossem; **b)** a prova testemunhal não dá certeza de por quanto tempo viveram juntos; **c)** a única ligação entre eles é a filha J., cuja guarda já foi solucionada nos autos por acordo; **d)** a própria apelada se contradiz, ora alegando 3 anos de convivência, ora alegando dois; **e)** não tem condições de arcar com alimentos para a apelada, sem prejuízo de seu sustento e de sua filha, mantida inteiramente por ele; conta 60 anos de idade, exerce atividade rural de pequeno porte com a cria de aves em área de pouco mais de 2 alqueires, divididos com seus 9 irmãos; não aufere R$ 3.000,00, pois seu pomar foi erradicado em grande parte; a apelada, ao contrário, tem apenas 25 anos, é jovem e saudável, sendo totalmente capaz de trabalhar; **f)** pede sejam restabelecidos os benefícios da justiça gratuita, mas recolhe as respectivas custas de preparo recursal; **g)** não há que se falar em honorários de sucumbência, pois a ação não foi julgada inteiramente procedente. Nesse sentido, pede seja a ação julgada improcedente ou, ao menos sejam reduzidos os alimentos para apenas 30% do salário mínimo, para serem pagos após a decisão final transitada em julgado.

Resposta às fls. 342/351.

É o relatório.

1. Trata-se de pedido de reconhecimento e dissolução de união estável, cumulada com partilha de bens e alimentos.

Dissentem as partes quanto à efetiva convivência. Embora o Juízo tenha reconhecido a união estável, não há elementos suficientes para afirmar a união.

Assim porque os elementos presentes nos autos não confirmam a presença dos traços de união estável conforme a concebia o artigo 1º da Lei 9.278/96:

> "a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, para a constituição de uma família de fato".

Agora, o artigo 1723 do Código Civil é afirmativo de que:

> "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família".

O Professor ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO (*Estatuto da Família de Fato*, Ed. Jurídica Brasileira, 2.001, pág. 379/380), reafirmava o conceito dessa união, que em seus elementos é descrita por EUCLIDES BENEDITO DE OLIVEIRA em sua obra "União Estável", 6ª edição, Editora Método:

Acesso ao Sumário

> "Além dos requisitos de ordem objetiva, a união estável exige o elemento anímico, intencional, consistente no propósito de formação da família, conforme expressamente consta de sua conceituação legal. Esse propósito se evidencia por uma série de elementos comportamentais na exteriorização da convivência *more uxório*, com o indispensável *affectio maritalis*, isto é, apresentação em público dos companheiros como se casados fossem e com afeição recíproca de um verdadeiro casal. São indícios veementes dessa situação de vida à moda conjugal a mantença de um lar comum, frequência conjunta a eventos familiares e sociais, eventual casamento religioso, existência de filhos havidos dessa união, mútua dependência econômica, empreendimentos em parceria, contas bancárias conjuntas etc." (pág. 133).

Esses elementos não são encontrados na situação vivenciada pela pelas partes segundo os elementos contidos nos autos.

Neste caso, não há prova documental alguma da relação que teria ocorrido no período de 2002 a 2004. O nascimento da filha (fls. 10) decorrente do relacionamento das partes não significa por si só tenha existido união estável, revestida dos requisitos acima alinhados. Não há registros fotográficos, nem cartas trocadas entre o casal.

A prova testemunhal é insuficiente.

A testemunha S. (fls. 103) afirmou que "olhou" a menina da autora "durante um mês logo que ela nasceu", na casa do casal. Mas não soube nem dizer por quanto tempo as partes moraram juntas "antes de dar a luz que a autora passou a morar com o requerido". Não sabe de antes, nada disse sobre o depois.

D. (fls. 104), "prima distante da autora", segundo se declarou, disse que as partes "começaram a viver juntos em 2002 e depois passaram a morar juntos". Ao mesmo tempo, não soube dizer "quando começaram a viver juntos", mas disse que a autora ficou grávida "quando esses estavam morando juntos". Mas também não soube dizer quando deixaram de viver juntos.

O relato de M. (fls. 105), de seu turno, morava numa edícula no fundo da casa da autora. Disse que "*a autora morou na casa do requerido por mais ou menos um ano e meio*", e que "*viviam como marido e mulher*". Não obstante, relatou que a autora "*saía à noite de casa*", "*quando queria*", "*sozinha ou acompanhada de alguma amiga*". Frequentava boate e voltava de madrugada. Esse relato mostra que a demandante morava na casa do requerido, mas o relacionamento nesses termos não era de pessoas que vivessem como marido e mulher. Não havia seriedade no relacionamento, visto que a autora permanecia mais com os amigos, seja durante o dia fazendo churrasco, seja durante à noite, frequentando uma "boite".

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido relatou N. (fls. 106), que trabalhou como segurança ter trabalhado em boates e a viu nesses lugares. Via a autora nesse local durante

seus passeios noturnos. N. disse também que a autora promovia festas em casa, muitas vezes à noite, e não viu o requerido numa delas, de que a testemunha participou. O casal brigava muito, acrescentou.

Ora, as testemunhas disseram que as partes "moravam juntas", mas nenhuma delas relatou que se tratassem como marido e mulher, de modo público. Ninguém afirmou tê-las visto nessa condição, em qualquer situação ou circunstância da vida que fosse. Nada. Morar sob o mesmo teto pode ser indicativo de convivência. Só isso não basta, todavia. Casais há que se formam em união estável e não vivem sob o mesmo teto. É preciso haja notoriedade da união, honorabilidade, fidelidade, durabilidade, assistência mútua e cooperação. A falta dos sinais de formação de verdadeira família e de demonstração de vontade, o elemento anímico, intencional, referido pelo Professor Villaça, não permite a conclusão de que as partes pretendiam constituir uma família.

Desse modo, o recurso adesivo do réu deve ser atendido para julgar improcedente a ação. Custas pela autora, anotados os benefícios da Lei nº 1.060/50.

2. Ante o exposto, nego provimento ao recurso da autora e dou provimento ao recurso do réu.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0067360-23.2008.8.26.0114, da Comarca de Várzea Paulista, em que é apelante CAIXA SEGURADORA S/A, são apelados DJALMA PEREIRA e LÍGIA DANIELE CASTANHO PEREIRA.

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 29.051)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente sem voto), VIVIANI NICOLAU E CARLOS ALBERTO DE SALLES.

São Paulo, 24 de janeiro de 2017.

EGIDIO GIACOIA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO - Indenização - Seguro Habitacional - Vícios na construção do imóvel

- Cláusula de exclusão - Interpretação das cláusulas contratuais em benefício do consumidor - Desmoronamento do muro por fortes chuvas e construção fora das normas técnicas - Caracterizada a obrigação de indenizar - Danos morais decorrentes da frustração e impotência do consumidor frente ao desmoronamento dos muros - Valor da indenização deverá ser reduzido para quantia mais razoável e proporcional de R$ 10.000,00 - Recurso Parcialmente Provido.

VOTO

Trata-se de ação de indenização, ajuizada por Djalma Pereira, Lígia Daniele Castanho em face de Caixa Econômica Federal, Caixa Seguradora S/A, Enio Luiz Beledelli e Fabiane Aparecida de Lima Beledelli.

A r. decisão de fls. 665/667, proferida pelo d. Magistrado Jacimon Santos da Silva, excluiu os réus Ênio e Fabiane do polo passivo da ação, com fundamento no art. 109, I, da CF e art. 267, IV, do CPC e a decisão de fls. 732/738 excluiu a CEF da lide, declinando a competência para a Justiça Estadual, decisão mantida no julgamento do Agravo de Instrumento pelo Tribunal Regional Federal (fls. 801/803).

A r. sentença de fls. 820/827, proferida pela d. Magistrada **Flávia Cristina Campos Luders**, cujo relatório adoto, julgou parcialmente procedente a ação, para condenar a Caixa Seguradora S/A a pagar: R$ 24.200,00 por danos materiais, valor a ser corrigido pela tabela prática do TJSP desde a propositura da ação, com incidência de juros legais de 1% ao mês, contados da citação; R$ 30.000,00 por danos morais, a ser corrigido pela tabela prática da data do arbitramento e juros legais de 1% da mesma data. Por fim, condenou a requerida no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em 10% do valor atualizado da condenação.

Apela a Caixa Seguradora (fls. 833/857) alegando preliminar de ilegitimidade passiva. No mérito, defende haver exclusão contratual para vícios construtivos que são válidas, pois as apólices de seguros são previamente aprovadas e regulamentadas pela SUSEP e, portanto, não se tratam de deliberações unilaterais das sociedades seguradoras.

Alega que o imóvel não foi construído com recursos do Sistema Financeiro de Habitação, razão pela qual não tinha obrigação de fiscalizar a obra, mas apenas de responder pelos riscos assumidos. Afirma não ter dado causa à péssima qualidade da construção e não lhe incumbia acompanhar, fiscalizar e reclamar das empresas construtoras, razão pela qual pugna pela improcedência

da ação.

Ainda, requer o afastamento da condenação ao pagamento de indenização por danos morais, pois não praticou ato ilícito, não restou demonstrada a culpa ou dolo e sequer há provas dos danos. Por fim, caso assim não se entenda, pugna pela redução do valor.

Recurso tempestivo, devidamente preparado e recebido no duplo efeito (fls. 859).

Contrarrazões de apelação (fls. 863/882) pelo não provimento do recurso.

Decurso de prazo sem oposição das partes ao julgamento virtual (fls. 898).

É o Relatório.

Inicialmente, a preliminar de ilegitimidade passiva, arguida pela Caixa Seguradora, foi afastada na decisão saneadora de fls. 577/580, sobre a qual a parte não interpôs recurso, restando preclusa a questão.

No mérito, o laudo pericial (fls. 494/516) concluiu que o desmoronamento do muro de fundos do lote e risco de desmoronamento do muro lateral decorreu de sua má execução, caracterizando defeito construtivo, bem como de causa externa.

Nesse sentido, merece destaque a resposta ao 6º quesito formulado pela apelante: "***O muro divisório dos fundos do lote ruiu em função de sua construção fora das Normas e em função das fortes chuvas de verão naquela oportunidade*" *(fls. 499)***.

Analisando o contrato observa-se que há cobertura para riscos de natureza material, mas há previsão de exclusões que geram contradição com a própria cláusula geral da cobertura para danos físicos.

Portanto, diante das contradições e da falta de clareza da "apólice" em questão, deve-se proceder a uma interpretação favorável ao mutuário, na linha do art. 47 do Código de Defesa do Consumidor, até porque, a atividade securitária está expressamente prevista no § 2º do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, enquadrando-se no conceito de serviço, o que afasta qualquer dúvida a respeito da possibilidade de aplicação do CDC ao caso.

No caso do seguro habitacional, há ainda a particularidade de que os mutuários são obrigados a contratar, sob pena de não obter o financiamento para a aquisição do imóvel. Não possuem sequer a opção de escolher a seguradora ou negociar as cláusulas, que são previamente estabelecidas.

Nesse sentido, a melhor interpretação que se deve ter da "apólice" é de que há sim cobertura para vícios de construção, independentemente da atuação de causas externas.

Ainda que assim não fosse, excluir da cobertura os riscos decorrentes de vícios na construção do imóvel em todo e qualquer caso, mesmo quando há

Acesso ao Sumário

risco de desabamento, seria cláusula abusiva, nos termos do artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, c/c o seu § 1º, inciso II, já que restringe obrigações a ponto de tornar inócuo o próprio objeto do contrato.

Esse entendimento já foi manifestado em casos análogos jugados recentemente neste E. Tribunal de Justiça:

"Ação indenizatória. Seguro habitacional. Preliminares de prescrição, carência da ação e ilegitimidade passiva e ativa afastadas. Vícios construtivos. Dever de indenizar. Obrigação da seguradora em fiscalizar o objeto do seguro. Incidência da multa decendial, limitada, porém, ao valor da indenização. Recurso parcialmente provido.". (Apelação nº 0035258-48.2006.8.26.0071, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO, j. em 01.10.2014).

"SEGURO HABITACIONAL - Vícios de construção - Conjunto para moradores de baixa renda, construído segundo as normas do Sistema Financeiro da Habitação - Cláusulas padronizadas do antigo BNH, a incluir inclusive a necessidade de contratação de seguro; sujeito a disposições específicas e insuscetíveis de alteração pelas partes - Cobertura securitária que tinha lugar desde a construção, e abrangia vícios dela derivados, fruto da má execução e má fiscalização da obra - Procedência da ação corretamente decretada - Sentença mantida - Apelo improvido". (Apelação nº 0003138-65.2008.8.26.0431, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. LUIZ AMBRA, j. em 03.09.2014).

SEGURO HABITACIONAL. Indenização das despesas decorrentes de defeitos de construção. Insurgência contra sentença de improcedência. Reforma. Agravo Retido. Inépcia e prescrição afastadas. Pedido claro e com indicação dos defeitos. Inaplicabilidade do prazo previsto no art. 178, §6º, II do CC. Lapso vintenário. Preliminares afastadas. Agravo retido não provido. Apelação. Seguro Habitacional. Cobertura dos defeitos de construção, não obstante ausência de expressa menção a esse respeito. Aplicabilidade do CDC e da regra de interpretação das cláusulas de maneira mais favorável aos consumidores. Contrato celebrado, inclusive, com o fim de garantir a segurança da obra e o pagamento pelos mutuários. Precedentes do STJ e deste TJSP. Multa decendial devida, com limitação ao valor da obrigação principal. Recurso provido. (Apelação nº 0022080-61.2005.8.26.0590, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. CARLOS ALBERTO SALLES, j. em 25.03.2014).

No mesmo sentido, o E. Superior Tribunal de Justiça:

"Seguro habitacional. Responsabilidade da seguradora. Multa decendial. 1. A seguradora é responsável quando presentes vícios

Acesso ao Sumário

decorrentes da construção, não havendo como se sustentar o entendimento de que assim examinada a questão haveria negativa de vigência do art. 1.460 do antigo Código Civil. 2. O pagamento da multa decendial deve ser feito ao mutuário. Vencido, nessa parte, o Relator. 3. Recurso especial conhecido e provido, em parte" (Resp 813.898-SP; Relator: Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO).

Ainda, no caso em tela, há agravantes não só porque houve desmoronamento, como incidência de causa externa (chuvas) para ocorrência do dano, conforme bem destacado pela d. Magistrada:

"Os danos físicos ocasionados ao imóvel, abrangidos pela cobertura, estão previstos no contrato de seguro.

A cláusula 5.2.1, 'd', do contrato celebrado prevê a cobertura na hipótese de 'Desmoronamento parcial, assim entendido a destruição ou desabamento de paredes, vigas ou outro elemento estrutural' e no item 'e' prevê a cobertura no caso de 'Ameaça de desmoronamento, devidamente comprovada.'"

...

"Ora, como amplamente demonstrado nos autos, ficou patente que o muro desmoronou como decorrência de uma forte chuva que assolou a região em 2.006, não havendo como desconsiderar este fato como sendo uma causa externa, somente como forma de impedir o pagamento da indenização devida." (fls. 824/825)

Assim, de rigor a manutenção da condenação ao pagamento de indenização por danos materiais.

Quanto aos danos morais, o pedido merecia mesmo ser acolhido.

Isto porque a negativa da empresa foi ilícita, devendo responder pelos prejuízos a que deu causa, conforme determina o art. 395, do Código Civil.

Referida indenização decorre da frustração e sentimento de impotência vivenciado pelos autores em decorrência da inadimplência da empresa ré, que não pagou o seguro mesmo vistoriando o imóvel e reconhecendo o desmoronamento de um muro e iminência de desmoronamento do segundo.

O inadimplemento contratual traz abalo de relevo, interferindo no cotidiano, gerando sentimentos de impotência, angústia, stress, desespero e nervosismo, em especial por ter ocorrido 06 meses antes do casamento das partes, arcando com várias despesas do evento (fls. 25/111).

A propósito, pertinentes são as lições de **MARIA CELINA BODIN DE MORAES**: "***No momento atual, doutrina e jurisprudência dominantes têm como adquirido que o dano moral é aquele que, independente de prejuízo material, fere direitos personalíssimos, isto é, todo e qualquer atributo que individualize cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade***

profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre outros. O dano é ainda considerado moral quando os efeitos da ação, embora não repercutam na órbita de seu patrimônio material, originam angústia, dor, sofrimento, tristeza, humilhação à vítima, trazendo-lhe emoções negativas" - (Danos à Pessoa Humana, Editora Renovar, página 156 - grifei).

No entanto, o valor da indenização deve ser arbitrado com razoabilidade visando cumprir a função de indenizar o abalo sofrido, sem causar enriquecimento, razão pela qual deverá ser reduzido para R$ 10.000,00.

Dessa forma, o recurso deve ser parcialmente provido apenas para reduzir o valor da indenização por danos morais para R$ 10.000,00, com correção monetária da data do julgamento deste recurso e juros de mora da citação. Mantida, no mais, a r. sentença.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004342-62.2010.8.26.0274, da Comarca de Itápolis, em que é apelante MITSUI SUMITOMO SEGUROS S/A, é apelado TRIÂNGULO ALIMENTOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 7336 JV)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MIGUEL BRANDI (Presidente sem voto), RÔMOLO RUSSO E LUIZ ANTONIO COSTA.

São Paulo, 27 de janeiro de 2017.

MARY GRÜN, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. SEGURO EMPRESARIAL. INCÊNCIO EM FÁBRICA. Aplicação do CDC. Seguro contratado para proteção de patrimônio próprio da empresa, e não o dos clientes. Objeto social da autora não possui qualquer relação com a área securitária. Relação de consumo verificada. Precedentes do E. STJ. Cobertura securitária das matérias primas prejudicadas pela falta de energia decorrente do incêndio. Apólice que garante cobertura

às matérias primas existentes na fábrica. Prejuízo se deu de forma direta, sendo que a fábrica deve ser tida como um todo único. Cláusula invocada para a exclusão de cobertura é demasiadamente vaga para aplicação no caso. Inteligência do art. 47 do CDC. Interpretação do contrato de maneira mais favorável ao consumidor. Cobertura devida. Lucros cessantes. Exclusão de cobertura de forma clara na apólice para lucros cessantes decorrentes do sinistro, como é o caso da não atividade da fábrica durante certo período. Lucros cessantes decorrentes do ilícito contratual da seguradora ao negar a cobertura para as matérias primas prejudicadas. Não comprovação. Valor de indenização baixo, com impossibilidade de prejudicar de forma relevante o fluxo de caixa de empresa de porte substancial. Condenação por lucros cessantes afastada. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de cobrança de seguro empresarial decorrente de sinistro de incêndio na fábrica de empresa de alimentos. A ação é movida pela empresa-segurada em face da seguradora em virtude do pagamento de indenização securitária meramente parcial, sendo que foram excluídas pela ré da indenização as matérias-primas prejudicadas pela falta de energia no local, sob o fundamento de que o fato configuraria prejuízo indireto, excluído da cobertura contratual. Requereu a autora a condenação da ré ao pagamento da indenização securitária, de lucros cessantes decorrentes do não pagamento da indenização securitária e danos morais.

A r. sentença (fls. 1.122/1.129 proferi da em 19/03/2015; DJE de 30 /03 /2015) julgou parcialmente procedente a ação, "*condenando o requerido a pagar à autora: 1) o valor de R$ 62.539 ,05 (sessenta e dois mil quinhentos e trinta e nove reais e cinco centavos) a título de indenização securitária (danos materiais emergentes), acrescido de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação e correção monetária, pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça, a partir do ajuizamento da ação. 2) o valor de R$ 65.827,10 (sessenta e cinco mil oitocentos e vinte e sete reais e dez centavos), a título de lucros cessantes, acrescido de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação e correção monetária, pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça, a partir do ajuizamento da ação. Sucumbente em maior extensão, condeno a parte requerida ao*

Acesso ao Sumário

pagamento de custas e despesas processuais e de honorários advocatícios do patrono da parte autora que fixo em 15% sobre o valor total da condenação".

Apela a ré (fls.1133/1165) defendendo a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à relação, uma vez que a empresa recorrida: i) "*é uma das maiores empresas da região, ostentando altíssimo poderio econômico e financeiro*"; ii) "*utiliza os serviços da Recorrente como forma de incrementar as suas atividades comerciais, mesmo porque a contratação de seguro contra incêndio é determinação que decorre de lei*", sendo que "*o seguro contratado pela Recorrida é condição para o funcionamento da empresa*"; e iii) "*não utiliza os serviços de seguro como destinatária final, valendo-se dos mesmos para fomentar, dinamizar ou mesmo viabilizar sua própria atividade produtiva, por força do que dispõe o Dec. Lei 73/66 e o Decreto 61.867/67*".

Tece que "*pautado no entendimento equivocado da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, com o devido respeito, o Juiz a quo forçou uma interpretação mais benéfica à Recorrida, no tocante o alcance da cláusula 8ª e o da cláusula 13ª. Basta uma leitura atenta nas referidas cláusulas para verificar que não há divergência entre elas. A Cláusula 8ª assegura cobertura as matérias primas em processo de industrialização existentes no local do risco, ou seja, no local onde ocorreu o sinistro, no caso incêndio, destinadas à comercialização. Já a Cláusula 13ª excluí da cobertura as matérias primas que se encontram em fase ou processo de industrialização em local diverso do sinistro. Ou seja, se a matéria prima estava em outro depósito ou parque industrial, que não foi atingido pelo incêndio, não tem cobertura securitária, mesmo que venha a se perder de forma indireta. Como ocorreu no caso, por ausência de eletricidade*". Destaca que "*o incêndio o correu em uma área desativada, local este que seria demolido para uso em outros segmentos industriais, pois as torres que substituíram as sinistradas já estavam operando quando do sinistro*". Pontua que "*Os supostos danos havidos nas matérias-primas em processo de industrialização não foram causados diretamente pelo incêndio*". Sustenta que "*as cláusulas contratuais, no contrato de seguro, hão de ser interpretadas restritivamente*". Requer a improcedência da ação.

Quanto aos lucros cessantes, sustenta que não há que se falar em sua ocorrência porque "*o pagamento da indenização securitária foi feito tempestivamente e no valor correto, não causando qualquer prejuízo à Recorrida*". Tece que "*O item 21, da 11ª Cláusula e item 5 da 13ª Cláusula das Condições Gerais da Apólice, são claros quanto a inexistência de cobertura para lucros cessantes*". Destaca que "*a paralisação das atividades produtivas ocorreu pelo período de apenas 48h e, ao contrário do que faz crer a Recorrida em sua petição inicial, tal fato se deu devido à falta de energia, e não em virtude do valor da indenização securitária paga pela Recorrente*". Questiona que, "*se o incêndio atingiu somente as torres de resfriamento desativadas e áreas*

adjacentes, conforme apurado às fls. 506, como a Recorrida pode alegar queda na produção?". Requer a improcedência do pedido de indenização por lucros cessantes.

Se volta por fim contra à condenação sucumbencial, tendo em vista que entende que "*houve sucumbência recíproca das partes. Basta verificar que o valor da condenação não é um décimo do valor pleiteado pela Recorrida*", sendo aplicável a Súmula 306 do Superior Tribunal de Justiça.

Tempestivo e com as respectivas custas recolhidas, o recurso foi recebido "*nos efeitos devolutivo e suspensivo*" (fl. 1.169) e processado devidamente.

Contrarrazões às fls. 1.174/1.185.

Aberta vista à Douta Procuradoria, esta manifestou desinteresse no feito (fl. 1.189).

É o relatório.

No tocante à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à relação das partes, o Egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA já decidiu que, quando a pessoa jurídica contrata seguro para proteção de patrimônio próprio, e não o dos clientes, trata-se de relação de consumo:

> *Há relação de consumo no seguro empresarial se a pessoa jurídica o firmar visando a proteção do próprio patrimônio (destinação pessoal), sem o integrar nos produtos ou serviços que oferece, mesmo que seja para resguardar insumos utilizados em sua atividade comercial, pois será a destinatária final dos serviços securitários. Situação diversa seria se o seguro empresarial fosse contratado para cobrir riscos dos clientes, ocasião em que faria parte dos serviços prestados pela pessoa jurídica, o que configuraria consumo intermediário, não protegido pelo CDC. (REsp 1352419/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 08/09/2014)*
>
> *Consumidor. Recurso especial. Pessoa jurídica. Seguro contra roubo e furto de patrimônio próprio. Aplicação do CDC.*
>
> *- O que qualifica uma pessoa jurídica como consumidora é a aquisição ou utilização de produtos ou serviços em benefício próprio; isto é, para satisfação de suas necessidades pessoais, sem ter o interesse de repassá-los a terceiros, nem empregá-los na geração de outros bens ou serviços.*
>
> *- Se a pessoa jurídica contrata o seguro visando a proteção contra roubo e furto do patrimônio próprio dela e não o dos clientes que se utilizam os seus serviços, ela é considerada consumidora nos termos do art. 2.º do CDC.*
>
> *Recurso especial conhecido parcialmente, mas improvido.*
>
> *(REsp 733.560/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA*

Acesso ao Sumário

TURMA, julgado em 11/04/2006, DJ02/05/2006, p. 315)

Destaca-se que o objeto social da apelada não possui qualquer relação com a área securitária, não sendo esse serviço oferecido a sua clientela.

Assim, aplicável o Código de Defesa do Consumidor à relação entre as partes.

Quanto à cobertura securitária das matérias primas prejudicadas pela falta de energia decorrente do incêndio que atingiu a estrutura elétrica da fábrica da apelada, observa-se que a "*Cláusula 8ª – BENS COBERTOS PELO SEGURO" da apólice faz menção às "**Mercadorias e Matérias-Primas:** Matérias-Primas, Produtos acabados (manufaturados), semi-acabados, em processo de industrialização, existentes no local do risco, destinados à comercialização*"(fl.47).

A apelante invoca a "*Cláusula 13ª – PREJUÍZOS NÃO INDENIZÁVEIS*" da apólice para afastar a cobertura securitária, uma vez que há menção aos "*5. Prejuízos financeiros, lucros cessantes, danos morais, danos estéticos e outros prejuízos indiretos, ainda que resultantes de um dos riscos cobertos*" (fl.50 - g.n.).

Observa-se que o local específico do incêndio na fábrica não era o local em que as matérias primas, relativas as quais se requer a indenização, estavam estocadas. Tais matérias p imas não foram atingidas pelo fogo. Entretanto, a cobertura, nos termos da Cláusula 8ª se dá em relação às matérias primas "*existentes no local do risco*" e o local do risco, como se observa pelo quadro resumo da apólice (fl. 39) é a fábrica da apelada.

Não há que se falar que o prejuízo se deu de forma indireta. A fábrica deve ser tida como um todo único de modo que, se o fogo atingiu uma de suas partes, os danos a bens que se encontram em seu interior, em decorrência do mal funcionamento da fábrica, são danos diretos. A expressão "*outros prejuízos indiretos*" do item 5 da Cláusula 13ª não é suficiente a afastar a cobertura securitária garantida na Clausula 8ª, sendo expressão totalmente genérica, ainda mais se tratando de contrato visando proteger fábrica com produtos perecíveis.

Realmente aplicável a interpretação do contrato da forma mais favorável ao consumidor, assegurada pelo art. 47 do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, a indenização securitária pelos prejuízos incidentes sobre as matérias primas presentes no local é devida, como bem determinado pela r. sentença.

Em relação ao pedido de lucros cessantes, a r. sentença merece reforma.

O mencionado item 5 da Cláusula 13ª exclui expressamente os lucros cessantes decorrentes do sinistro, isto é, no caso, pelas perdas oriundas da não atividade da fábrica durante certo período em razão do incêndio. Quando clara e não ofensiva aos objetivos inerentes à própria natureza do contrato, como nesse

Acesso ao Sumário

caso, a limitação de cobertura securitária de certos danos é plenamente possível e legal.

Por outro lado, a r. sentença afirma que "*o pedido indenizatório neste caso está amparado no não pagamento da devida indenização pelas matérias primas*" (fl. 1.127), ou seja, os lucros cessantes não seriam decorrentes do incêndio, mas sim do ilícito contratual da seguradora ao negar a cobertura para a matérias primas prejudicadas.

No mesmo sentido, a inicial traz: "*Em virtude do pagamento ínfimo praticado pela seguradora, a autora teve de se descapitalizar para reconstituir seu parque industrial e voltar à atividade normal e produção de seus produtos*" (fl.04).

Entretanto, observa-se que: i) a indenização relativa ao maquinário atingido foi paga devidamente; e ii) a condenação da apelante, imposta em juízo, ao pagamento de indenização securitária pelas matérias primas prejudicadas foi na ordem de apenas R$62 mil reais (fl. 1.128), não sendo crível que um valor tão baixo, no que constitui o ilícito contratual da apelante, tenha prejudicado o fluxo de caixa de empresa de tamanho substancial como é a apelada.

A perícia não chegou a demonstrar nada nesse sentido, sendo que os trechos do laudo citados na r. sentença são relativos a danos decorrentes da não atividade da fábrica.

Dessa forma, a indenização por lucros cessantes é indevida, ficando a condenação a esse título afastada.

Ante o exposto, **dá-se parcial provimento** ao recurso para afastar a condenação da ré-apelante ao pagamento de indenização por lucros cessantes.

Diante da alteração aqui promovida, entende-se que as partes sucumbiram em partes semelhantes do objeto da demanda, havendo reciprocidade na sucumbência. Cada uma das partes deve arcar com metade das custas e despesas processuais. Quanto aos honorários advocatícios, considerando a média complexidade e duração da demanda, condena-se cada parte a pagar, em favor do patrono da outra, honorários advocatícios de 7,5% (sete e meio por cento) do valor da condenação atualizado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1017961-72.2016.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante J.V.C. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado N.O.C. (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª 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 26033)**

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

São Paulo, 30 de janeiro de 2017.

TEIXEIRA LEITE, Relator

Ementa: ALIMENTOS. Revisional. Sentença de parcial procedência. Alteração da condição financeira comprovada. Alimentante que foi demitido de seu emprego. Alimentado, ademais, que atingiu a maioridade, tendo plenas condições de trabalho. Atendimento do binômio necessidade-possibilidade. Revisão que atinge apenas à pensão devida em caso de desemprego do alimentante, ficando mantido o mais. Recurso, tendente ao restabelecimento da pensão anterior, desprovido.

VOTO

Trata-se de apelação tirada da r. sentença de fls. 151/153, que julgou parcialmente procedente a ação revisional de alimentos ajuizada por N.O.C. contra J.V.C., seu filho, reduzindo a pensão para um salário mínimo nacional na hipótese de desemprego do alimentante, mantido o valor correspondente a 22% dos seus rendimentos líquidos, caso esteja empregado.

O apelante, inconformado, reitera em suas razões (fls. 165/175) a tese de que não foi suficientemente demonstrada a redução das possibilidades do alimentante. Ressalta que diante do julgamento antecipado da lide, sem que o seu pleito de expedição de ofício às operadoras de cartão de crédito de que é cliente o apelado, além da realização de pesquisa através dos sistemas InfoJud, BacenJud e RenaJud, a situação financeira do alimentante não foi retratada nos autos de maneira fidedigna. Pontua que suas necessidades não foram alteradas, posto que frequenta curso superior na área de Turismo, o que demanda o pagamento de mensalidade no valor de R$ 930,00. Ademais, deve arcar com o pagamento de débitos relativos a alimentação, vestuário, transporte, sessões de psicologia, telefone, *internet*, plano de saúde e habitação, que totaliza R$ 8.842,16. Assim, considerando que a obrigação originariamente assumida pelo apelado, de desembolsar 2 salários mínimos para o caso de desemprego, já representaria um valor sensivelmente inferior ao das suas despesas mensais,

Acesso ao Sumário

a redução para patamar inferior significaria indevido desequilíbrio do binômio necessidade-possibilidade. Argumenta que a maioridade civil, por si só, não é razão suficiente a justificar a diminuição pretendida. Requer seja dado provimento ao recurso, com o decreto de improcedência da ação.

Contrarrazões às fls. 178/185.

É o relatório.

Respeitada a convicção do apelante, a insurgência não merece prosperar.

Como se sabe, tanto nas ações voltadas à fixação de alimentos, quanto naquelas em que se pleiteia sua revisão, busca-se o equilíbrio como resultado entre as necessidades do alimentado e as possibilidades econômicas do alimentante.

Nesse sentido, a regra do artigo 1.694, § 1º do CC, orientando que "*os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada*", e o que se traduz no chamado binômio necessidade-possibilidade, também retratado no artigo 1.695 do mesmo diploma legal.

De fato, nessa oportunidade cujo único requisito exigido pelos termos do artigo 1.699 do CC é a alteração de sua situação financeira, cabe ao autor da ação, e agora também por regra de caráter processual (art. 373, I do CPC), comprovar não só essa, como toda e qualquer outra modificação que resulte em nova situação econômica.

Nesse vértice, é tão sugestiva quanto necessária a indicação de elementos concretos referentes a uma outra realidade, conforme o caso, de quem paga ou, de quem recebe esses alimentos.

No caso concreto, a obrigação alimentar foi inicialmente estipulada entre as partes por acordo homologado em Juízo, no ano de 2011. Caberia ao apelado arcar com o pagamento de 22% de seus rendimentos líquidos se estivesse formalmente empregado, e com o valor correspondente a 02 salários mínimos na hipótese de desemprego (fls. 17/18).

Todavia, nos últimos cinco anos a situação fática envolvendo as partes sofreu significativa modificação, em especial diante da recente demissão do apelado do seu último emprego, e da maioridade civil do apelante, que conta com 19 anos de idade.

Com efeito, a comunicação de aviso prévio (fls. 19) e o termo de rescisão de contrato de trabalho (fls. 149) não deixam dúvida de que o apelado não mais possui emprego no mercado formal de trabalho.

Some-se a isso, a circunstância de que durante longo período de desemprego, entre janeiro de 2012 e março de 2014, não conseguiu o alimentante honrar com a pensão devida, o que resultou no ajuizamento da correspondente

Acesso ao Sumário

execução, a qual somente foi paga mediante empréstimo solicitado a sua ex-empregadora.

Frise-se que, de fato, era desnecessária a expedição de ofício a instituições financeiras, operadoras de cartão de crédito, à Receita Federal e ao Detran para constatar a efetiva impossibilidade de pagamento dos alimentos pelo apelado.

Isso porque, foi apresentada sua última declaração ao Imposto de Renda (fls. 29/33), da qual não consta qualquer indício acerca a existência de outros bens, direitos ou investimentos em seu nome, de modo que a averiguação sugerida pelo apelante significaria desnecessária devassa nas contas pessoais do alimentante, o que pouco contribuiria para o deslinde do caso.

No que se refere às necessidades do alimentado, vislumbra-se que igualmente sofreram modificação.

Com efeito, o apelante atingiu a maioridade civil em março deste ano de 2016, o que permite afirmar que não mais têm os pais o dever de sustento, mas sim de auxílio material, tendo em vista que se dedica exclusivamente aos estudos, não auferindo, por ora, rendimento que lhe garanta a subsistência.

Como bem pontuado pelo d. Magistrado, constata- se pela documentação carreada aos autos que o apelante estuda no período noturno (fls. 117), o que lhe permite dedicar-se a um estágio remunerado ou até mesmo a um emprego na durante o dia.

No que tange às despesas enumeradas em contestação (fls. 53/54), que totalizam R$ 8.842,16 mensais, vale ressaltar que não parece crível invista o apelante R$ 3.089,96 por mês apenas em vestuário. Da mesma forma, os gastos com habitação, telefone, *internet* e supermercado, devem ser analisados com ressalvas, já que o apelante reside com sua genitora, que também usufrui dos referidos bens e serviços. Por fim, quanto às mensalidades devidas à Universidade, nota-se que o apelante faz jus a uma bolsa de estudo, razão pela qual não correspondem a R$ 930,00, mas sim a R$ 744,00 (fls. 117/123).

Destaque-se que a pretensão do apelado refere-se exclusivamente aos alimentos devidos no período em que estiver em situação de desemprego, ficando mantido o valor das pensões quando devidamente empregado. E isto porque em período anterior em que esteve o apelante desempregado, pôde constatar que não tem condições de honrar com o pagamento dos dois salários mínimos inicialmente pactuados.

Acesso ao Sumário

Conclui-se, com isso, que não pretende o apelado se esquivar de auxiliar o filho nesta fase de formação profissional com vistas a inserir-se no mercado de trabalho, mas apenas adequar o montante da pensão às suas possibilidades, evitando, assim, o inadimplemento.

Em que pese a pretensão inicial fosse de que os alimentos se reduzissem a 50% de um salário mínimo, a condenação os fixou em 01 salário mínimo, o que

não foi questionado pelo apelado.

Daí porque, estando devidamente atendido o binômio necessidade-possibilidade, o caso é de se manter a r. sentença apelada, tal como lançada.

Nos termos do art. 85, §§ 1º e 2º do CPC, ficam os honorários advocatícios recursais fixados em R$ 500,00, sujeitos a correção monetária pela Tabela Prática deste Tribunal, a contar desta data até o efetivo pagamento, com nota de que o apelante faz jus à gratuidade de justiça.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000415-49.2015.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante V.A.M. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada A.M.F.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento à apelação, em julgamento estendido (art. 942 CPC), vencido o relator que declara. Acórdão com o 2º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18661)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE LAZZARINI, vencedor, MAURO CONTI MACHADO, vencido, ALEXANDRE LAZZARINI (Presidente), COSTA NETTO, PIVA RODRIGUES e ANGELA LOPES.

São Paulo, 30 de janeiro de 2017.

ALEXANDRE LAZZARINI, Relator designado

Ementa: ALIMENTOS ENTRE COMPANHEIROS. AÇÃO DE EXONERAÇÃO. AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES DO ART. 1.699 DO CÓDIGO CIVIL. AÇÃO IMPROCEDENTE. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1- Mais do que a tese de jurisprudência vista fora da realidade dos fatos, o autor, durante 30 anos, aproveitou-se do fato da mulher não trabalhar. Não pode, agora, quando ela já não é mais jovem (deixando de lado as ficções jurídicas, como a da igualdade de sexos ou gêneros), abandoná-la na sua subsistência.

2- Alimentos que foram estabelecidos por acordo e

ausência das hipóteses do art. 1.699 do CC.
3- Apelação não provida.

VOTO

A r. sentença (fls. 98/102), cujo relatório adota-se, julgou improcedente "ação de exoneração de alimentos" movida pelo apelante contra a sua ex-esposa (apelada), sob o fundamento de que ausentes as hipóteses para tanto. Honorários advocatícios arbitrados em 15% sobre o valor da causa.

Apela o autor postulando a modificação da r. sentença, sustentando que não se justifica a manutenção da obrigação alimentar, não cabendo ser esta de "forma perpétua". Pede, portanto, o provimento da apelação e a consequente exoneração dos alimentos.

A ré apresentou suas contrarrazões pedindo a manutenção da r. sentença.

Recurso regularmente processado e o julgamento realizado na forma virtual.

É o relatório.

I) Respeitado o entendimento do Exmo. Sr. Desembargador Relator sorteado, dele divirjo e, por consequência, nego provimento à apelação para manter a r. sentença de improcedência, pois, como já destacado pela r. sentença, não há qualquer fato, como exige o art. 1.699 do CC, que justifique a exoneração ou a redução dos alimentos devidos pelo apelante à sua ex-esposa, mesmo na forma proposta de manutenção da obrigação alimentar pelo prazo de 6 meses a contar da data do julgamento do recurso.

II) Importante destacar que as partes, em 22/10/2008 (pp. 25/27 ou pp. 61/63), por acordo homologado em audiência, reconheceram a existência de união estável (sem indicar o período), que os filhos são maiores e capazes, bem como estabeleceram a obrigação do companheiro (apelante) de pagar pensão alimentícia à ex-companheira (apelada) no valor de 24% de seus rendimentos líquidos; partilharam bens.

O autor (apelante) nasceu em 11/8/1945 (p. 11).

A ré (apelada), pelo documento à p. 66 (resultado de exame laboratorial), é nascida em 29/10/1956.

Pelo que consta dos autos, e admitido pela r. sentença, sem que isso seja impugnado pelo autor, na sua réplica ou na sua apelação, as partes conviveram aproximadamente 30 anos, sem que, efetivamente, tenha a mulher trabalhado de modo a prover o seu próprio sustento, limitando-se as atividades domésticas, como cuidar dos filhos e do companheiro, ou seja, cuidar da família.

III) A questão não é de "chorumelas" da ré, expressão utilizada algumas vezes pelo autor.

Acesso ao Sumário

Afirma que "não tem culpa e não pode ser penalizado eternamente pela inércia da Ré, que nunca quis trabalhar" (p. 115, item 2) nas razões recursais.

Ao contrário, a autora não trabalhou externamente, por 30 anos, com a plena anuência do autor (companheiro) que se aproveitou, nos 30 anos de vida em comum (união estável), com o trabalho doméstico da ré (companheira), sem que, em qualquer momento, lhe pagasse salário.

Alguns podem afirmar que ela tinha a contraprestação de ser sustentada pelo companheiro. Ora, ser companheiro é ter vida em comum e não trabalho escravo.

IV) Lembre-se, inclusive, que os alimentos foram estabelecidos em época de crescimento da riqueza no Brasil (ano de 2008), ainda. Ora, se em época de "pleno emprego" havia a necessidade dos alimentos, o que se dizer em época recessiva?

Por isso, diante dessa realidade dos fatos, não há como se ter outra conclusão que não o da r. sentença (pp. 101/102), quando afirma:

> "Ora, se a ré nunca trabalhou fora do lar, é razoável imaginar que, agora, com 58 anos, tenha dificuldade em ingressar no mercado de trabalho.
>
> Aliás, o autor, na petição inicial, informa que a ré trabalha como faxineira, o que é negado pela ré em contestação, e a única testemunha ouvida confirma que a ré não trabalha.
>
> Ademais, o autor afirma que a ré mantém um relacionamento amoroso, e a ré nega, sendo de se observar o autor não logrou êxito em comprovar tal alegação, sendo de se observar que a única testemunha ouvida afirma que a ré reside somente com um dos filhos das partes.
>
> De outro lado, como se vê a fls. 17, a pensão alimentícia foi fixada no valor de 24% dos rendimentos líquidos do autor, o que significa dizer que tal pensão alimentícia somente é majorada quando dos rendimentos do autor são majorados.
>
> E o autor nada trouxe aos autos para comprovar que teve aumento em seus gastos.
>
> De qualquer forma, pela análise do holerite juntado a fls. 18, verifica-se que o pagamento da pensão alimentícia está de acordo com os vencimentos percebidos pelo autor enquanto aposentado, sendo de se observar que, segundo afirma o autor, além de aposentado, o mesmo ainda exerce atividade remunerada.
>
> Estando comprovada nos autos a necessidade da ré da pensão alimentícia que, ressalte-se, foi consensualmente acordada entre as partes quando do fim da união, não tendo restado comprovado que o autor está impossibilitado de pagar aludida pensão, que é proporcional a sua

Acesso ao Sumário

aposentadoria, e ainda não tendo restado comprovado que a ré vive em união estável com outra pessoa, é de rigor o julgamento de improcedência da ação."

V) Em outras palavras, mais do que a tese da jurisprudência vista fora da realidade dos fatos, o autor, durante 30 anos, aproveitou-se do fato da mulher não trabalhar. Não pode, agora, quando ela já não é mais jovem (deixando de lado as ficções jurídicas, como a da igualdade de sexos ou gêneros), abandoná-la.

VI) Concluindo, ausentes as circunstâncias que autorizam a aplicação do art. 1.699 do Código Civil, **mantenho a r. sentença**, também pelos seus próprios fundamentos (art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça), motivo pelo qual, **nego provimento à apelação**.

Portanto, **negaram provimento à apelação**.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 31.726)

Peço licença à turma julgadora para dela divergir sobre o resultado do julgamento do recurso ora examinado, relevando para esse fim os seguintes fundamentos que entendo pertinentes na espécie, a saber.

Respeitada a convicção do MM. Juízo "a quo", a r. sentença proferida não merece prosperar.

De início, cumpre salientar que, muito embora se reconheça que a união estável (introduzida no ordenamento jurídico pela Lei nº 9.278/96, e prevista nos artigos 1.723 e seguintes do Código Civil) configure instituto diverso do casamento, no que tange às relações pessoais entre os companheiros, tal qual no matrimônio, vigora o dever de solidariedade (artigo 1.794, do Código Civil).

Em decorrência deste dever de mútua assistência, podem os companheiros, uns aos outros, solicitar alimentos de que necessitem (artigo 1.694, do Código Civil), cujo direito é irrenunciável, a teor do disposto no artigo 1.707, do Código Civil

Não obstante se admita que, mesmo após a extinção da entidade familiar, possa a obrigação alimentar outrora fixada subsistir, deve-se compreender que este dever remanescente "reveste-se de caráter assistencial, não apresentando características indenizatórias, tampouco fundando-se em qualquer traço de dependência econômica havida na constância do casamento (...). Dessa forma, em paralelo ao raciocínio de que a decretação do divórcio cortaria toda e qualquer possibilidade de se postular alimentos, admite-se a possibilidade de prestação do encargo sob as diretrizes consignadas nos arts. 1.694 e ss. do

Acesso ao Sumário

CC/02, o que implica na decomposição do conceito de necessidade, à luz do disposto no art. 1.695 do CC/02, do qual é possível colher os seguintes requisitos caracterizadores: a) ausência de bens suficientes para a manutenção daquele que pretende alimentos; b) a incapacidade do pretenso alimentando de prover, pelo seu trabalho, à própria mantença". (STJ, REsp nº 933355/SP, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 25.03.2008).

A despeito dos problemas de saúde alegados pela alimentanda (fl. 64/66), não é possível vislumbrar, com a certeza necessária, efetivo fator incapacitante para o exercício de atividade laborativa, de sorte que se apresenta, com efeito, pertinente a cessação da obrigação alimentar, que, ressalta- se, não pode traduzir como fomento ao ócio.

Nesse sentido, assim já decidiu este C. Tribunal de Justiça:

"Exoneração de alimentos. Alimentado maior que não trabalha e não estuda. Encerramento da pensão está em condição de sobressair, pois, do contrário, configuraria estímulo ao ócio. Nada consta dos autos que o apelante não estivesse apto para o labor, portanto, deve obter a própria sobrevivência digna. Apelo desprovido".

(TJSP, Apelação nº 9253578-57.2008.8.26.0000, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, Dj 26.08.2008)

Para possibilitar, todavia, a adequação da alimentanda à nova realidade, deverá a obrigação alimentar subsistir pelo prazo de seis meses, a contar da publicação deste julgado.

Salienta-se, por fim, que, em caso de eventual alteração do quadro fático, poderá a recorrente requerer alimentos de seus filhos, em atenção ao postulado do artigo 1.696, do Código Civil.

Ante o exposto, dava parcial provimento ao apelo interposto.

MAURO CONTI MACHADO, Desembargador, Relator sorteado vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008356-13.2014.8.26.0604, da Comarca de Sumaré, em que são apelantes BRASIL CLUB LTDA., CENTRAL NACIONAL UNIMED - COOPERATIVA CENTRAL e UNIMED GURUPI COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA., é apelado FAST TEC COMÉRCIO E SERVIÇOS TÉCNICOS DE MÁQUINAS E PEÇAS INDUSTRIAIS 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

Acesso ao Sumário

provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.086)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GRAVA BRAZIL (Presidente sem voto), ALEXANDRE COELHO e SALLES ROSSI.

São Paulo, 30 de janeiro de 2017.

THEODURETO CAMARGO, Relator

Ementa: ILEGITIMIDADE PASSIVA - COOPERATIVAS UNIMED QUE MANTÊM PARCERIA - CONFIGURAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 99 DO TJSP - PRELIMINAR AFASTADA.

ILEGITIMIDADE ATIVA - EMPREGADORA QUE, ASSIM COMO O BENEFICIÁRIO DO PLANO DE SAÚDE, TEM LEGITIMIDADE PARA ACIONAR DIRETAMENTE A OPERADORA - EXEGESE DA SÚMULA 101 DO TJSP.

PLANO DE SAÚDE - CANCELAMENTO DO CONTRATO FIRMADO ENTRE A ADMINISTRADORA E A OPERADORA DE PLANOS DE SAÚDE EM RAZÃO DE SUPOSTO INADIMPLEMENTO - NEGATIVA DE COBERTURA - AUTORA QUE NÃO PODE SOFRER OS EFEITOS NEGATIVOS DECORRENTES DA QUEBRA DE RELAÇÃO CONTRATUAL - ABUSIVIDADE - DANOS MORAIS CONFIGURADOS - "QUANTUM" INDENIZATÓRIO EM PATAMAR ADEQUADO - PRECEDENTE - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ELEVADOS - INTELIGÊNCIA DO ART. 85, § 2º, DO CPC2015 - RECURSO DE UNIMED GURUPI PARCIALMENTE PROVIDO, APENAS PARA REDUZIR A VERBA HONORÁRIA PARA 10% DO VALOR DA CAUSA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de recursos de apelação interpostos contra a r. sentença de fls. 246/251, que julgou parcialmente procedentes os pedidos para condenar as rés, solidariamente, a pagarem, a título de indenização de danos morais, o importe de dez salários mínimos nacionais, corrigidos monetariamente do evento danoso

(abril de 2014) e acrescidos de juros de mora a contar da citação; sucumbentes em maior extensão, arcarão as requeridas com as custas, despesas e honorários advocatícios, arbitrados em 15% do valor da condenação, atendidos, ainda, o zelo do profissional e a complexidade da demanda.

Irresignadas, apelam as operadoras de planos de saúde: i) Central Nacional Unimed - Cooperativa Central aduz ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, porquanto a autora mantenha contrato de prestação de serviço médico-hospitalar apenas com Unimed Gurupi, empresa que não integra seu grupo econômico; seu Sistema de Intercâmbio tem por finalidade disponibilizar ao usuário atendimento por prestadores de outra cooperativa Unimed, sem implicar a existência de vínculo societário entre as entidades; verificada sua absoluta autonomia e independência, de rigor a extinção do feito em relação a Central Nacional Unimed; o inadimplemento contratual não dá causa a danos morais, caracterizando, quando muito, mero aborrecimento; na hipótese de manutenção da condenação, impõe-se a minoração do desproporcional *quantum* indenizatório (fls. 253/271); ii) Unimed Gurupi - Cooperativa de Trabalho Médico, por seu turno, alega que a apelada, pessoa jurídica, não pode pleitear indenização de danos morais decorrente de falha na prestação de serviço a um de seus sócios, evidenciando sua ilegitimidade ativa *ad causam*; os referidos sócios foram incluídos no plano de saúde a pedido de Brasil Club Eireli, administradora de benefícios que intermediou a negociação e recebe os respectivos valores, no bojo de contrato coletivo firmado entre a recorrida e Abrasf - Associação Brasileira de Apoio ao Funcionário Público; o contrato com Abrasf fora rescindido unilateralmente pela recorrente; não pode ser compelida a prestar serviços médico-hospitalares ao largo da devida contraprestação, sob pena de prejudicar toda sua massa de usuários; tendo a recusa de cobertura se fundado em interpretação equivocada de cláusula contratual, não há que se falar em indenização de danos morais; se mantida a condenação, o valor da indenização deverá ser reduzido para patamar razoável; dada a singeleza da causa, impõe-se a minoração da elevada verba honorária (fls. 273/290).

Comprovado o recolhimento do preparo (fls. 272 e 291/292), os recursos foram recebidos em seus efeitos devolutivo e suspensivo (fls. 293).

Contrarrazões às fls. 295/300 e 301/308.

Por fim, as partes não manifestaram oposição ao julgamento virtual do recurso, nos termos do art. 1º da Resolução 549/2011, do C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça de São Paulo, publicada no DJE de 25 de agosto de 2011 e em vigor desde 26 de setembro de 2011 (fls. 312).

É o relatório.

1.- SÍNTESE DA DEMANDA - Fast Tec Comércio e Serviços Técnicos de Máquinas e Peças Industriais Ltda. ajuizou a presente demanda

Acesso ao Sumário

em face de Brasil Club Eireli e Central Nacional Unimed - Cooperativa central pretendendo fossem as requeridas condenadas ao pagamento de indenização de danos materiais de R$ 2.103,65, montante despendido com o pagamento do plano de saúde entre janeiro e abril de 2014, e indenização de danos morais, em montante não inferior a dez salários mínimos, decorrente de indevida negativa de cobertura.

Em linhas gerais, alega ter firmado contrato de convênio médico diretamente com a primeira requerida, em 10 de janeiro de 2014, sendo a segunda responsável pela prestação dos serviços contratados.

Quitadas todas as prestações, informa que um de seus sócios aguardou o período de carência para agendar consulta médica para o dia 03 de abril de 2014, mas a cobertura foi negada, circunstância que lhe causou profundo constrangimento frente aos demais pacientes.

Surpreendida, verificou que fora excluída do plano de saúde em 01º de abril do mesmo ano, ao largo de qualquer explicação.

Central Nacional Unimed, em contestação, arguiu ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, bem refutou a ocorrência de dano moral indenizável (fls. 66/77).

Brasil Club, por seu turno, arguiu a ilegitimidade ativa da pessoa jurídica, além de sua própria ilegitimidade passiva. No que concerne ao mérito, afirmou não ter causado danos à autora, os quais, se existiram, foram gerados pela outra requerida, responsável pela discutida negativa (fls. 163/176).

Por derradeiro, Unimed Gurupi - Cooperativa de Trabalho Médico compareceu voluntariamente aos autos requerendo a substituição do polo passivo, vez que a autora seria sua cliente, e não de Central Nacional Unimed. E, no mérito, justificou ter rescindido o contrato com Brasil Club razão da inadimplência desta, que, em hipótese de condenação, deverá ser responsabilizada (fls. 108/131).

Considerando que as pessoas jurídicas pertencentes à Unimed possuem legitimidade passiva nas ações movidas contra qualquer delas, porquanto façam parte do mesmo grupo econômico, a MMª Juíza *a quo*, além de repelir a preliminar, entendeu existir solidariedade de eventual responsabilidade entre Unimed e Brasil Club, por vezes denominada Abrasf - Associação Brasileira de Apoio ao Funcionário Público (fls. 246/251).

Outrossim, observado que o descumprimento contratual não fora impugnado por nenhuma das rés, referiu que, ainda que a demanda tenha sido ajuizada pela empregadora, eram os funcionários da autora os prejudicados diretamente pelos inadimplementos.

Ponderando que a relação jurídica rege-se pelo CDC, verificou que a requerente juntou cópias de boletos quitados que comprovam a contraprestação

das mensalidades entre janeiro e março de 2014 (fls. 25/30), a revelar que agiu de acordo com o princípio da conservação contratual, ao passo que as rés deram causa à interrupção da cobertura da assistência médica ao discutirem o inadimplemento do contrato entre elas, sem se preocupar com as consequências que o inadimplemento causaria ao beneficiário do plano de saúde.

E, aduzindo que o pedido de indenização de danos materiais não merecesse prosperar, uma vez que as prestações fossem efetivamente devidas no período, a i. Magistrada houve por bem julgar parcialmente procedentes os pedidos para condenar as rés, solidariamente, a pagarem, a título de indenização de danos morais, o importe de dez salários mínimos nacionais.

2.- DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DE CENTRAL NACIONAL UNIMED - A peculiaridade de a autora manter contrato de prestação de serviço médico-hospitalar com Unimed Gurupi não tem o condão de afastar a responsabilidade de sua congênere da obrigação imposta em sentença.

Com efeito, sabe-se que há uma relação de parceria entre as cooperativas Unimed, em virtude da qual os usuários de uma determinada cooperativa podem fazer uso dos serviços de outra, quando estão em trânsito pelo território nacional.

Nesse sentido: "Agravo de instrumento. Plano de saúde coletivo. Migração. Ilegitimidade de parte afastada porquanto caracterizado grupo econômico. Agravada beneficiária de novo plano mantido pela empregadora de seu genitor. Recurso provido. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão que deferiu tutela antecipada para determinar a migração do plano coorporativo para plano individual, sem carência alguma, sob pena de multa diária de R$5.000,00. 2- Afastada a alegação de ilegitimidade de parte sustentada pela agravante. O intercâmbio de atendimento determina a solidariedade entre as diversas cooperativas do grupo UNIMED. Métodos de gestão de contratos, orientados pela divisão de bases geográficas não podem determinar a restrição de atendimento ao consumidor. Amplo atendimento em rede que faz parte de estratégia publicitária. 3- O fato de a agravada constar como beneficiária em outro plano de saúde coletivo retira a urgência da medida, deixando de existir o periculum in mora. 4- Recurso provido." (TJSP, 6ª Câm. Dir. Priv., AI 0154425-68.2012.8.26.0000, rel. Des. Alexandre Lazzarini, j. 16.05.2013).

A propósito, a Súmula 99 deste E. Tribunal de Justiça dispõe: "Não havendo na área do contrato de plano de saúde, atendimento especializado que o caso requer, e existindo urgência, há responsabilidade solidária no atendimento ao conveniado entre as cooperativas de trabalho médico da mesma operadora, ainda que situadas em bases geográficas distintas."

Portanto, fica afastada a preliminar.

3.- DA ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* - Da mesma sorte,

Acesso ao Sumário

inconsistente a alegação de que a autora, pessoa jurídica, não poderia pleitear indenização de danos morais decorrente de falha na prestação de serviço a um de seus sócios.

Consoante precisa observação da MMª Juíza *a quo*, "os consumidores não intervêm na formação do vínculo contratual, pois a contratação não é feita por eles, e sim pela empresa empregadora (ou entidade representativa deles), mas os direitos que nascem da contratação, dentre os quais o de auferir prestação continuada de serviços e cobertura de custos de assistência à saúde, revertem em favor deles. O sujeito de direito dessa relação contratual é o empregador/empregado (segurado) e, como tal, pode exigir o cumprimento das normas e condições pactuadas no contrato. E, assim sendo, inegável que os contratos de planos de saúde submetem-se aos princípios que regulam as relações de consumo, entre os quais, o princípio da conservação dos contratos" (*verbis*).

A propósito, a Súmula 101 deste E. Tribunal de Justiça estabelece que o beneficiário do plano de saúde tem legitimidade para acionar diretamente a operadora mesmo que a contratação tenha sido firmada por seu empregador ou associação de classe, o que, *mutatis mutandis*, permite concluir que a autora tem legitimidade para ajuizar a presente demanda.

4.- DO MÉRITO - O r. pronunciamento não merece reparo.

Da detida leitura dos autos, verifica-se que o vínculo contratual entre as partes, a existência de prescrições médicas, destacadas na inicial, e a recusa da ré em autorizar as respectivas despesas são fatos incontroversos.

Da mesma sorte, consta dos autos o contrato entre Unimed Gurupi e Abrasf, que, firmado em 2013, foi rescindido imotivadamente em abril de 2014 (fls. 203/228 e 229/237).

Outrossim, consoante observado linhas acima, a requerente juntou cópias de boletos quitados que comprovam a contraprestação das mensalidades entre janeiro e março de 2014, a revelar que agiu de acordo com o princípio da conservação contratual, ao passo que as rés deram causa à interrupção da cobertura da assistência médica ao discutirem o inadimplemento do contrato entre elas, sem se preocupar com as consequências que o inadimplemento causaria ao beneficiário do plano de saúde.

Acesso ao Sumário

Com efeito, a recusa das operadoras de planos de saúde a prestar atendimento ao beneficiário se afigura abusiva e ilegal, dando azo a evidente dano extrapatrimonial.

Nesse sentido, em hipótese análoga, entendeu a C. 5ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça: "AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Plano de saúde. Sentença de procedência para determinar o restabelecimento do plano pelo período contratado. Danos morais arbitrados em R$ 12.000,00. Apela a autora requerendo

a manutenção do plano de saúde enquanto durar o seu tratamento médico, ou a migração para plano compatível, sem o cumprimento de novas carências. Pugna pela majoração dos danos morais para 60 salários mínimos. Apela a corré Golden Cross sustentando que o cancelamento do contrato coletivo por adesão se deu nos termos do contrato. Afirma ser de responsabilidade exclusiva da corré Qualicorp a tratativa sobre as questões administrativas dos contratos, cabendo à operadora de saúde somente as questões atinentes à cobertura. Há dois vínculos jurídicos distintos, um entre a autora e a Qualicorp e outro entre a Qualicorp e a Golden Cross. Alega inexistir dever de indenizar. Apela a corré Qualicorp alegando ilegitimidade passiva. Assevera não ser responsável pela manutenção do plano ativo, pois não possui mais vínculo contratual com a Golden Cross. Sustenta a impossibilidade de cumprir a decisão, sob o fundamento de que o contrato com a operadora de saúde foi rescindido. Os contratos coletivos por adesão podem ser rescindidos de forma unilateral a qualquer tempo. Alega inexistir dever de indenizar. Pugna pela minoração do valor indenizatório. Cabimento parcial. Não parece razoável compelir a autora a sofrer os efeitos negativos decorrentes da quebra de relação contratual havida entre a Qualicorp e a Golden Cross. A responsabilidade perante a consumidora é solidária, não podendo nenhuma das partes ser eximida. A beneficiária deve permanecer vinculada ao plano de saúde. Impõem-se a manutenção do contrato vigente entre as partes ao menos até que a autora termine o tratamento do seu carcinoma, para que posteriormente fique livre para buscar alternativas no mercado de plano e seguro saúde, sem ficar desamparada. Cabível a indenização por danos morais, mas não no patamar estipulado pela sentença. O valor da indenização deve ser minorado para R$ 5.000,00. Recursos parcialmente providos." (Ap. 1001345-22.2016.8.26.0002, rel. Des. James Siano, j. 25.07.2016).

De acordo com o magistério 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 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).

No dizer de SERGIO CAVALIERI FILHO, o dano moral nada mais é do que agressão à dignidade, amor-próprio e autoestima, que provoca dor, vexame, sofrimento ou humilhação, que, fugindo à normalidade, interfere "intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar" (cf. Programa de responsabilidade civil. 8ª ed.,

Acesso ao Sumário

São Paulo: Ed. Atlas, 2008, n. 19.4, p. 83).

No caso dos autos, "a frustração do representante da autora na não obtenção dos procedimentos médicos à época em que confiava na cobertura pelo convênio devidamente quitado acarretou constrangimento, vexame e, porque não, dor a ele, situação hábil a reconhecer a incidência do dano moral. E ainda que assim não o fosse, no caso em comento, os danos morais, dada a natureza consumerista da relação evocada, prescindem de comprovação, pois se trata de dano *in re ipsa* decorrente da recusa injustificada de atendimento médico em razão de cancelamento do convênio decorrente de litígio entre as demandadas" (*verbis*).

Portanto, tem a requerente direito à indenização, que, como já assinalado, deve ser arbitrada levando em conta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (STJ-4ª T., AgRg no Ag 850273-BA, rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, j. 03.08.2010).

Nesses termos, agiu bem a MMª Juíza *a quo* em arbitrar a indenização no equivalente a dez salários mínimos, sendo de rigor a manutenção da r. sentença, mesmo porque a autora não interpôs apelação visando à majoração do *quantum* indenizatório, sendo vedada a *reformatio in pejus*.

5.- DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - Por derradeiro, Unimed Gurupi, sustentando a singeleza da causa, pugna pela minoração da verba honorária, porquanto arbitrada em patamar exorbitante.

Com efeito, tratando-se de sentença de cunho condenatório, proferida no estado do processo, independentemente da produção de outras provas, não se justifica o arbitramento de honorários advocatícios de 15% do valor da causa.

Nesses termos, levando-se em consideração as disposições do § 2º do art. 85 do CPC2015, assim como o denodo e o trabalho do patrono durante todo o processo, melhor se afigura a fixação da verba no patamar de 10% do valor da causa.

6.- CONCLUSÃO - Daí por que se dá parcial provimento ao recurso de Unimed Gurupi, apenas para reduzir a condenação ao pagamento de honorários de advogado de 15% para 10% do valor da causa, sem reflexo na sucumbência, e deixo de aplicar o comando inserto no art. 85, § 11 do CPC/2015, em atenção ao Enunciado nº 7 do STJ, *in 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 art. 85, § 11, do novo CPC."

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.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002142-48.2013.8.26.0666, da Comarca de Artur Nogueira, em que é apelante/apelado S.L.C.O. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada/apelante P.N.M.O. (G. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª 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 37.678)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI (Presidente sem voto), ELCIO TRUJILLO e CESAR CIAMPOLINI.

São Paulo, 31 de janeiro de 2017.

ARALDO TELLES, Relator

Ementa: Revisional de alimentos. Pleito de alteração do encargo. Genitor que tem mais dois filhos. Alimentária que, conquanto tenha atingido a maioridade, cursa faculdade. Redução almejada deferida, em parte. Arbitramento em 20% dos rendimentos líquidos ou 40% do salário mínimo, no caso de desemprego.

Base de incidência. Percentual da pensão que deve incidir sobre horas extras, adicionais noturnos e de periculosidade, décimo terceiro salário e terço constitucional de férias. Não incidência sobre INSS, FGTS e multa, IR, verbas rescisórias, PLR, férias indenizadas.

Recursos parcialmente providos.

VOTO

A autora manejou ação revisional de alimentos contra seu genitor alegando que ficou estipulado pensionamento no valor de R$ 82,00, mas, agora, aquele se encontra empregado junto à Prefeitura de Engenheiro Coelho, podendo arcar com 33% de seus rendimentos e 50% do salário mínimo, em caso de ausência de vínculo empregatício ou desemprego.

Acolhida, em parte, a demanda, restou fixado o encargo em 25% dos rendimentos líquidos (excluídas as verbas rescisórias, FGTS, décimo terceiro salário, terço constitucional sobre as férias, participação nos lucros e resultados, horas extras e eventual adicional noturno) ou metade do salário mínimo, em

Acesso ao Sumário

caso de desemprego.

Inconformadas, apelam as partes.

O alimentante alega, em suma, que a filha já alcançou a maioridade e está trabalhando no Cartório de Registro de Engenheiro Coelho, percebendo remuneração próxima à sua. Diz, ainda, que tem mais dois filhos para sustentar: um que mora consigo e outra que, apesar de maior de idade, é portadora de necessidades especiais. Por isso, diz que a pensão deve ser fixada em 15% de seus rendimentos, mantidas as exclusões propostas na sentença ou em 30% do salário mínimo nacional.

De seu turno, a acionante insiste no pleito inicial, aduzindo que o pai pode arcar com 33% de seus rendimentos. Clama, ainda, pela inclusão no cômputo do décimo terceiro salário, do terço constitucional de férias, horas extras, adicionais e participação nos lucros e resultados.

Ausente contrariedade e com isenção de preparo, subiram os autos.

É o relatório, adotado o de fls. 83.

Os apelos comportam parcial acolhida.

A redução do encargo alimentar é possível, nos termos do artigo 1.699 do Código Civil, quando sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre ou na de quem os recebe.

Para tanto, há necessidade de prova convincente de que a alteração torne impossível o cumprimento da obrigação pelo alimentante.

Esse é o escólio de Carlos Roberto Gonçalves:

> ***Na ação exoneratória ou de redução dos alimentos, a alegação de impossibilidade de pagar a pensão fixada reclama prova irrefutável e convincente. Não basta que o alimentante sofra alteração na sua fortuna para justificar a redução da prestação alimentícia; é necessário que a alteração seja de tal ordem que torne impossível o cumprimento da obrigação. Do contrário, tal alteração será irrelevante. É do alimentante o ônus da prova relativamente à desnecessidade do alimentando em continuar percebendo a prestação alimentícia, qualquer que seja o motivo da desnecessidade***[1].

O alimentante alega que sustenta outros dois filhos e, apesar de não ter vindo prova cabal de quanto a eles destina, inegável que tal circunstância deve nortear o estabelecimento do percentual.

E, considerando o total de seus vencimentos - R$1.661,28 (fls. 62) - inegável que a dedução de 25% é demasiada.

Não é possível, todavia, alcançar a redução por ele pretendida, eis que, conquanto alegado que a filha esteja trabalhando no Cartório de Registro Civil do

1 *In* **Direito Civil Brasileiro**, 6ª ed., Vol. VI. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 514.

Município e auferindo renda, não há qualquer prova a demonstrar essa situação.

E, estando ela a cursar a faculdade de Direito, inegável que ainda necessita do apoio financeiro do pai.

Tudo sopesado, reduzo os alimentos para o percentual de 20% sobre os rendimentos líquidos e 40% sobre o salário mínimo, em caso de ausência de vínculo empregatício.

Quando a fixação do percentual da verba alimentar tem como base a remuneração do devedor, deve-se ter em conta a natureza das verbas que a integram.

Aquelas de caráter puramente indenizatório - aí incluídos os descontos previdenciários obrigatórios e de imposto de renda, FGTS, PIS/PASEP, verbas indenizatórias e rescisórias e férias indenizadas - não devem integrar o cômputo da pensão.

Os alimentos são fixados de acordo com o clássico binômio necessidade de quem recebe e possibilidade de quem paga, de modo que eventual alteração da equação deve ser readequada por meio das medidas cabíveis.

A discussão, tocante às horas extras, decorre, principalmente, de seu caráter eventual, de modo que parte da doutrina entende que a verbas daí advindas não devem integrar a pensão.

A propósito, Arnaldo Rizzardo afirma que *sempre com base no princípio da fixação de acordo com a necessidade, a menos por causa de situações excepcionais, como a insuficiência, não integra a pensão o correspondente a horas extras, abonos e gratificações*[2].

Todavia, em recentíssimo julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, o Relator Ministro Luis Felipe Salomão, em didático voto, lançou uma pá de cal sobre o assunto, afirmando que a habitualidade ganha relevância apenas na principiologia do direito do trabalho e, tomando como ideia a auferição de renda - utilizada como critério de incidência de imposto sobre a renda - conclui que este é o parâmetro mais justo para se definir sobre a incidência ou não de alimentos sobre esta rubrica recebida pelo alimentante.

Nessa toada, mesmo considerando a habitualidade no recebimento das horas extraordinariamente trabalhadas, inegável que haverá um acréscimo nas possibilidades financeiras do devedor, de modo que o alimentário também deve ter incrementada sua pensão.

DIREITO DE FAMÍLIA. ALIMENTOS. BASE DE CÁLCULO. PERCENTUAL FIXADO SOBRE OS RENDIMENTOS LÍQUIDOS DO DEVEDOR. HORAS EXTRAS. INCIDÊNCIA.

1. O valor recebido pelo alimentante a título de horas extras, mesmo que não habituais, embora não ostente caráter salarial para

2 *In* **Direito de Família**, 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 669.

Acesso ao Sumário

efeitos de apuração de outros benefícios trabalhistas, é verba de natureza remuneratória e integra a base de cálculo para a incidência dos alimentos fixados em percentual sobre os rendimentos líquidos do devedor.

2. Recurso não provido[3].

Nesse sentido, também já se posicionou esta Colenda Câmara:

AÇÃO DE ALIMENTOS - Ajuizamento por esposa em face de marido - Fixação adequada do quantum alimentar, observado o equilíbrio do binômio necessidade-possibilidade - Pensão alimentícia que deve incidir sobre horas extras, adicional de insalubridade, abono e terço constitucional de férias, por serem verbas que integram a remuneração salarial - Não incidência sobre as férias não gozadas, diante de seu caráter indenizatório - Recurso de apelação desprovido e recurso adesivo provido parcialmente[4].

No tocante ao terço constitucional de férias, conforme se deliberou no RESP nº 1.106.654/RJ, de Relatoria do Ministro Paulo Furtado, julgado sob a ótica do art. 543-C, do Código de Processo Civil, deve integrar a base de incidência.

DIREITO DE FAMÍLIA. ALIMENTOS. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. INCIDÊNCIA. JULGAMENTO SOB A TÉCNICA DO ART. 543-C DO CPC.

1. Consolidação da jurisprudência desta Corte no sentido da incidência da pensão alimentícia sobre o décimo terceiro salário e o terço constitucional de férias, também conhecidos, respectivamente, por gratificação natalina e gratificação de férias.

2. Julgamento do especial como representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC e da Resolução 08/2008 do STJ - Procedimento de Julgamento de Recursos Repetitivos.

3. Recurso especial provido[5].

Diga-se o mesmo para o décimo terceiro salário, verba que está compreendida na totalidade dos rendimentos do devedor e não tem caráter indenizatório[6]. Pelo princípio da isonomia, os alimentários devem ter padrão de vida compatível com o do alimentante, de modo que o que este receber como provento, deve ser revertido proporcionalmente em benefício daqueles.

Identicamente, incluem-se os adicionais - noturno e de periculosidade -,

Acesso ao Sumário

3 3 REsp 1098585/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 29/08/2013.

4 Ap nº 9131345-92.2007.8.26.0000, Rel. Des. João Batista Vilhena, DJ 27/03/12.

5 REsp 1106654/RJ, Rel. Ministro PAULO FURTADO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/BA), SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 16/12/2009.

6 REsp 622.800/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/06/2005, DJ 01/07/2005, p.519.

que, por terem natureza de salário e não indenizatória, também sobre eles deve incidir o percentual fixado.

Merece mantido, todavia, o afastamento do que o alimentante recebe a título de participação nos lucros e resultados (PLR), pois tal verba ostenta natureza eventual, indenizatória e personalíssima[7].

Por esses fundamentos, dou parcial provimento ao recurso do réu para reduzir o pensionamento para 20% dos rendimentos líquidos ou 40% do salário mínimo, em caso de ausência de vínculo empregatício, e dou parcial provimento ao recurso da autora para incluir na base de incidência da pensão o décimo terceiro salário, o terço constitucional de férias, horas extras e adicionais.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004185-55.2015.8.26.0126, da Comarca de Caraguatatuba, em que é apelante A.Q.C. (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados A.C.S. (JUSTIÇA GRATUITA) e C.A.S. (JUSTIÇA GRATUITA).

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 16488)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES (Presidente) e ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JÚNIOR.

São Paulo, 31 de janeiro de 2017.

GIFFONI FERREIRA, Relator

Ementa: RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL - PROVAS E CIRCUNSTÂNCIAS A REVELAR DA INEXISTÊNCIA DA FIGURA - INOCORRÊNCIA DE CONVIVÊNCIA SOB O MESMO TETO - "ANIMUS" DE CONSTITUIR FAMÍLIA NÃO DEMONSTRADO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de Apelação Cível exprobando a R. sentença de fls. 88/93, que julgou improcedente a Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável

7 Apel nº 4004445-96.2013.8.26.0564, sob esta relatoria e nesta C. 10ª Câmara de Direito Privado.

Acesso ao Sumário

post mortem, rija no argumento da ausência da efetiva comprovação do objetivo de constituição de família, elemento indispensável à configuração da união estável.

Inconformada, recorre a Autora pleiteando a reforma da sentença, já que a decisão contraria as provas apresentadas.

Recurso com processamento bastante. Respondido.

Este é o breve relato.

Deveras, merece subsistir a R. sentença; as razões elencadas pela insurgente não merecem acatamento: é que as assertivas da Apelante não encontram ressonância na prova.

Com efeito, para o reconhecimento de uma relação amorosa como sendo união estável, é preciso que sejam atendidas as exigências do art. 1.723 do Código Civil, isto é, que a convivência entre as partes seja "*contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família*".

A configuração de uma união estável depende da presença de elementos de convicção que caracterizem uma entidade familiar e que devem ser analisados conjuntamente, incumbindo à parte Autora da demanda o ônus da prova do fato constitutivo do direito buscado, nos exatos termos do art. 373, I, do Código de Processo Civil. E, no caso em exame, a Autora não se desincumbiu desse ônus.

Embora seja certo que o falecido tenha se relacionado com a Autora, como asseveram as testemunhas, não ficou demonstrada a existência da união estável; a prova colhida nos autos não traz suficiente convencimento a respeito da convivência pública e com o intuito de constituir família que teria sido estabelecida entre a Autora e o *de cujus*.

No caso em tela, não se vislumbra a *affectio maritalis*. Desta forma, não conseguiu provar a Requerente o alegado, não estando presentes os requisitos caracterizadores da união estável.

De resto, ficam acatados os mais argumentos, que se levam apontados, constantes da R. sentença - o que se faz à luz do Artigo 252 do Regimento Interno desta Centenária Corte, pelo que NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1010409-82.2015.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante MARIA DE LOURDES DE ARAÚJO RIBEIRO (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados ACE SEGURADORA S.A. e COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO.

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 36.447)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA e EGIDIO GIACOIA.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2017.

DONEGÁ MORANDINI, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS.

I. Queda da autora em estabelecimento comercial, em razão de piso escorregadio. Responsabilidade das rés pelo evento danoso. Autora que teve lesões na coluna, confirmadas em laudo pericial.

II. Danos morais arbitrados em R$ 5.000,00 (cinco mil reais). Insuficiência. Lesões na coluna que diminuíram a capacidade motora da consumidora. Devida elevação da condenação para R$ 15.000,00 (quinze mil reais). Valor condizente com o desassossego vivenciado pela autora. Incidência do artigo 944 do Código Civil.

III. Correção monetária desde o arbitramento (artigo 362 do STJ). Juros de mora cômputo desde o evento danoso. Incidência do artigo 398 do Código Civil. Entendimento sedimentado na Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça.

IV. Honorários advocatícios. Arbitramento em 15% do valor da condenação. Montante fixado em simetria com o trabalho executado na origem, a complexidade da causa e a celeridade do feito. Majoração imposta, todavia, em respeito ao trabalho adicional desenvolvido nesta fase recursal. Inteligência do artigo 85, §11, do CPC. Estipulação final da verba em 20% do valor da condenação.

SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

1. Trata-se de ação de indenização por danos morais e estéticos julgada

PARCIALEMENTE PROCEDENTE pela r. sentença de fls. 410/413, prolatada pelo MM. Juiz de Direito Humberto Isaías Gonçalves Rios e de relatório adotado, para "*condenar a ré a pagar à autora, a título de indenização por danos morais, a importância de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), atualizada monetariamente pela tabela prática do E. Tribunal de Justiça desde a data desta sentença e acrescida de juros de mora de 1% ao mês (art. 406 do Código Civil c/c art. 161, §1º, do Código Tributário Nacional), desde a citação. Condeno a ré ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 15% (quinze por cento) do valor atualizado da condenação (....) Por fim, julgo PROCEDENTE a lide secundária, para condenar a denunciada a reembolsar o valor da condenação à denunciante, até o limite previsto na apólice. Não havendo resistência da denunciada quanto à denunciação, deixo e condená-la em honorários*".

Opostos embargos de declaração (fls. 416/417), restaram rejeitados (fl. 426).

Recorre a autora.

Pretende, pelas razões de fls. 418/425, a majoração da condenação à compensação de danos morais para o montante equivalente a 250 salários mínimos, com correção monetária e juros de mora contados a partir do ato ilícito. Pleiteia, ainda, a elevação da verba honorária estipulada.

O recurso foi processado e respondido (fls. 438/445 e fls. 446/452), sendo tempestivo e sem preparo recursal em razão da gratuidade deferida à apelante.

É O RELATÓRIO.

2. O recurso comporta parcial acolhida, respeitado o entendimento do Douto Magistrado.

Segundo restou incontroverso no feito, a apelante foi vítima de uma queda no interior do estabelecimento da primeira apelada na data de 22.05.2014, em decorrência de piso escorregadio. Em razão da queda de sua própria altura, sofreu lesões na coluna que foram agravadas diante de doença preexistente (artrose).

A propósito, para demonstração da extensão do dano provocado, houve a realização de exame pericial, com a seguinte conclusão: "*Paciente (autora) portadora de processos degenerativos osteodiscais em coluna vertebral lombar de etiologia multifatorial com clínica de lombalgia crônica. Vítima também de acidente por queda da própria altura, dentro de supermercado (Extra), há nexo (05/2014); com piora de seu quadro clínico já pré existente (coluna lombar), por conta deste evento e que muito provavelmente teve-se esta situação de agravamento= (queda= acidente, foi fator contributivo). Requerente (paciente) deverá dar continuidade e tratamento especializado (Neurocirugião) para obtenção de melhoras. Não está incapaz integralmente na presente data, há*

sim redução funcional da coluna vertebral (lombas) com diminuição de sua capacidade física" (fl. 292).

Dado tal quadro de compreensão sobre o ilícito, afora a dor física experimentada em razão do episódio, não se pode olvidar os transtornos vivenciados pela consumidora no tratamento a que foi submetida com vistas à sua recuperação. Houve rompimento da rotina, experimentando-se um desassossego anormal a permitir, sem maiores delongas, a configuração da lesão moral. Adverte, a respeito, THEOTONIO NEGRÃO que **"De acordo com a jurisprudência, configura dano moral: - a queda do consumidor em estabelecimento comercial, causadora de fratura e ocasionada pelo chão molhado e pela falta de advertência a esse respeito" (RT 869/395) (*in* Código Civil e Legislação Civil em Vigor, Editora Saraiva, 30ª edição, p. 103)**.

Na mesma diretriz, já decidiu esta Câmara: **"Ação de indenização [...] III- Queda que importou em fratura no quadril direito da autora, com necessidade de intervenção cirúrgica. Fato que importa em lesão moral indenizável. Desassossego anormal vivenciado pela autora. Dano moral bem reconhecido." (Apelação Cível n. 0006715-68.2006.8.26.0157, desta Relatoria Cubatão, j. 25.03.2014)**. Em caso parelho, tem-se ainda o precedente desta Corte: **"RESPONSABILIDADE CIVIL. QUEDA SOFRIDA PELA AUTORA NO INTERIOR DO SUPERMERCADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO RÉU. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA REFORMADA. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO DA AUTORA. 1. Recurso da autora contra a sentença que julgou improcedente sua pretensão indenizatória (danos moral e material), por entender que o laudo pericial não concluiu que a lesão constatada na autora seja proveniente de queda sofrida em estabelecimento do réu. 2. O conjunto probatório produzido nos autos indica que a autora sofreu queda no interior do estabelecimento do réu, vindo a necessitar de tratamento médico e fisioterápico. 3. A falha da prestação de serviços do supermercado, quanto à segurança e proteção da incolumidade física da consumidora, restou configurada. Ausência de causa excludente de responsabilidade. 4. Danos materiais não comprovados. 5. Dano morais caracterizados. Considerando as peculiaridades do caso concreto, bem como os parâmetros do art. 944 do CC e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, adequada a fixação do montante de R$ 10.000,00 (atualização pela Tabela Prática do TJSP, a contar do julgamento desse v. acórdão, e juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação), servindo como fator sancionatório e inibitório para o réu, além de não promover o enriquecimento imotivado da autora. Sucumbência recíproca. 6. Apelação da autora parcialmente provido." (Apelação nº 0021740-19.2011.8.26.0005, Rel. Alexandre Lazzarini, j. 08.03.2016).**

Acesso ao Sumário

No tocante ao arbitramento da compensação, no caso em comento, a majoração do valor arbitrado a título de danos morais é medida de rigor.

É fato que inexiste critério fixo e determinado para a quantificação da lesão moral, devendo ser observada a peculiaridade do caso concreto, levando-se em consideração as condições da ofendida, da ofensora e do bem jurídico lesado. Tal indenização deve satisfazer a vítima na justa medida do abalo sofrido, não podendo ser fixada em valor tão alto que se converta a dor em fonte de enriquecimento sem causa do ofendido, nem em quantia tão irrisória que não reprima a ocorrência de eventos da mesma natureza.

A situação apresentada nos autos é de grande relevância, justificando-se a elevação da indenização de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) para R$ 15.000,00 (quinze mil reais), na medida em que, em decorrência da queda sofrida, a consumidora fraturou a coluna e houve agravamento de doença preexistente, conforme se extrai do laudo pericial, com piora da capacidade física. Anote-se que, malgrado a questão não esteja adstrita à incapacidade laboral, dado que a recorrente já era aposentada por invalidez à época dos fatos, a integridade física é relevante como bem jurídica, tendo sido recomendada a submissão à cirurgia para tratamento da lesão sofrida.

Portanto, justifica-se a elevação ora realizada para R$ 15.000,00 (quinze mil reais), com correção monetária a partir do arbitramento, nos termos da Súmula 362 do STJ, *in verbis*: **"A correção monetária do valor da indenização por dano moral incide desde a data do arbitramento".**

Merece reparo a r. sentença, ainda no tocante ao cômputo dos juros de mora, que foram arbitrados desde a citação. No caso em tela, cuidando-se de responsabilidade extracontratual, os juros devem fluir desde o evento danoso, aplicando-se, sem maiores delongas, o disposto no artigo 398 do Código Civil: **"Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou"**. Nesse sentido, inclusive, sedimentou-se o entendimento por meio da Súmula 54 do E. Superior Tribunal de Justiça: **"Os juros de moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual"**.

Por fim, no que toca aos ônus de sucumbência, pelo menos quanto ao labor do advogado desenvolvido na instância de origem, revela-se adequada a verba honorária fixada em 15% (quinze por cento) do valor da condenação, notadamente em se considerando a complexidade da demanda e a celeridade de sua tramitação, nos termos do artigo 85, §2º, do Código de Processo Civil.

De qualquer sorte, tendo em vista o trabalho adicional desenvolvido pelo advogado nesta fase recursal, consoante admite o artigo 85, §11, do mesmo diploma legal, impõe-se a exasperação da verba honorária para 20% (vinte por cento) do valor da condenação, o que importa obliquamente no atendimento da

Acesso ao Sumário

pretensão recursal.

3. Diante de todo o exposto, de rigor que se proveja parcialmente o recurso a fim de majorar a indenização por danos morais para o importe de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), corrigido monetariamente desde o presente julgado, acrescido de juros de mora desde o evento danoso, assim como exasperar os honorários sucumbenciais, devidos pela apelada COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO, para 20% (vinte por cento) do valor da condenação.

DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO APELO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1022755-28.2015.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante J.R.S. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado C.H.N.T.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.192)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO LOUREIRO (Presidente) e AUGUSTO REZENDE.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2017.

CLAUDIO GODOY, Relator

Ementa: Cooperativa. Aquisição de imóvel. Real relação consumerista. Prescrição inocorrida. Resolução. Desistência que não se controverte, tanto quanto a assunção da obrigação de devolução das parcelas pagas. Devolução que dever ser imediata. Solidariedade das rés, formada cadeia de fornecimento. Dano moral não configurado. Sentença revista. Recurso provido em parte.

VOTO

Cuida-se de recurso interposto contra sentença (fls. 181/183) que reconheceu a prescrição da pretensão de restituição das parcelas pagas depois de desistência do "Termo de Adesão e Compromisso de Participação" em cooperativa habitacional, cumulada com danos morais. Sustenta a autora, em sua irresignação, a inocorrência da prescrição, porque confessada a dívida em

Acesso ao Sumário

10/07/2006 e porque a última parcela de restituição foi paga em 25/01/2010. Alega legitimidade passiva da segunda corré e que o atraso na entrega do imóvel lhe provocou abalo psicológico passível de indenização. Aduz, por fim, que o instrumento firmado entre as partes, assim como o aditamento havido, legitimam a rescisão do contrato e restituição dos valores pagos em face do inadimplemento da alienante.

Recurso regularmente processado e respondido (a fls. 204/217).

É o relatório.

Respeitada a convicção do I. Juiz prolator da sentença recorrida, não se acede à conclusão por seu intermédio externada.

Em primeiro lugar, a rigor o que se pretende, além de dano moral, é a cobrança dos valores devidos em razão da desistência do negócio de aquisição do imóvel. Não se controverte que a desistência tenha sido aceita e consumada; que seja devida a restituição; e que a última parcela paga pela restituição (a despeito do quanto originariamente afirmado na inicial) o tenha sido em 2010, conforme documento de fls. 79.

Neste contexto, não se considera havida prescrição que, no caso, não se entende trienal.

De um lado, não se considera aplicável o prazo das ações de enriquecimento sem causa (art. 206, par. 3º, IV, do CC), em relação à devolução das parcelas. E se já o fez o Superior Tribunal de Justiça **(STJ, AgRg no Resp. n. 1.377.090, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 22.10.2013)**, também já decidiu comum o prazo **(STJ, Resp. n. 1.297.607, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 12.03.2013)**.

Na verdade, sobre a questão, não se compreende de modo tão extensivo a previsão contida no artigo 206, parágrafo 3º, inciso IV, do atual Código Civil, que estabeleceu prazo prescricional de três anos para exercício da "*pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa.*"

Segundo se crê, o dispositivo concerne à ação própria de enriquecimento sem causa, estatuída de modo subsidiário na nova normatização civil para aquelas situações em que, a fim de evitá-lo, não se tenha erigido previsão própria. Dito de outro modo, tem-se prazo extintivo concernente à previsão que se levou ao texto dos artigos 884/886 do CC/02.

Acesso ao Sumário

Neste sentido, referindo-se ao prazo especial como relativo à ação ou pretensão contida nos dispositivos citados, confira-se, a título exemplificativo: **Humberto Theodoro Júnior, *Comentários*, Forense, 2003, v. III, t. II, p. 327; Nestor Duarte, *CC comentado*, Manole, 5ª ed., p. 163; Adriano César da Silva Álvares, *Manual da prescrição*, ed. Juarez de Oliveira, p. 112; Giovanni Ettore Nanni, *Enriquecimento sem causa*, Saraiva, p. 219**.

Mas também não se reputa aplicável o prazo mesmo prazo trienal, agora em função da regra do artigo 206, parágrafo 3º, inciso V, do CC.

Com efeito, defende-se que, em casos de responsabilidade civil contratual, o prazo prescricional seja o comum, decenal, portanto afastando-se prazo especial do artigo 206, parágrafo 3º, inciso V, do CC.

Reconhece-se, é certo, que a questão seja polêmica. Para um escorço das posições antagônicas acerca do assunto, ainda que defendendo a mesma tese que aqui se esposa, vale conferir: **Gabriel Seijo Leal de Figueiredo. Pretensão indenizatória fundada em responsabilidade contratual: inaplicabilidade do prazo prescricional de três anos. In: *Temas relevantes do direito civil contemporâneo. Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. Coord.: Renan Lotufo; Giovanni Ettore Nanni; Fernando Rodrigues Martins. Atlas. 2012. p.174-185**.

Mais, reconhece-se ponderável o argumento de que o preceito citado, do atual CC, nenhuma distinção contém. Poder-se-ia mesmo acrescentar que, se fosse para se efetuar alguma diferenciação, seria para se tratar de maneira mais gravosa, portanto com prazo prescricional maior, a responsabilidade civil extracontratual, por exemplo, como se indica na disciplina legal da mora (v. art. 398 do CC e sua previsão de que ela se constitua *ex re*, posto ausente liquidez do valor reparatório, desde a prática do ilícito).

Tem-se, porém, seja outra a questão a considerar. E ela está, fundamentalmente, na constatação do termo inicial de contagem da prescrição num e noutro caso, o que justifica, antes de mais nada, o prazo maior de prescrição nos casos de responsabilidade civil contratual.

É que, nestas situações, o fato que determina o início do curso do lapso de prescrição é, já por si, o do inadimplemento, independentemente da concreta ciência que dele tenha o credor, porquanto de antemão sabe do termo e deve estar atento à satisfação de seu interesse. Como adverte José Fernando Simão, "*se o credor conhece ou não o fato de o devedor ter descumprido a avença firmada, isso não reflete no início do prazo prescricional. Em realidade, na hipótese de inadimplemento da obrigação contratual, a lei presume que o credor terá a diligência de cuidar de seu maior interesse: o adimplemento contratual*." (***Tempo e direito civil. Prescrição e decadência*. Tese de Livre-Docência apresentada na Faculdade de Direito da USP. São Paulo. 2011. p. 278**).

Diferentemente, contudo, nos casos de responsabilidade civil extracontratual, o prazo de prescrição somente começa a correr desde quando o credor toma efetiva ciência do dano que lhe foi impingido pelo agente. E o que se pode estender por muito tempo depois da ocorrência em si. Ainda segundo a ponderação do mesmo autor acima citado, "*para fins de responsabilidade civil extracontratual, a noção de Savigny de actio nata deve ser afastada. Em se tratando de direito disponível no qual não houve negligência ou inércia do titular do direito que desconhecia a existência do próprio crédito e, portanto, a*

Acesso ao Sumário

possibilidade de exercício da pretensão, o prazo prescricional só se inicia com o efetivo conhecimento." **(*Op. cit.*, p. 279)**. E justamente por isso que, nestas situações, o prazo é mais curto.

A respeito, calha a lição já antiga de Câmara Leal. Para o autor, exatamente estes casos, em que a prescrição não corre antes da ciência da violação do direito, atraem prazo mais curto. Nas suas palavras, "*é bem de ver que essa doutrina da contagem do prazo da prescrição da data da ciência da violação deve ser limitada às prescrições de curto prazo, porque, nas de prazo longo, a própria ignorância da violação, pelo titular, denota negligência, indicando o abandono em que deixou a coisa, objeto da violação, a ponto de ter sido violada e ele o ignorar por longo tempo.*" **(*Op cit.*, p. 35)**

Não por diverso motivo o direito português, por exemplo, estabeleceu, no artigo 498 do CC, igual prazo de três anos para a pretensão indenizatória, contados da "*data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete*", mas, note-se, "*sem prejuízo da prescrição ordinária se tiver decorrido o respectivo prazo a contar da data do facto danoso.*" Ou seja, a exata distinção de prazo, maior ou menor, conforme sua contagem se dê do fato ou da ciência do fato (v., a respeito: **Menezes Cordeiro. *Tratado de direito civil*. Parte geral. Almedina. 2011. v. V. p.201**). Mais, igualmente o que, naquele sistema, faz distinta a prescrição para as hipóteses de responsabilidade contratual, de regra ordinária, por isso que inaplicável o prazo especial trienal. Como salientam Pires de Lima e Antunes Varela, comentando o artigo 498, "*o prazo prescricional fixado nesse artigo é inaplicável à responsabilidade contratual.*" (***CC anotado*. 4ª ed. Coimbra Ed. 1.987. v. 1. p. 505**).

Ademais, acrescentando ainda outro argumento a justificar a distinção, ponderam os mesmos autores que, "*do contrário, ficariam a coexistir, injustificadamente, dois prazos de prescrição para a responsabilidade ex-contractu: um prazo (de vinte anos) para a prescrição do direito à prestação convencionada e outro (três anos) para a prescrição do direito a indenização pelo incumprimento.*" (***Idem, ibidem***).

E este mesmo argumento também se trouxe ao direito brasileiro, na interpretação da regra do artigo 206, parágrafo 3º, inciso V, do CC. A propósito, a lição sempre citada de Humberto Theodoro Júnior: "*quando a norma do art. 206, par. 3º, inciso V, fala em prescrição da 'pretensão de reparação civil' está cogitando da obrigação que nasce do ato ilícito stricto sensu. Não se aplica, portanto, às hipóteses de violação do contrato, já que as perdas e danos, em tal conjuntura, se apresentam com função secundária. O regime principal é o do contrato, ao qual deve aderir o dever de indenizar como acessório, cabendo-lhe função própria do plano sancionatório. Enquanto não prescrita a pretensão principal (a referente à obrigação contratual) não pode prescrever a respectiva sanção (a obrigação pelas perdas e danos). Daí que enquanto se puder exigir a*

Acesso ao Sumário

prestação contratual (porque não prescrita a respectiva pretensão), subsistirá a exigibilidade do acessório (pretensão ao equivalente econômico e seus acessórios legais). É, então, a prescrição geral do art. 205, ou outra especial in concreto, como a quinquenal do art. 205, par. 5º, inciso I, que, em regra, se aplica à pretensão derivada do contrato, seja originária ou subsidiária a pretensão." (***Comentários ao novo CC*. Coord.: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. 3ª ed. Forense. 2005. v. III. t. II. p. 333**).

Sintomático que, identicamente no direito italiano, a mesma distinção de prazo, ordinário (art. 2.946) e especial quinquenal (art. 2.947), chamado pela lei bem de *prescrição curta*, se faça, respectivamente, para a prescrição da ação de responsabilidade contratual e extracontratual (cf.: **Massimo Bianca**, ***Diritto civile. La responsabilità***. **Giuffrè. 1994. v. 5. p. 548**: "*il diritto al risarcimento del danno da inadempimento si prescrive nell´ordinario termine decennale, mentre il diritto al risarcimento del danno da illecito civile si prescrive di regola in 5 anni (2947 cc)*"; no mesmo sentido: **Pietro Trimarchi. *Instituizioni di diritto privato*. Giuffrè. 2007. p. 360**: "*l´azione per il risarcimento del danno derivante da um illecito extracontratuale si prescreve, di regola, in cinque anni... Invece, l´azione per il risarcimento del danno da inadempimento si prescrive, di regola, in dieci anni: art. 2946 cod. civ.*").

E de se realçar que esta diferenciação vem sendo recebida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o que se pode conferir *in*: **STJ, Resp. n. 1.276.311, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 20.09.2011**.

Por fim, também na espécie não se haveria de cogitar do prazo quinquenal do artigo 206, parágrafo 5º, inciso I, do CC, porque o documento de fls. 73/74 encerra planilha de valores pagos pela adquirente, ainda que a delimitar o quanto a devolver, mas sem qualquer especificação das parcelas que se pretende seriam as de quitação da devolução, bem assim seus valores. Quer dizer, e mesmo considerado o estatuto, inexiste, como exige a lei, "*dívida líquida constante de instrumento público ou particular*", no caso sequer assinado.

Daí que, por qualquer ângulo de análise da questão posta, não se considera havida prescrição.

Pois, afastada a prescrição, impõe-se, desde logo, a apreciação do pedido inicial. De um lado, sabido que, afastada a prescrição ou a decadência, o Tribunal pode apreciar o pedido, propriamente (v.g. **STJ, Resp. 409.811, j. 13.04.2004**). Não se olvide que prescrição e decadência são preliminares *de* mérito, e não *ao* mérito. E, de mais a mais, hoje, mesmo quanto a estas últimas, uma vez afastadas em grau recursal, ainda assim possível conhecer-se do pedido, nos termos do artigo 515, par. 3º, do CPC, desde que se trate de causa madura ao deslinde. Assim, com maior razão quando afastadas a prescrição ou a decadência.

Certo aplicável à hipótese a previsão protetiva do CDC. A ré não é

Acesso ao Sumário

propriamente uma cooperativa, forma jurídica que adota, mas de modo a exercitar atividade de real incorporação e construção imobiliária, sob a adesão, não de quem almeje condição mutualística para aquisição, e sim antes por quem é atraído pela publicidade da unidade oferecida ao mercado. Ou seja, o regime jurídico das cooperativas tradicionais foge por completo das características das cooperativas, como no caso, formadas para a construção e venda de imóveis em construção.

Aliás, precisamente em função da relação de consumo existente entre as partes, resta configurada a legitimidade passiva da corré P., que atua na administração do empreendimento e, portanto, é responsável solidária perante o consumidor. Sintomático inclusive que a planilha de valores para a devolução pela desistência da consumidora tenha sido firmada pela e em timbrado da corré.

Nesse sentido já decidiu esta Colenda Câmara:

"*COOPERATIVA HABITACIONAL - Compra e venda de imóvel - Legitimidade passiva da corré Paulicoop Empresa que exerce funções de administração e fiscalização da cooperativa Responsabilidade solidária reconhecida Rescisão do contrato Culpa da ré caracterizada pelo atraso na execução das obras Restituição da integralidade das parcelas pagas corrigidas e acrescidas de juros e mora desde a citação Sentença mantida Recurso desprovido.*

(...)

No que tange à preliminar de ilegitimidade da Paulicoop, observo inicialmente que o contrato em questão, pela natureza da atividade desenvolvida pelas Cooperativas-rés, caracteriza-se como uma relação eminentemente de consumo. Com efeito, as rés exercem atividade nitidamente empresarial visam a obtenção de lucro mediante a oferta pública de imóveis em incorporações imobiliárias sob a gestão administrativa e financeira das cooperativas associadas. As unidades são oferecidas a preço de custo, acrescido de uma taxa de administração que é revertida em proveito das rés. O contrato, em sua essência, não guarda qualquer das características específicas do cooperativismo porque o autor aderiu à Cooperativa exclusivamente para aquisição de um imóvel nas condições expressas na oferta pública.

A Paulicoop, por sua vez, ao integrar a cadeia de prestadores de serviço associados na gestão do empreendimento, na qualidade de administradora financeira do empreendimento, assume responsabilidade solidária pelas obrigações contratuais assumidas pela corré. Entendimento diverso viabilizaria que a incorporadora com fundamento exclusivamente em seu regime societário excluísse do consumidor direitos que são inerentes à natureza da relação jurídica efetivamente

Acesso ao Sumário

existente entre as partes. Nunca é demais salientar que as cláusulas nos contratos regidos pelo CDC que estabelecem renúncia aos direitos elementares do consumidor são inválidas." (**Apelação Cível nº 0214155-69.2010.8.26.0100, Rel. Des. Rui Cascaldi, v.u., j. 04.02.2014**).

De resto, nunca negada a desistência e nem os valores devidos para devolução das parcelas pagas pela autora, com a retenção também incontroversa, abusivo pretender subordinar o pagamento ao término das obras, que aliás já por mais de quinze anos se estendem. Ocorridos sucessivos atrasos na conclusão das obras - inclusive tendo-se notícia de que 5 anos após referido contrato, as obras sequer teriam se iniciado -, em 10/07/2006. O condicionamento pretendido à devolução coloca o consumidor em situação de desvantagem exagerada (**CDC, art. 51, IV**).

A devolução das parcelas pagas deve ser imediata, inclusive conforme a **Súmula nº 2**, editada por este Tribunal de Justiça, a qual dispõe que: "*A devolução das quantias pagas em contrato de compromisso de compra e venda de imóvel deve ser feita de uma só vez, não se sujeitando à forma de parcelamento prevista para a aquisição*". E o que também se levou ao enunciado da **Súmula 543 do STJ**.

E mesmo que se diga de início aceito o parcelamento, pagas algumas parcelas, que devem ser abatidas, conforme documentação que instruiu a inicial, não cabe, ausente qualquer pagamento desde 2010, qualquer outra dilação.

Os valores residuais, assim ainda a pagar, deverão ser corrigidos desde a data da planilha de fls. 73 e os juros devem incidir desde a citação. Respondem solidariamente as duas rés, nos termos da legislação consumerista, havida cadeia de fornecimento.

Não cabe, porém, indenização de natureza extrapatrimonial, como já se decidiu neste Tribunal de Justiça, em hipóteses como a presente, e salvo circunstância excepcional que coloque o contratante em situação de séria frustração (**TJSP, Ap. Civ. n. 0190672-78.2008, Rel. Des. Beretta da Silveira, j. 17.04.2012; Ap. Civ. n. 0006438-07.2008, Rel. Des. Vito Guglielmi, j. 15.03.2012**), no caso inocorrida. Não há dano moral como automático resultado do descumprimento obrigacional e, na hipótese, já exclusivamente de devolução de valores, porquanto a autora já havia antes desistido do empreendimento.

Em razão do julgamento, as rés ficam condenadas ao pagamento das custas e honorários de 15%, aqui já considerada a regra do artigo 85, par. 11º, do CPC, do total da condenação.

Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1011095-71.2014.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante/apelado MICROCAMP ESCOLA DE EDUCAÇÃO PROFISSIONAL E COMÉRCIO DE LIVROS LTDA., é apelado/apelante THIAGO BARBOSA MACHADO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso da ré e negaram provimento à apelação adesiva. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.403)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES (Presidente) e JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2017.

ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JÚNIOR, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Dano à Imagem - Ator - Cessão de uso de imagem para fins publicitários - A utilização da imagem deve se dar pelo tempo e modo consentidos - Danos materiais configurados - Sucumbência recíproca - Recurso da ré provido em parte e apelação adesiva desprovida.

VOTO

Trata-se de ação de indenização, alegando o autor ter sido contratado como ator para atuar em duas campanhas publicitárias da ré, tendo cedido o uso de sua imagem pelo prazo de doze meses, todavia, constatou que tal prazo foi excedido, razão pela qual requer a condenação da requerida ao pagamento de indenização por dano material no valor de R$ 50.850,86, além de compensar o dano moral pelo uso indevido da imagem e que seja compelida a retirar da Internet os vídeos com sua imagem.

A r. sentença, cujo relatório se adota, julgou procedente em parte a ação, confirmando a tutela antecipada, e condenando a ré à reparação dos danos materiais, no valor especificado na tabela de fls. 57, subtraída a multa moratória, corrigido monetariamente do ajuizamento, com juros de mora de 1% ao mês da citação, arcando ainda com o pagamento das custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação (fls. 104/108).

A requerida apelou afirmando que não houve descumprimento contratual, uma vez que pelo contrato de fls. 27, o prazo de doze meses se contaria a partir

Acesso ao Sumário

da primeira veiculação, todavia não comprovou o apelado a data da primeira veiculação, tendo respeitado o prazo estabelecido, e no tocante ao segundo contrato não provou que sua imagem está sendo utilizada até o presente, não havendo indício da primeira veiculação, não tendo praticado qualquer ilícito, pleiteando a reforma, e, se mantida a condenação, que os ônus sucumbenciais sejam carreados ao autor (fls. 111/120).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 128/135) e recurso adesivo (fls. 136/144) requerendo o autor a condenação da ré ao pagamento de multa rescisória prevista nos contratos, na porcentagem de 20%, por adequá-la ao art. 413 do CC/2002 (fls. 136/144).

Contrarrazões pela ré às fls. 149/152.

É o Relatório.

O art. 5º da Constituição Federal, no tocante ao direito de imagem, em três incisos, garantiu sua intangibilidade, proteção e a responsabilidade pelos danos sofridos. No inciso V, ao assegurar a indenização por dano, ainda que exclusivamente, à imagem; no inciso X, preservando a inviolabilidade da imagem das pessoas e garantindo a indenização por dano material e moral, decorrente de sua violação, e no inciso XXVIII, letra "a", ao proteger a pessoa no tocante à reprodução da imagem e da voz humanas.

Como sintetiza Walter Moraes[1]: "toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem é imagem para o direito", ou no dizer de Giuseppe Bavetta: "a imagem é a representação exterior de uma certa realidade[2]".

Quando fixada e preservada em algum suporte material, passa a ser passível de utilização, cessão ou comercialização e, consequentemente, adquire, também, valor econômico.

O vigente Código Civil, ao tratar dos Direitos da Personalidade, em seu art. 20, somente permite a utilização não autorizada da imagem da pessoa, se necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública.

Havendo proveito econômico na utilização da imagem, não se presume o consentimento.

A possibilidade de se permitir o uso da imagem, não retira as características de intransmissibilidade e irrenunciabilidade do direito. Como pondera Pontes de Miranda[3]: "A faculdade de consentir em fotografar-se, ou falar em rádio, ou falar para gravação, ou em ser televisionado, não é conteúdo do direito de

1 MORAES, Walter. Direito à própria imagem (I). Revista dos Tribunais, São Paulo, v.443, p. 64/5, set. 1972.

2 BAVETTA, Giuseppe. Immagine (diritto alla).Enciclopedia del Diritto. Varese: Dott. A. Giuffrè Editore, 1970, p.144.

3 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Direitos de personalidade, em geral. 1ª ed. Parte Especial, Tomo VII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955, p.59.

Acesso ao Sumário

personalidade à própria imagem; é *exercício* dele. Não se transmite o direito: se se transmitisse, seria possível o negócio em que **A** permitisse a **B** dizer que a voz (de A), que se iria ouvir, seria a sua (de B). Tal negócio não entra no mundo jurídico. A faculdade de consentir em que a sua fotografia ou a sua voz, ou outra imagem, figure em coisas, sem ofensa à identidade, não é conteúdo, nem exercício do direito de personalidade à própria imagem".

A utilização da imagem deve se dar pelo tempo e modo consentidos. Os contratos de licença de uso de imagem só comportam interpretação estrita.

É ancião o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que: "a divulgação da imagem de pessoa, sem o seu consentimento, para fins de publicidade comercial, implica em locupletamento ilícito a custa de outrem, que impõe a reparação do dano" (RE 95872, Relator(a): Min. RAFAEL MAYER, Primeira Turma, julgado em 10/09/1982, DJ 01-10-1982 PP-09830 EMENT VOL-01269-02 PP-00561 RTJ VOL-00104-02 PP-00801).

A questão está pacificada na Súmula n. 404 do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que: "independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais".

Sendo assente, ainda, naquele Tribunal Superior que: "em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano, nem a conseqüência do uso, se ofensivo ou não" (EREsp 230.268/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/12/2002, DJ 04/08/2003, p. 216), bem como que: "cuidando-se de direito à imagem, o ressarcimento se impõe pela só constatação de ter havido a utilização sem a devida autorização. O dano está na utilização indevida para fins lucrativos, não cabendo a demonstração do prejuízo material ou moral. O dano, neste caso, é a própria utilização para que a parte aufira lucro com a imagem não autorizada de outra pessoa"(REsp138.883/PE, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/08/1998, DJ 05/10/1998, p. 76).

Acesso ao Sumário

No caso em questão, pelos contratos de cessão de direitos de uso de imagem para fins publicitários, o prazo estabelecido de utilização foi de "12 meses a partir da data da 1ª veiculação" e como bem observado pelo I. Magistrado, o documento de fls. 96, qual seja, o blog do Presidente da empresa ré, noticia o lançamento da campanha publicitária com a imagem do autor já em 04/08/2010, e os documentos de fls. 98/99 demonstram que o site "YouTube" já exibia vídeo com a campanha pelo menos desde 10/09/2010, estando demonstrado que foi extrapolado o prazo de doze meses, estabelecido nos contratos firmados em 30/08/2010 e 09/09/2010 (fls. 29 e 44), restando patente o dever de indenizar,

admitindo a ré que foi provado que a imagem ainda estava sendo utilizada em 22/08/2012 (fls.114), não sendo devidamente impugnados na apelação da requerida os valores apresentados pelo requerente na planilha de fls. 57 e o montante da condenação.

No que tange à multa compensatória, objeto do recurso adesivo do autor, observa-se que não há previsão contratual para sua cobrança, uma vez que da avença consta apenas previsão de cobrança de multa pela rescisão, o que efetivamente não é o caso.

Assim, a r. sentença deve ser mantida por seus judiciosos fundamentos quanto à condenação pelos danos materiais, e, diante da ausência de recurso quanto a improcedência do pedido de dano moral, devem as custas serem rateadas, arcando cada parte com os honorários advocatícios de seu patrono, nos termos do art. 21, *caput*, do CPC/1973, vigente à época da prolação da sentença.

Pelo exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO EM PARTE** ao recurso da ré, tão somente para estabelecer a sucumbência recíproca, nos termos da fundamentação, e **NEGA-SE PROVIMENTO** à apelação adesiva do autor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003745-41.2013.8.26.0128, da Comarca de Votuporanga, em que é apelante/apelado M.T.A. (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados/apelantes R.X.V. (JUSTIÇA GRATUITA) e R.X.V. (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 em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.718)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MIGUEL BRANDI (Presidente) e LUIZ ANTONIO COSTA.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2017.

RÔMOLO RUSSO, Relator

Ementa: União estável. Reconhecimento. Coisa julgada material e formal (artigos 505 e 1.013, caput, do NCPC).

Partilha de bens. Imóvel adquirido durante a convivência, que perdurou por cerca de três décadas. Presunção relativa de esforço comum não afetada.

Acesso ao Sumário

Inexistência de qualquer prova ou indício de que na aquisição do bem foram empregados recursos financeiros exclusivos do réu. Conjugação de esforços para a formação do numerário destinado à aquisição do bem de raiz e à edificação nele erigida. Reconhecimento. Inviabilidade objetiva e material de encontrar um percentual que possa corresponder à exata participação financeira do requerido na aglutinação de recursos para a aquisição do bem imóvel pontuado. Pretensão afastada.

Segundo imóvel amealhado na constância da união estável (2009). Registro em nome de terceiro. Tese de que houvera simulação. Temática que deve ser discutida em ação própria. Adquirente que não é parte na lide. Inviabilidade objetiva de sobrepujar o direito de propriedade e nulificar o negócio jurídico sem a observância da ampla defesa e do contraditório. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Da respeitável sentença que julgara a ação procedente para: 1) declarar a existência da união estável entre o réu e a falecida V.X.A.V.; 2) declarar que os imóveis de matrícula (...) SRI de Cardoso e (...) de Votuporanga integram o patrimônio comum do casal, com consequente integração de sua meia parte no espólio de V. (fls. 144/145), apelam as partes (fls. 151/154 e 159/162) postulando a reforma do julgado.

Em suas razões recursais, o apelante M. sustenta que as testemunhas ouvidas relatam e confirmam somente a união estável havida entre ele e a genitora dos apelados, sendo que tal fato restou incontroverso ante a sua confissão.

Articula, em contrapartida, que não restou comprovado que a aquisição do imóvel não tenha ocorrido em razão de alienação de outro bem que possuía anteriormente à união estável, inexistindo prova de que a falecida tenha contribuído para a aquisição do referido bem, não bastando o fato de que tenha sido amealhado na constância da união estável.

Adverte que o imóvel constante da matrícula nº (...) não pode ser alcançado pela meação, vez que sequer há informação segura quanto à titularidade do numerário utilizado na respectiva aquisição.

Salienta a exigibilidade do ato jurídico perfeito e acabado, frisando que foi lavrada a escritura de compra e venda, devidamente registrada no CRI, momento em que o título tornou-se eficaz, apresentando a segurança jurídica,

Acesso ao Sumário

inscrição, presunção de fé pública. Requer o provimento do apelo.

Recurso isento de preparo e respondido (fls. 164/170).

Os autores recorreram exclusivamente para postular a revogação do benefício da gratuidade processual concedido ao requerido (fls. 159/162), mas o apelo não foi conhecido (fls. 173), não sobrevindo a interposição de agravo.

Processada em apartado, a impugnação à aludida benesse fora julgada procedente (fls. 08 do apenso).

Na sequência, o apelo do requerido foi julgado deserto (fls. 183), insurgindo-se o impugnado por meio de agravo de instrumento.

Sobreveio a decisão monocrática de fls. 14/16 (apenso), a qual deu liminarmente parcial provimento ao agravo para cassar a decisão agravada e determinar o processamento do recurso.

Não houve oposição ao julgamento virtual (fls. 197).

É o relatório.

Trata-se de ação declaratória de reconhecimento de união estável c.c. partilha de bens.

De plano, marque-se que ausente insurgência específica do réu, transitara em julgado a r. sentença na quadra atinente ao reconhecimento da união estável.

Nessa parte, o comando condenatório primário é definitivo e faz coisa julgada formal e material (artigos 505 e 1.013, *caput*, do NCPC).

O inconformismo está restrito à partilha dos dois bens imóveis.

Malgrado a argumentação recursal, o apelo não comporta provimento.

Por primeiro, não há plausibilidade na tese de que o imóvel localizado na cidade de Votuporanga (matrícula ...) foi adquirido com recursos exclusivos do recorrente, conquistados antes da convivência em comum.

Da análise dos autos, dessume-se que o aludido imóvel foi objeto de transação realizada em 20/05/2003 (fls. 15vº), ou seja, na constância da convivência entre as partes, que perdurara pelo período de 30 anos, dissolvendo-se apenas com o falecimento da Sra. V., em (...) (fls. 61).

Ainda que parte do montante empregado na negociação fosse oriunda da venda de imóvel anterior, pertencente exclusivamente ao requerido - o que sequer foi comprovado - é de se presumir que, ao longo de mais de duas décadas que separam o início da convivência e aquela negociação, houvera conjugação de esforços para a formação do numerário destinado à aquisição do bem de raiz e à edificação nele erigida (cf. certificado na respectiva matrícula, em 18/01/2008 - fls. 15vº).

Averbe-se, pois, a inviabilidade objetiva e material de encontrar um percentual que possa corresponder à exata participação financeira do apelante na aglutinação de recursos para a aquisição do bem imóvel pontuado.

Acesso ao Sumário

Como cediço, a presunção de esforço comum é reconhecida no tocante aos bens adquiridos durante a união estável (art. 5º da Lei n. 9.278/96).

Acrescente-se que, ausente contrato escrito entre as partes, o regime de bens da união estável é o da comunhão parcial, conforme artigo 1.725 do Código Civil, presumindo-se o esforço comum dos companheiros para a construção do patrimônio da entidade familiar, partilhando-se igualmente os bens adquiridos onerosamente na constância do relacionamento.

Na hipótese dos autos, não há nenhuma prova, nem sequer indícios, de que o recorrente tenha se utilizado de economia própria e exclusiva, revertendo-a na compra do imóvel situado na cidade de Votuporanga.

A propósito, alinhavou o i. Magistrado sentenciante:

> "Quanto aos imóveis, o de matrícula (...) de Votuporanga foi adquirido na constância da união e integra o patrimônio comum do casal (requerido e falecida mãe dos autores). Pouco importa se o dinheiro para compra tenha sido proveniente, em parte, de imóvel do réu adquirido antes da união. Por primeiro porque quanto a isso não há qualquer prova de vinculação no sentido de que o dinheiro da venda anterior tenha sido integralmente destinado, e sem qualquer outro aporte, na compra do novo bem. Mais. Não houve sub-rogação. Caracteriza-se essa, por substituição intencional de objetos. Algo muito diverso do investimento na vida comum através de aportes mútuos dos conviventes" (fls. 145).

A propósito da presunção de esforço comum, registre-se elucidativo precedente do C. STJ, que bem se amolda ao caso concreto:

> "RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. UNIÃO ESTÁVEL. REGIME DE BENS. COMUNHÃO PARCIAL. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE CONTRIBUIÇÃO DE AMBOS OS CONVIVENTES. PATRIMÔNIO COMUM. SUB-ROGAÇÃO DE BENS QUE JÁ PERTENCIAM A CADA UM ANTES DA UNIÃO. PATRIMÔNIO PARTICULAR. FRUTOS CIVIS DO TRABALHO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INCOMUNICABILIDADE APENAS DO DIREITO E NÃO DOS PROVENTOS. 1.**(....). 2. Na união estável, vigente o regime da comunhão parcial, há presunção absoluta de que os bens adquiridos onerosamente na constância da união são resultado do esforço comum dos conviventes. 3. Desnecessidade de comprovação da participação financeira de ambos os conviventes na aquisição de bens, considerando que o suporte emocional e o apoio afetivo também configuram elemento imprescindível para a construção do patrimônio comum.** 4. Os bens adquiridos onerosamente apenas não se comunicam quando configuram bens de uso pessoal ou instrumentos da profissão ou ainda quando há sub-rogação de bens particulares, o que deve ser provado em cada caso. 5. Os frutos civis do trabalho

Acesso ao Sumário

são comunicáveis quando percebidos, sendo que a incomunicabilidade apenas atinge o direito ao seu recebimento. 6. Interpretação restritiva do art. 1.659, VI, do Código Civil, sob pena de se malferir a própria natureza do regime da comunhão parcial. 7. Caso concreto em que o automóvel deve integrar a partilha, por ser presumido o esforço do recorrente na construção da vida conjugal, a despeito de qualquer participação financeira. 8. Sub-rogação de bem particular da recorrida que deve ser preservada, devendo integrar a partilha apenas a parte do bem imóvel integrante do patrimônio comum. 9. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO." (RESp 1295991/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO, DJe 17.4.2013 RBDFS vol. 33 p. 165, *gn*).

Em casos assemelhados, colhem-se também os precedentes no âmbito desta C. Corte de Justiça:

"UNIÃO ESTÁVEL - PRETENSÃO DO RÉU DE EXCLUIR A AUTORA DA MEAÇÃO DOS IMÓVEIS HAVIDOS DURANTE A UNIÃO ESTÁVEL SOB ALEGAÇÃO DE QUE FORAM ADQUIRIDOS COM RECURSOS EXCLUSIVOS SEUS E DE SUA GENITORA - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE PROVAS NOS AUTOS DA CONTRIBUIÇÃO DA GENITORA DO RÉU NA AQUISIÇÃO DOS IMÓVEIS - SIMULAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO CELEBRADO ENTRE O RÉU E SUA GENITORA - PARTILHA ENTRE AS PARTES DOS BENS ADQUIRIDOS DURANTE A UNIÃO ESTÁVEL DE FORMA IGUALITÁRIA - PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE QUE, NESSES CASOS, A AQUISIÇÃO SE DEU MEDIANTE ESFORÇO COMUM - PRECEDENTE DO STJ - SENTENÇA MANTIDA - APELO DESPROVIDO" (Apelação nº 9000015-72.2008.8.26.0602, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. THEODURETO CAMARGO, j. 15/12/2015).

"AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PARTILHA DE BENS E ALIMENTOS (…) Existência e período da união incontroversos - Partilha que deve abranger os bens adquiridos onerosamente durante a união estável - Presunção de esforço comum para a aquisição do patrimônio - Inteligência do artigo 1.725 do CC (…)" (Apelação nº 0012424-73.2011.8.26.0007, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. WALTER BARONE, j. 07/04/2015).

"EMBARGOS DE TERCEIRO - FAMÍLIA - UNIÃO ESTÁVEL - RECONHECIMENTO POST MORTEM C.C. PARTILHA DE BENS (...) IMÓVEL ADQUIRIDO AO LONGO DA UNIÃO ESTÁVEL HAVIDA ENTRE A GENITORA DAS EMBARGANTES E O EMBARGADO, JÁ FALECIDO - PRESUNÇÃO DE ESFORÇO COMUM OBSERVADA - AUSÊNCIA DE PROVAS QUE DEMONSTREM O CONTRÁRIO - SENTENÇA INTEGRALMENTE MANTIDA. PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO IMPROVIDO" (Apelação nº 9000007-60.2010.8.26.0009, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. NEVES AMORIM, j. 07/07/2015).

Acesso ao Sumário

"Apelação - Ação de sobrepartilha de bens sonegados quando da dissolução da união estável, reconhecida judicialmente - Caso em que o numerário existente na conta conjunta que o de cujus mantinha com a filha apelada e aquele proveniente de aplicações financeiras não foram partilhados - Presunção do emprego de esforço comum para a formação do patrimônio, que prescinde de comprovação de aportes financeiros pela companheira apelante - Precedentes da Corte Superior - Provimento" (Apelação nº 0000999-63.2009.8.26.0510, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. ENIO ZULIANI, j. 22/05/2014, g.n.).

"Reconhecimento e dissolução de união estável. Provas documental e testemunhal que demonstram que o relacionamento existiu. Presunção de esforço comum não afastada. Partilha do estabelecimento. Recurso provido para determinar a divisão de valores em conta. Necessidade de alimentos afastada. Sentença reformada. Recurso da requerida parcialmente provido" (Apelação nº 9169908-24.2008.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. CAETANO LAGRASTA, j. 22/10/2008).

Destarte, a fragilidade do conjunto probatório não permite seja afastada a existência de esforço comum para a aquisição do imóvel, sendo correto afirmar que deve ser objeto de partilha, integrando o espólio da falecida mãe dos autores.

Com relação ao outro bem imóvel, localizado no município de Cardoso (matrícula nº (...) - fls. 17), a irresignação merece prosperar.

Muito embora o registro imobiliário aponte que fora adquirido por A.A.A., filho do apelante, em novembro de 2009, e a testemunha J.C.R., intermediário da negociação, tenha relatado que a compra fora feita pelo réu, em favor da família com a falecida mãe dos requerentes (fls. 118/122), tais indícios não são suficientes para a declaração incidental de nulidade por simulação com base no art. 167, § 1º, do Código Civil.

De fato, em razão da garantia do contraditório e da ampla defesa, a nulidade deve ser buscada por meio de ação própria a ser ajuizada em face de A.A.A.

Isto porque, ainda que a averbação em nome de tal pessoa tenha configurado simulação (art. 167 do Cód. Civil), objetivando dar ao negócio jurídico aparência diversa daquela efetivamente desejada, é certo que o terceiro adquirente não é parte na lide.

Ressai, por conseguinte, a inviabilidade objetiva de sobrepujar o direito de propriedade e nulificar o negócio jurídico, uma vez que a hipótese exige possibilitar o regular exercício do contraditório e da ampla defesa em ação autônoma.

Por esses fundamentos, meu voto dá parcial provimento ao recurso para afastar a declaração de que o imóvel localizado no município de Cardoso

(matrícula nº (...) - fls. 17) integra o patrimônio comum das partes, devendo ser afastada, por conseguinte, sua respectiva integração no espólio da V.X.A.V.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002716-64.2016.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante MARGARETE BRITO JBELE, é apelada SERASA.

ACORDAM, em 9ª 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 21.184)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores COSTA NETTO (Presidente sem voto), MAURO CONTI MACHADO e ALEXANDRE LAZZARINI.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2017.

GALDINO TOLEDO JÚNIOR, Relator

Ementa: HABEAS DATA - Pretensão da impetrante de obter acesso ao seu histórico mantido pela impetrada de período indicado e, principalmente, no que toca a anotação desabonadora de uma "Ação Executiva Distribuída - DIST-01 VARA-01 SP SOROCABA - Data 28/09/2010 - Valor R$10.133,01" - Sentença de extinção por falta de interesse de agir (NCPC, Art. 485, VI) - Descabimento - Direito constitucional às informações (Artigo 5º, XIV e LXXII, "a", da Constituição Federal) - Adequação da via eleita, ante a prova de que havia registro desabonador em nome da impetrante que foi excluído do cadastro de inadimplentes - A inexistência contemporânea de registro desabonador não exime à obrigação do órgão público de fornecer, quando solicitado pelo cidadão, daqueles pretéritos comprovado - Ordem concedida - Incabível a fixação de honorários advocatícios pela natureza gratuita da ação mandamental - Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Ao relatório constante da sentença de fls. 70/71, julgou extinta ação de *habeas data*, por falta de interesse processual (NCPC, VI, Art. 485), fundada na recusa do órgão impetrado em fornecer o histórico de negativação da impetrante entre o dia 28.09.2010 até junho de 2015, principalmente de que trata a pendência judicial de natureza executiva constante do extrato de fl. 13 (Ação Executiva Distribuída - DIST-01 VARA-01 SP SOROCABA - Data 28/09/2010 - Valor R$10.133,01).

Inconformada, recorre a impetrante vencida, argumentando, pelas razões recursais de fls. 74/85, que a sentença laborou em equívoco, uma vez que a ação impetrada tem por "objetivo único de obter informação sobre sua pessoa que constou no cadastro negativo daquele órgão, tendo em vista a recusa em prestar a informação, após requerimento administrativo". Isto porque a arquivista ré, embora solicitada, não forneceu informações acerca da origem do apontamento vinculado anteriormente ao seu nome (Ação Executiva Distribuída - DIST-01 VARA-01 SP SOROCABA - Data 28/09/2010 - Valor R$ 10.133,01), conforme extrato de fl. 13. Dessa forma, requer seja a "presente apelação conhecida e provida para o fim de reformar ou anular totalmente a r. sentença recorrida de fls. 70/71, para condenar a impetrada, ora apelada, em dar acesso as informações sobre a pessoa da impetrante, ora apelante, que constou no seu banco de dados, devendo a apelada prestar as informações de forma clara, adequada, compreensível e objetiva em relação ao apontamento indicado em fls. 13 (...) (fl. 85).

Recurso regularmente processado, com oferecimento de contrarrazões às fls. 91/95.

2. Trata-se de habeas data impetrado por Margarete Brito Jbele em face de Serasa S/A, objetivando obter informações a respeito do histórico de negativações ocorridas em seu nome do período compreendido entre 28.09.2010 até junho de 2015, principalmente no que toca ao apontamento desabonador do extrato da impetrada de fl. 13.

Acesso ao Sumário

A Douta magistrada a quo entendendo que a impetrante carecia de interesse processual, assim decidiu: "Dispõe o inciso LXXII do art. 5º da Constituição Federal que conceder-se-á habeas data: 'a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo'".

E continuou: "O 'habeas data' configura remédio jurídico-processual, de natureza constitucional, que se destina a garantir, em favor da pessoa interessada, o exercício de pretensão jurídica discernível em seu tríplice aspecto:(a) direito de acesso aos registros; (b) direito de retificação dos registros e; c) direito de complementação dos registros. Trata-se de relevante instrumento

de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, a qual representa, no plano institucional, a mais expressiva reação jurídica do Estado às situações que lesem, efetiva ou potencialmente, os direitos fundamentais da pessoa, quaisquer que sejam as dimensões em que estes se projetem. Contudo, para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade, o que falta à autora no caso em análise. Há que se ter interesse em conseguir o bem por obra dos órgãos públicos e justificar sua necessidade. JUSTIFICA a impetrante a necessidade da utilização do remédio constitucional para conhecer o seu histórico no banco de dados da ré e que não causam efeitos atualmente para promover ação de indenização".

Para então concluir: "É inadequada a presente via para o fim pretendido, visando provável ação de indenização, a qual se presta apenas ao conhecimento. Ainda, a autora não está privada de realizar qualquer contrato ou acordo comercial uma vez que não está atualmente no cadastro da ré. Portanto se não há informações existentes e atuais, ou para sua retificação, inexiste o interesse-adequação" (fls. 70/71).

Preservada a convicção da julgadora monocrática, não pode ser mantida a decisão na forma como proferida.

Isto porque, a documentação de fls. 14/17 endereçada à arquivista, assim como a resposta desta, demonstra que não houve atendimento ao pleito, já que se limitou a justificar que "'NÃO CONSTAM' anotações negativas na base de dados da Serasa, em relação ao apontamento indicado em vosso requerimento. Outrossim, esclarecemos que a Serasa somente presta informações sobre anotações que constem no seu banco de dados cadastrais, no momento da consulta, para o CPF/CNPJ consultado (art. 43 do Código de Defesa do Consumidor), exceto em casos de ofício judicial que determine a exibição do histórico das anotações em nossa base de dados" (fl. 18).

O artigo 5º, LXXII, "a", da Constituição Federal não pode ser interpretado de forma literal, uma vez que quando se diz "informações constantes" diz respeito àquelas comunicadas aos clientes da apelada ou terceiros, para quaisquer fins.

Dessa forma, a documentação de fl. 18 é prova suficiente de que a arquivista ré se negou a fornecer as informações acerca do apontamento desabonador (fl. 13), daí surgir o interesse processual do impetrante (Artigo 8º, § único, I, da Lei 9.507/97), pois cabe à mantenedora de dados de caráter público, fornecê-la ao interessado, nos termos do artigo 7º, I, da mencionada legis.

Em caso parelho, esta C. Câmara assim decidiu: "Apelação. 'Habeas Data'. Negativa judicial. Interpretação das palavras 'constantes' e 'existentes' como sendo 'atuais' e 'contemporâneas'. Impossibilidade. Direito constitucional às informações. Artigo 5º, XIV e LXXII, 'a', da Constituição Federal. Anotações que ainda existem junto à SERASA, reconhecida empresa que tem como sua atividade principal o armazenamento dos dados. Obrigação de fornecê-los, quando solicitados pelo cidadão. Ordem concedida. Não incidência de honorários

Acesso ao Sumário

advocatícios. Recurso provido" (Apelação 0030074-85.2010.8.26.0002, Relatora Desembargador Silvia Sterman).

Sendo assim, adequada a via eleita pela apelante, visando provável ação de indenização, a qual se presta apenas ao conhecimento de informações não só existentes e atuais, mas pretéritas, conforme prova do extrato da impetrante de fl. 13.

Diante desse cenário, inevitável o acolhimento da pretensão recursal da apelante para prover o recurso a fim de que se conceda a ordem almejada, cabendo ao julgador de primeiro grau cumprir as disposições legais dos artigos 13 e 14 da Lei 9.507/97, quando da execução do julgado.

Por fim, incabível na espécie a fixação de honorários advocatícios pela natureza gratuita dessa ação mandamental.

Cabível, pois, a aplicação à espécie, por analogia, da Súmula nº 512 do STF e da Súmula nº 105 do STJ, que afastam a condenação de honorários advocatícios em ações mandamentais. Por consequência, não há espaço para a aplicação do princípio da causalidade.

Nesta linha, a lição de Hely Lopes Meirelles: "Da mesma forma, no silêncio da Lei nº 9.507/97, a tendência dos tribunais deve ser no sentido de isentar o sucumbente de honorários advocatícios. A gratuidade a que se refere o art. 21 diz respeito exclusivamente às custas e taxas, mas afirma a vontade do legislador de facilitar o máximo possível o acesso de todos a esse tipo de ação. Assim, também serão aplicáveis analogicamente as Súmulas nºs 512 do Supremo Tribunal Federal e 105 do Superior Tribunal de Justiça." (*in* "Mandado de Segurança e ações constitucionais" 30ª edição, Ed. Malheiros, pág. 278/279).

Nesse sentido já decidiu esta E. Corte: "HABEAS DATA - AÇÃO GRATUITA POR DISPOSIÇÃO EXPRESSA NO ARTIGO 5°, LXXVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ARTIGO 21 DA LEI FEDERAL N° 9.507/97 - INCABÍVEL A CONDENAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - APLICAÇÃO ANALÓGICA DAS SÚMULAS 512 DO STF E 105 DO STJ - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO" (Apelação 9062431-83.2001.8.26.0000, 5ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Oscarlino Moeller).

3. Ante o exposto, para os fins acima, meu voto dá provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0000162-75.2015.8.26.0646, da Comarca de Urânia, em que é apelante MAPC e apelado ACS.

Acesso ao Sumário

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 EM PARTE AO RECURSO, COM OBSERVAÇÃO. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27063)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GRAVA BRAZIL (Presidente), SALLES ROSSI e PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2017.

GRAVA BRAZIL, Relator

Ementa: Ação de divórcio ajuizada pelo cônjuge-varão - Procedência em parte, determinando a partilha do imóvel com arbitramento de aluguel - Inconformismo da ré - Acolhimento em parte - Cônjuges igualmente responsáveis pelas dívidas do casal, ainda que contraídas em nome próprio - Saldo devedor do empréstimo que deverá ser partilhado a partir da data do divórcio - Aluguel devido ao coproprietário do bem pelo uso exclusivo de coisa comum - Sentença reformada - Recurso provido em parte, com observação.

VOTO

I - Trata-se de sentença que, em ação de divórcio ajuizada pelo cônjuge-varão, julgou procedente em parte a demanda, determinando partilha do imóvel descrito na inicial e condenando a requerida "ao pagamento de alugueis proporcionais ao uso exclusivo do bem, desde a data da citação, a ser apurado em sede de liquidação de sentença". Confira-se fls. 79/80 e 85.

Inconformada, a ré diz que "existem dívidas pessoais a serem apuradas, e isso restou olvidado, sendo certo que, havendo dívidas entre Apelante e Apelado, ambos devem se compensar, para que não haja enriquecimento ilícito". Pleiteia a reforma quanto ao arbitramento de aluguel, pois "a residência é também utilizada pelos filhos solteiros do casal, que vivem hoje com a mãe", sendo que "o Apelado foi quem abandonou o lar e seus filhos, não podendo se furtar do dever paterno de abrigá-los". (fls. 87/90).

O preparo não foi recolhido, em razão da gratuidade (fls. 65), sendo o recurso recebido (fls. 91) e contrarrazoado (fls. 96/98).

É o relatório, adotado, quanto ao mais, o da sentença apelada.

II - O apelado ingressou com o divórcio, em 01.2015, (casamento sob o

regime da comunhão universal de bens, em julho de 1979, fls. 19), pleiteando a partilha dos bens e dívidas do casal, além de cobrança de aluguel, pelo uso exclusivo do bem imóvel comum, no valor de R$ 900,00 (fls. 2/15).

A r. sentença acolheu em parte o pleito de partilha de bens, com indeferimento da divisão das dívidas, pois "ausente comprovação da existência delas", e determinando a partilha do bem imóvel, além de pagamento de aluguel, cujo valor será apurado em liquidação (fls. 79/80).

A r. sentença merece ajuste.

De fato, ainda que genericamente, a apelante afirma que há dívidas pessoais a serem apuradas e, ao contrário do que julgou o i. Juízo *a quo*, ela demonstrou ao menos a existência de um débito, com a juntada do extrato bancário de financiamento feito em seu nome, datado de 06.2011, ou seja, na constância do casamento (fls. 46/47).

Tendo em vista que as partes foram casadas pelo regime da comunhão universal de bens, presume-se que o empréstimo foi feito em proveito da família, pois, como pontuou a i. Magistrada, "[H]á um único patrimônio formado após o casamento" (fls. 79v). Ou seja, ambos o cônjuges são igualmente responsáveis pelas dívidas do casal, ainda que contraídas em nome próprio.

No entanto, com a ruptura do matrimônio, as partes devem partilhar todos os bens, inclusive, os negativos.

No caso, a dissolução conjugal foi decretada em 12.06.2015 (fls. 57). Logo, o saldo devedor do referido financiamento, nessa data, deve ser dividido.

No tocante ao aluguel, é cediço que o coproprietário do bem tem direito ao recebimento de alugueis por conta do uso do imóvel, pelo condômino que detém a posse exclusiva.

Assim, em que pese a alegação de que a genitora mora com os filhos (maiores e capazes), tal fato não obsta o dever de pagar aluguel, já que esta obrigação decorre da utilização do bem e não se confunde com eventual dever de auxílio à prole, pelo vínculo do parentesco.

Em conclusão, reforma-se a r. sentença, somente para que ocorra a divisão do saldo devedor do empréstimo de fls. 46/47, a partir da data do divórcio, remetendo-se a apuração do valor para a fase de liquidação, ocasião em que a apelante poderá postular a compensação com os valores devidos à título de aluguel, é a observação que se faz.

III - Ante o exposto, dá-se provimento em parte ao recurso, com observação. É o voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1015404-18.2016.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante M.P.E.S.P., são apelados D.M.B. (JUSTIÇA GRATUITA) e D.S.M.B. (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 5ª 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 31426)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores A.C.MATHIAS COLTRO (Presidente), ERICKSON GAVAZZA MARQUES e J.L. MÔNACO DA SILVA.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2017.

A.C.MATHIAS COLTRO, Relator

Ementa: divórcio - insurgência do representante do ministério público - legitimidade do *parquet* para recorrer, em razão do interesse de menor - acordo entre as partes omisso quanto à questão de guarda, regime de visitas e alimentos devidos à menor - inviabilidade de homologar-se o divórcio - ofensa ao art. 731 do código de processo civil - sentença de homologação anulada - recurso provido.

VOTO

Ação: Divórcio

Insurge-se o representante do Ministério Público contra sentença de págs. 30/31, que homologou o acordo de divórcio, pretendendo a revogação da homologação, determinando-se a emenda da inicial, a fim de que as partes apresentem proposta de acordo atinente à guarda, regime de visitas e alimentos da filha menor.

Argumenta o parquet que nos termos em que elaborado o acordo, há evidente prejuízo aos interesses da menor.

Regularmente processado, com as contrarrazões (págs. 47/51), nas quais arguido, em preliminar, ausência de interesse de recorrer, e, no mais, que o acúmulo de dos pedidos não é requisito para o deferimento da decretação do divórcio, ou óbice ao acolhimento do pedido.

Nesta instância, emitiu a d. Procuradoria Geral de Justiça parecer pelo provimento (págs. 58/62).

É o relatório, ao qual se acresce o da sentença.

Acesso ao Sumário

De início cumpre salientar que estando em questão direito de menor, o Ministério Público tem legitimidade para apresentar recurso.

No mais, é certo que para requerer o divórcio, com base na Emenda Constitucional 66/2010, não mais é necessária a observância de eventuais prazos, bastando que ambos os cônjuges, formulem o respectivo pedido, tratando-se de divórcio consensual, como o caso.

Destarte e conforme ponderado por Rodrigo da Cunha Pereira[1]:

> "... as regras processuais para o divórcio ainda são as mesmas elencadas para a separação judicial. É que a lei do divórcio não foi revogada expressamente pelo CCB-2002, mas apenas naquilo que o contraria. Assim, o § 2º do artigo 40 das disposições transitórias da Lei nº 6.515/77 determina que o procedimento adotado para o divórcio consensual é o previsto nos referidos artigos 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil.
>
> Na petição não precisa e não devem constar os motivos do divórcio. É necessário estar acompanhada da certidão de casamento e do pacto antenupcial se houver, da certidão de nascimento dos filhos e obrigatoriamente deve constar o acordo relativo à guarda dos filhos e ao regime de visitas, bem como o valor da pensão alimentícia aos filhos e aos cônjuges, ainda que seja para dizer que houve dispensa entre eles (art. 1.121 do CPC)."

Outrossim e ainda que tenha se referido ao Código de Processo Civil de 1973, observa-se que o Código de Processo Civil vigente, em seu art. 731, ao dispor da homologação do divórcio menciona os requisitos legais que devem ser observados na petição assinada por ambos os cônjuges:

> "...
>
> I - as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns;
>
> II - as disposições relativas à pensão alimentícia entre os cônjuges;
>
> III - o acordo relativo à guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas; e
>
> IV - o valor da contribuição para criar e educar os filhos."

Destarte, o parágrafo único do mesmo artigo dispõe que se não houver acordo em relação à partilha, esta poderá ser feita depois de homologado o divórcio.

Basta o acima para, analisando-se a inicial trazida pelas partes constatar-se a inviabilidade da homologação do divórcio, já que não foram respeitados os requisitos a que alude a lei processual, no tocante à guarda, visitas e pensão da filha menor do casal, especialmente porque sequer comprovaram o ajuizamento de ação sobre tais matérias.

Acesso ao Sumário

1 Divórcio - Teoria e Prática - Editora GZ - 2ª edição - pp. 40/41.

Por oportuno, pede-se venia para transcrever julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça e que foi destacado pela d. Procuradoria Geral de Justiça, que apesar de referir-se a divórcio litigioso, pode ser aplicado por analogia ao consensual:

> DIVORCIO. DIVORCIO DIRETO LITIGIOSO. ALIMENTOS.
>
> A SENTENÇA QUE DECRETA O DIVORCIO DIRETO LITIGIOSO DEVE DISPOR, SALVO SITUAÇÃO EXCEPCIONAL, SOBRE A PENSÃO ALIMENTICIA, GUARDA E VISITA DOS FILHOS, A FIM DE EVITAR A PERPETUIDADE DAS DEMANDAS.
>
> RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO.
>
> (REsp 132.304/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 10/11/1997, DJ 19/12/1997, p. 67507)

Portanto, não poderia o d. juízo de primeiro grau, homologar o divórcio, sem qualquer alusão à guarda, visitas e pensão alimentícia à filha menor, ou mesmo determinado que as partes comprovassem que tais questões estavam sendo objeto de lide própria.

Desta forma, imperioso o acolhimento do apelo para anular-se a sentença, cabendo às partes aditar à inicial para especificar sobre a guarda, direito de visitas (ainda que se decidam pela visitação livre) e os alimentos devidos à filha.

Essas as razões pelas quais se entende ser possível acolher o recurso, manifestando-se aqui o quanto se tem como necessário e suficiente à solução da causa, dentro da moldura em que apresentada e segundo o espectro da lide e legislação incidente na espécie, sem ensejo a disposição diversa e conducente a outra conclusão, inclusive no tocante a eventual prequestionamento de questão federal, anotando-se, por fim, haver-se decidido a matéria consoante o que a turma julgadora teve como preciso a tanto, na formação de sua convicção, sem ensejo a que se afirme sobre eventual desconsideração ao que quer que seja, no âmbito do debate travado entre os litigantes.

Ante o exposto, ao recurso é dado provimento.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003125-75.2014.8.26.0651, da Comarca de Valparaíso, em que é apelante BANCO BRADESCO S/A, é apelado ANTONIO CELSO IAROSSI (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª 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 21486)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO PASTORE FILHO (Presidente) e JOÃO BATISTA VILHENA.

São Paulo, 28 de novembro de 2016.

AFONSO BRÁZ, Relator

Ementa: CAUTELAR. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. EXTRATOS BANCÁRIOS. Transcurso do prazo prescricional previsto nos artigos 177 do CC/1916. Aplicação da regra de transição prevista no art. 2.028 do atual Código Civil. Insubsistência da obrigação do réu consistente na guarda e conservação dos documentos postulados referentes a período anterior ao ano de 1993. Sucumbência. Pretensão não Resistida. Não caracterizada a resistência do réu à pretensão do autor de obter a exibição de documentos, não há como imputar a ele os ônus da sucumbência. Documentos juntados aos autos. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO.

VOTO

A r. sentença de fls. 504/507, de relatório adotado, julgou procedente a ação cautelar de exibição de documentos para condenar o réu a exibir todos os documentos indicados na inicial no prazo de 40 dias. O réu foi condenado a arcar com as custas e despesas do processo, bem como honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00.

Apela o banco réu às fls. 511/518, onde alega que não deve ser condenado à apresentação dos documentos indicados na inicial, eis que já os entregou ao autor. Sustenta a inadequação da via eleita. Afirma que não deve ser condenado ao pagamento dos ônus da sucumbência, pois não deu causa ao ajuizamento da presente demanda. Requer a reforma da sentença.

Recurso regularmente processado, sem apresentação de contrarrazões (certidão de fl. 524).

É o relatório.

Inicialmente, anoto que o recurso será analisado de acordo com as normas do Código de Processo Civil de 1973, eis que a r. sentença foi prolatada quando em vigência esta lei.

O recurso comporta provimento.

Acesso ao Sumário

A presente ação cautelar foi ajuizada para compelir o banco a exibir os extratos de movimentação da conta bancária do autor referentes ao período de abril de 1979 a agosto de 2014 (fls. 02/09).

O banco réu exibiu somente os extratos referentes ao período de outubro de 1992 a agosto de 2014 (fls. 41/490), sendo legítima sua recusa em exibir os extratos referentes ao período anterior, pois extinto o dever de sua guarda e conservação em razão do transcurso do prazo prescricional.

Para os documentos referentes ao período compreendido entre os anos de 1979 e 1992, aplica-se o prazo prescricional vintenário (art. 177, CC/1916), eis que ultrapassado mais da metade deste prazo quando da entrada em vigor do atual Código Civil (11.01.2003), de acordo com a regra de transição estampada em seu art. 2.028, que dita: "*Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.*"

Portanto, já transcorrido tal prazo de prescrição quando do ajuizamento da presente demanda, que ocorreu em 03/09/2014 (fl. 02), não pode o banco réu ser obrigado a exibir os documentos faltantes.

Quanto aos ônus da sucumbência, com razão o apelante.

Destaco que a atribuição da responsabilidade pelas verbas decorrentes da sucumbência tem por norte critérios objetivos relacionados com o princípio da causalidade.

Entende-se pelo princípio da causalidade que aquele que deu causa à propositura de uma ação deverá responder pelos ônus dela decorrentes.

A jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça tem apontado que: "**Pela aplicação dos princípios da sucumbência e da causalidade em ações cautelares administrativas, para haver condenação a honorários advocatícios pela sucumbência no feito, deve estar caracterizada nos autos a resistência à exibição dos documentos pleiteados**" (REsp nº 1.077.000/PR - Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura - DJ 08/09/2009).

Nas ações cautelares de exibição de documento, a condenação em honorários sucumbenciais tem vez quando a demanda assume caráter contencioso.

Mas não é só o insucesso na via administrativa que legitima a condenação do detentor do documento nas verbas sucumbenciais.

À luz do princípio da causalidade, se o réu oferece contestação, desprovida dos documentos requeridos pelo autor, é de se entender que a demanda passa a se caracterizar pela litigiosidade, incidindo, pois, os respectivos ônus sucumbenciais.

No caso vertente, contudo, percebe-se que a instituição financeira não

Acesso ao Sumário

resistiu à pretensão inicial, exibindo os documentos aludidos pelo autor a após a apresentação da contestação (fls. 41/490).

Diante desse quadro, conclui-se que o ônus da sucumbência não deve ser imputado ao réu.

Portanto, a r. sentença comporta reforma para que seja excluída a condenação do banco em exibir os extratos de movimentação financeira faltantes e arcar com os ônus da sucumbência.

Considerando precedentes dos Tribunais Superiores, que vêm registrando a necessidade do prequestionamento explícito dos dispositivos legais ou constitucionais supostamente violados e, a fim de evitar eventuais embargos de declaração, apenas para tal finalidade, por falta de sua expressa remissão na decisão vergastada, mesmo quando os tenha examinado implicitamente, dou por prequestionados os dispositivos legais e/ou constitucionais apontados pela parte.

Por isso, **DOU PROVIMENTO para excluir a condenação do réu à exibição dos extratos bancários anteriores ao ano de 1993 e a arcar com os ônus da sucumbência**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002576-87.2014.8.26.0094, da Comarca de Brodowski, em que é apelante COOPERATIVA NACIONAL AGRO INDUSTRIAL - COONAI, é apelado AMARILDO BAZALI - ME.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5212)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COELHO MENDES (Presidente sem voto), MENDES PEREIRA e LUCILA TOLEDO.

São Paulo, 2 de dezembro de 2016.

JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO, Relator

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA - TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE MERCADORIAS - Sentença de procedência - Apelo da requerida reiterando a apreciação dos Agravos Retidos de fls. 145/147. No mérito sustenta, em síntese, que o negócio jurídico que

Acesso ao Sumário

deu ensejo ao ajuizamento da ação não foi comprovado, uma vez que os documentos acostados na inicial foram produzidos unilateralmente e desprovidos de assinaturas. Aduz, por fim, ser inadmissível, nos termos do art. 401 do Código de Processo Civil, prova de natureza exclusivamente testemunhal - Agravos retidos, conhecidos e desprovidos - Procedência da ação - Conjunto probatório é hábil a comprovar a efetiva prestação de serviços de transporte - Contraprestação financeira devida - Cobrança regular - Sentença mantida - Apelo desprovido.

VOTO

Cuida-se de apelação oportunamente tirada de sentença de fls. 153/155, que, julgou procedente a ação de cobrança, fundada em serviços de transporte, ajuizada por AMARILDO BAZALI ME, em face de COOPERATIVA NACIONAL AGRO INDUSTRIAL, condenando a requerida a pagar à autora a quantia correspondente à soma dos documentos de fls. 10 e 12, referentes aos meses de setembro e outubro de 2009, acrescida de correção monetária e juros de mora de 1% ao mês a contar da citação. Ônus sucumbenciais atribuídos à requerida, fixados honorários advocatícios em 10% do valor atualizado do débito.

Apela a requerida reiterando, em suas razões recursais, a apreciação dos Agravos Retidos de fls. 145/147, voltado o primeiro contra a decisão que permitiu a produção de prova exclusivamente testemunhal para demonstrar a existência de negócio jurídico de valor superior a 10 salários mínimos e, o segundo em face de decisão que indeferiu as contraditas às testemunhas arroladas, porquanto prepostos do apelado. No mérito sustenta, em síntese, que o negócio jurídico que deu ensejo ao ajuizamento da ação não foi comprovado, uma vez que os documentos acostados na inicial foram produzidos unilateralmente e desprovidos de assinaturas. Aduz, por fim, ser inadmissível, nos termos do art. 401 do Código de Processo Civil, prova de natureza exclusivamente testemunhal. Pede a alteração do resultado (fls. 159/167).

Recurso manifestado em tempo oportuno, preparado e contrariado.

É o relatório.

Conheço dos agravos retidos, pois reiterados nas razões, mas a eles nego provimento.

Primeiramente, nenhuma modificação comporta a decisão que permitiu a produção de prova exclusivamente testemunhal para demonstrar a existência de negócio jurídico. Isso porque, conforme fundamentou o magistrado *a quo*,

Acesso ao Sumário

a presente ação segue o rito ordinário, que admite ampla produção probatória, razão pela qual não se vislumbra nenhuma impossibilidade da oitiva de testemunhas, o que inclusive atende o princípio da verdade real. Neste sentido: "*...VI - Admissível a utilização de prova exclusivamente testemunhal para a comprovação de serviços prestados. Precedentes específicos, inclusive da Segunda Seção.*" (Resp 895.792/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; j. 07.04.2011). Não há ofensa ao CPC/73, artigo 401.

De igual modo, nenhuma modificação comporta a decisão que indeferiu as contraditas, uma vez que as testemunhas arroladas negaram a relação de amizade com o agravado. Ademais, o vínculo empregatício, por si só não autoriza tal e genérica conclusão, tanto que no processo, em havendo contradita, cumpre ao juiz, no respectivo exame, dilucidar fundamentadamente.

Anota-se que em momento algum ficou demonstrado o interesse de mentir das testemunhas, cuja avaliação de sinceridade, pelo princípio da identidade física do Juiz, restou bem sedimentada na decisão singular, nada havendo a ser acrescentado.

No mérito o recurso é desprovido.

A autora, ora recorrida, ajuizou a ação objetivando o recebimento da quantia de R$ 113.957,18, alegando, em síntese, que realizou serviços de transporte de leite e ração à apelante, que não honrou com os pagamentos.

A requerida apresentou contestação negando os fatos narrados e, que a ação esta fulcrada em documentos produzidos unilateralmente, e assim pugnou por sua improcedência (fls. 34/45).

Ofertada réplica e colhida prova oral, sobreveio sentença, ora apelada.

A controvérsia entre as partes gira em torno da ocorrência ou não da prestação do serviço de transporte objeto da cobrança acolhida pelo juízo "a quo".

No caso em tela, conforme fundamentado na sentença, em que pese a unilateralidade dos documentos de fls. 10/13, o conjunto probatório dos autos são aptos a demonstrar a efetiva prestação de serviços e em consequência a ampará-los.

As testemunhas inquiridas foram unânimes em atestar que tais documentos eram enviados ao final de cada mês à COONAI, com o valor do frete mensal, e enfatizaram, ainda, que a entrega de recibo sem a assinatura dos prepostos da cooperativa era prática comum devido à relação de confiança existente entre as partes.

O depoimento prestado por Edgar Mendes Coelho, ex-representante de vendas da COONAI, foi no mesmo sentido.

E os documentos de fls. 101/105 e 108/111, demonstram que a apelante

pagou valor a título de pedágio para o apelado no período de 09 e 10/2009, numa clara demonstração e prova de que nesse período houvera prestação de serviços de transporte por parte dele.

Não se pode olvidar que os documentos de fls.106/107 comprovam que a apelante pagou transporte de leite emitindo documento em 31/10 para vencimento 10/11/2009, também numa clara demonstração de efetiva prestação de serviços.

No caso presente, postas as premissas probatórias retro, conclusão é de que o autor desincumbiu-se, de modo satisfatório, do ônus de fazer prova contundente do fato constitutivo de seu direito (art. 333, I, CPC). Só que a apelante, a seu turno, não trouxe prova capaz de elidir a convicção gerada pelas provas produzidas (art. 333, II, CPC).

De tal modo, comprovada a efetiva prestação de serviços de transporte, a procedência da ação de cobrança era mesmo de rigor.

Diante do exposto, pelo meu voto, **nego provimento ao apelo**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006193-80.2015.8.26.0004, da Comarca de São Paulo, em que é apelante DALLAS RENT A CAR LTDA., é apelado DLO DELIVERY LOGÍSTICA E SERVIÇOS LTDA.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.378)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS ALBERTO GARBI (Presidente), CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA e FABIO TABOSA.

São Paulo, 28 de novembro de 2016.

CARLOS ALBERTO GARBI, Relator

Ementa: CONTRATO DE FRANQUIA. PRESTAÇÃO DE CONTAS. PEDIDO FEITO PELO FRANQUEADO AO FRANQUEADOR. DESTINO CONFERIDO À TARIFA DE PUBLICIDADE PAGA. AUSÊNCIA DE ADMINISTRAÇÃO DE BENS OU DIREITOS ALHEIOS. SENTENÇA REFORMADA.

Acesso ao Sumário

RECURSO PROVIDO.

Franquia. Pedido de prestação de contas ajuizado pelo franqueado. Destinação dada pelo franqueador à tarifa de publicidade paga pelos franqueados do sistema. Ausência do dever legal de prestar as contas reclamadas. Ausência de administração de bens ou direitos alheios. Dever de prestar contas não caracterizado. Improcedência do pedido. Recurso provido.

VOTO

A sentença proferida pelo Doutor **Luiz Fernando Silva Oliveira** julgou procedente o pedido para condenar a ré na prestação de contas da quantia de R$ 590.648,56, recebida da autora no período em que perdurou o ajuste; na prestação de contas, informando qual a quantia que recebeu a título de taxa de publicidade de todas as demais subfranqueadas no território nacional, no período de janeiro de 2009 até julho de 2014; e na prestação de contas consistente na comprovação de todas as ações de publicidade realizadas no período de janeiro de 2009 até julho de 2014, comprovando qual o valor pago pelas respectivas ações publicitárias, com a devida escrituração contábil, com cópias dos contratos de publicidade, comprovantes de pagamentos e a respectiva escrituração contábil (DFC Demonstração de Fluxo de Caixa ou DRE Demonstração do Resultado do Exercício), no prazo de 48 horas, sob pena de não ser lícito impugnar as contas que a autora apresentar. A sentença, enfim, condenou a ré a pagar pela sucumbência, fixando a honorária advocatícia em R$ 3.000,00.

A ré recorreu da sentença e alegou, em síntese, que há conexão da demanda com a ação de cobrança que ajuizou contra a autora; que eventual crédito apurado nesta ação deverá ser submetido à recuperação judicial; que a autora é parte ilegítima para requerer em Juízo direito alheio; que prestou contas de todos os seus atos no processo no qual tramita sua recuperação judicial; que a autora não tem interesse de agir; que a obrigação imposta na sentença é inexequível; e que improcede o pedido inicial.

A autora apresentou resposta na qual pediu a manutenção da sentença.

É o relatório.

Não há que se falar em reunião das demandas que tramitam entre as partes em relação ao contrato de franquia vez que incide a Súmula nº 235, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que dispõe: "**A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado**".

No mais, na inicial da demanda a autora, que manteve contrato de franquia com a ré, pediu a prestação de contas do destino que foi conferido à taxa de

Acesso ao Sumário

publicidade que pagou, assim como dos demais franqueados do sistema, durante o período em que perdurou o ajuste.

A sentença acolheu o pedido inicial, mas efetivamente não se vê dos autos o dever de prestar contas da ré.

A ação de prestação de contas tem cabimento quando alguém administra bens ou valores de outra pessoa. Nesse sentido, explica *Ovídio A. Baptista da Silva* que "**todo aquele que, de qualquer modo, administra bens ou interesses alheios está obrigado a prestar contas dessa administração, do mesmo modo que aquele que tenha seus bens ou interesses administrados por outrem tem direito a exigir as contas correspondentes a essa gestão**" (Comentários ao Código de Processo Civil, Ed. RT, 2000, vol. 13, pg. 169).

De acordo com a lição de *Humberto Theodoro Júnior*, "**todos aqueles que têm ou tiveram bens alheios sob sua guarda e administração devem prestar contas, isto é, devem apresentar a relação discriminada das importâncias recebidas e despendidas, em ordem a fixar o saldo credor, se as despesas superam a receita, ou o saldo devedor, na hipótese contrária, ou até mesmo a inexistência de saldo, caso as despesas tenham se igualado às receitas**" (Curso de Direito Processual Civil, Ed. Forense, vol. II, 50ª ed., pg. 73).

E na lição de *Antonio Carlos Marcato*: "**Determinadas pessoas, às quais houver sido confiada a administração ou a gestão de bens ou de interesses alheios, têm a obrigação de prestar contas quando solicitadas, ou dá-las voluntariamente, se necessário**" (Procedimentos Especiais, Ed. Atlas, ano 2016, pg. 108).

Entretanto, no caso, não se vê tenha a ré, franqueadora, dever de prestar contas dos valores que recebeu da autora em relação à tarifa de publicidade que era cobrada por previsão contratual.

Houve, por certo, o pagamento pela autora de um específico serviço a ser executado pela ré. O valor pago a título de publicidade estava inserido, como visto, na contratação da franquia, e servia para que a ré promovesse o *marketing* (cláusula 5.1.10, fls. 29 - publicidade e propaganda) do sistema do qual detém os direitos no território brasileiro - *SISTEMA AVIS*.

Não houve, em nenhum momento da contratação, administração de dinheiro ou de bens da autora pela ré. A ré não atuou como representante da autora, como comissionária, mandatária ou gestora de seus negócios, o que caracterizaria o dever de prestar contas. A ré atuou como contratada para a realização de um serviço, tendo recebido pagamento pelo trabalho que realizou. Acaso a autora entenda que o serviço não foi realizado a contento, outra é a demanda a ser proposta, não a de exigir contas, que tem como fim precípuo o de apurar eventual saldo credor ou devedor, dado seu caráter dúplice.

Ademais, a publicidade a ser promovida era da marca da qual a ré detém os

Acesso ao Sumário

direitos, de modo que assumiu o compromisso contratual de investir as quantias pagas pela autora em relação à referida tarifa em atividades de publicidade, vendas e promoção do *SISTEMA AVIS*, como se vê da referida cláusula. Ela própria, a franqueadora, beneficiava-se diretamente da publicidade realizada, da qual os franqueadores beneficiavam-se indiretamente, e não consta dos autos tenha a assumido a obrigação de fazer publicidade da específica agência de locação de veículos da autora, situação que, todavia, tampouco faria surgir o dever de prestar contas.

O que se vê, assim, é que o valor pago pela autora a título de taxa de publicidade não lhe conferia o direito de exigir contas da autora, porquanto esta o recebia como efetiva titular da quantia, em contraprestação à uma obrigação contratual, e não como administradora do dinheiro da franqueada.

Esse quadro demonstra em definitivo a ausência do dever de prestar contas da ré em relação ao específico valor referido valor sustentado pela autora na inicial.

Observo, por fim, que a autora não tem qualquer ingerência sobre as quantias recebidas pela ré dos demais franqueados, de modo que o pedido de contas, acaso acolhido - o que não é o caso, como já se viu - jamais poderia ter se estendido a todos os demais contratos firmados pela ré. A legitimação extraordinária é aceita pela lei em casos excepcionais, do que não cuida o quadro dos autos.

Pelo exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido. Condeno a autora ao pagamento das custas, das despesas processuais e da verba honorária advocatícia sucumbencial, arbitrada em R$ 5.000,00, já considerado o § 11, do art. 85, do NCPC.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005569-77.2009.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que são apelantes MARLI APARECIDA SOJA (JUSTIÇA GRATUITA), JOÃO BAPTISTA SOJA (JUSTIÇA GRATUITA), CLÓVIS SOJA (JUSTIÇA GRATUITA), JOSEMARI MIRTES SIQUEIRA (JUSTIÇA GRATUITA) e DORIVAL SOJA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado MAGDA APARECIDA CARLOS.

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 29896)**

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

São Paulo, 1º de dezembro de 2016.

SOUZA LOPES, Relator

Ementa: Possessória - Reintegração - Ausência de prova de posse anterior e esbulho - Sentença de improcedência - Decisão correta - Ratificação nos moldes do artigo 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça - Recurso improvido.

VOTO

Cuida-se de apelação contra a r. sentença de fls. 137/139, que julgou improcedente a ação de reintegração de posse ajuizada por MARLI APARECIDA SOJA E OUTROS contra MAGDA APARECIDA CARLOS.

Sustentam que o pai dos apelantes adquiriu o imóvel e a mãe da apelada trabalhou para ele como cuidadora, morando na residência. No entanto, nos anos de 1970, fez um acordo para que esta fosse embora, pagando pela prestação dos serviços. No entanto, ela e a filha, ora apelada, passaram a morar novamente no imóvel, mesmo após o falecimento do genitor, usurpando a posse dos recorrentes, que são herdeiros. Buscam a reforma do *decisum*.

Após contrariedade, subiram os autos.

É o relatório.

O recurso não prospera.

Nada existe para ser reparado na r. Decisão Monocrática, que analisou todo o conjunto probatório com profundidade, dando correto desate ao litígio.

Cuida-se de ação de reintegração de posse ajuizada pelos apelantes, sob o fundamento de que a Sra. Maria de Lourdes, ex-funcionária do seu genitor, juntamente com a sua filha, ora apelada, vem ocupando o imóvel que lhes pertence por direito sucessório.

Ocorre que, para o deferimento do pedido dos autores necessário se faz a prova da existência da posse anterior e do esbulho, o que não se verifica no caso em apreço, valendo reprisar o bem colacionado pelo Digno Magistrado *a quo*: "*A exordial assevera que a genitora da ré teria esbulhado a área.*

Ocorre que não há nenhuma prova do exposto.

Por outro lado, a narrativa dos fatos, tais como lançados na peça vestibular, permitem crer que a genitora da ré teria se estabelecido no local desde a década de 1970, sem que tenha sido de lá retirada.

Não há notícia de que os autores teriam adotado alguma efetiva medida

Acesso ao Sumário

para retomada da área em questão.

Assim, simplesmente não há nenhuma prova de que algum esbulho teria sido praticado na referida área.

Porque os autores não se desincumbiram do ônus probatórios, impõe-se reconhecer que o pedido inicial simplesmente não poderá ser acolhido."

Não cabe reintegração para quem não tem, ou pelo menos, não provou a posse e o esbulho.

Sendo assim, resumindo-se a irresignação a estes temas, correta, portanto, a r. sentença, que deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Pelo exposto, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal, ratifica-se a r. decisão monocrática e nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1012252-45.2015.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante DAYANE CRISTINA FONSECA RODRIGUES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO BRADESCARD S/A.

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8.257)**

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

São Paulo, 24 de novembro de 2016.

ALBERTO GOSSON, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: INCLUSÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. PREEXISTÊNCIA DE APONTAMENTOS APARENTEMENTE LEGÍTIMOS. A NÃO DEMONSTRAÇÃO DA ILICITUDE DOS APONTAMENTOS PREEXISTENTES E CONCOMITANTES AFASTA O DEVER DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. CUMPRIMENTO AO DISPOSTO NA SÚMULA Nº 385, STJ. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Vistos,

Trata-se de recurso de apelação interposto contra da sentença de fls. 79/81, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente a ação ajuizada por **DAYANE CRISTINA FONSECA RODRIGUES** em face de **BANCO BRADESCARD S/A**, "apenas para declarar inexigível o debito no valor R$ 62,64, referente ao contrato n.º 1001197530780000, mantida a liminar (p. 27).".

Inconformada, apela a autora (fls. 84/93) requerendo o provimento do recurso, a fim de reformar a sentença e condenar o réu a compensar os danos morais suportados, uma vez que todos os outros apontamentos são ilegítimos.

O recurso é tempestivo, foi recebido, processado, mas não contrariado (fls. 119).

É O RELATÓRIO.

O recurso não merece provimento.

A autora pretende a reforma da sentença a fim de que o banco réu seja condenado a compensar-lhe os danos morais havidos em virtude dos apontamentos indevidos em órgão de proteção ao crédito.

Cumpre destacar que consta da certidão de fls. 15/16, que a autora tinha em seu nome outros apontamentos, além dos que são objeto desses autos. Dentre os apontamentos citados, alguns são anteriores e concomitantes ao apontamento objeto desses autos.

Pessoalmente comungo do entendimento exarado no voto da Ministra Relatora Nancy Andrighi, que, por ocasião do julgamento do Resp. nº 1061134/RS, nesta parte vencida, no qual entendeu que as anotações anteriores, todavia, devem ser levadas em conta pelo Juiz no momento da fixação do quantum indenizatório. Afirmando, ainda, que não há sentido em condicionar a análise da existência ou não de dano moral à comprovação de que o consumidor é ou não honesto. O que se discute é a licitude da inscrição, o que está em análise é a conduta do órgão mantenedor do cadastro e não do consumidor.

Contudo, esse entendimento ficou suplantado tanto pela Súmula nº 385, como pela prolação dos julgamentos referidos com efeito de recurso repetitivo (CPC, 543-C).

Em vista do exposto, ressalvando o posicionamento pessoal desse Relator, voto pelo prevalecimento da decisão contida no repetitivo, nos termos do inciso II, do § 7º, do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.

Assim, o capítulo da sentença que resolveu a demanda reparatória, rejeitando-a, deve ser mantido.

Caberia à autora a demonstração da ilicitude - ou da impugnação judicial - dos preexistentes e concomitantes apontamentos.

Acesso ao Sumário

Em que pese a alegação de que os apontamentos concomitantes são também ilegítimos, a autora-apelante não trouxe aos autos elementos que conduzissem ao acolhimento de suas razões.

Dessa forma, diante da ausência de tal justificativa, de rigor a aplicação do preceito sumular à espécie.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1084031-73.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ETIVALDO GOMES FILHO, é apelado BANCO TRICURY 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 35706)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS CARLOS DE BARROS (Presidente) e CORREIA LIMA.

São Paulo, 28 de novembro de 2016.

ÁLVARO TORRES JÚNIOR, Relator

Ementa: SENTENÇA - Nulidade - Inocorrência - Argumentos que sustentam a conclusão de ocorrência de fraude à execução (e não de fraude contra credores) constaram do ato judicial recorrido, ou seja, do "decisum" que acolheu os embargos declaratórios opostos contra a sentença - Preliminar rejeitada.

EMBARGOS DE TERCEIRO - Fraude à execução - Ocorrência - Má-fé na alienação evidenciada - Imóvel penhorado vendido ao embargante, filho dos devedores, e que contava, naquela época, 18 anos de idade - Não é crível imaginar que o filho (o suposto adquirente) não soubesse da execução ajuizada contra os próprios pais - Embargante se qualificou como estudante no contrato e não comprovou ter acumulado renda para adquirir o imóvel - Embora se apresentasse ao Fisco como produtor rural, não exibiu documentos que comprovassem sua renda, por exemplo, notas

Acesso ao Sumário

fiscais de venda de gado ou de produtos da fazenda - Executados doaram o restante do patrimônio aos seus filhos - Nítida intenção dos executados de diminuição da garantia do credor - Presença dos requisitos do art. 593 do CPC - Cominação ao embargante de multa por ato atentatório à dignidade da justiça - Viabilidade - Recorrente procedeu de modo temerário, atrapalhando a execução - Sentença confirmada pelos seus próprios fundamentos, inteiramente adotados como razão de decidir, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça - Embargos de terceiro improcedentes. Recurso desprovido.

VOTO

1. Recurso de apelação contra a sentença que julgou improcedentes estes embargos de terceiro e manteve a penhora do imóvel (realizada nos autos da ação principal), ante o reconhecimento de que a sua alienação (dos executados ao embargante-apelante) se deu em fraude à execução.

O embargante-apelante sustenta ser legítimo proprietário e possuidor do imóvel denominado "Fazenda Vitória", localizado no Município de Itarumã (GO), que foi penhorado nos autos da execução (proc. nº 0172449-43.2009.8.26.0100). Afirma que adquiriu esse bem livre de restrições e o fez anteriormente à distribuição da execução contra os alienantes, ou seja, antes da citação dos executados - esta, aliás, só ocorreu depois de registrado o contrato de aquisição do referido. O recorrente ainda sustenta que não estão presentes os requisitos da fraude à execução, sendo inaplicável a Súmula 375 do STJ. Diz também o apelante que, na época da cessão dos direitos do imóvel, esse bem já não tinha mais valor de mercado e que não há vedação legal a negócios realizados entre parentes. Insurge-se ainda o recorrente contra a sua condenação por ato atentatório à dignidade da justiça e também contra a multa que lhe foi imposta (de 10% sobre o valor da causa), por não ter exibido os documentos exigidos pelo juiz da causa, isso porque não os possuía e não tinha como juntá-los autos. Tal penalidade só podia ser aplicada se ele recorrente tivesse sido previamente advertido, o que não se deu na espécie, havendo ofensa ao princípio do contraditório.

Apelo tempestivo, bem processado e contrariado.

2.1. Considerando que o recurso foi interposto antes da vigência da Lei nº 13.105/15 (CPC/2015) e, por interpretação do seu art. 14, aplicam-se à espécie as regras do CPC/1973, ficando prequestionada a matéria para os fins da Súmula

Acesso ao Sumário

98 do STJ e Súmula 356 do STF.

2.2. Nulidade da sentença por falta de fundamentação relativamente à conclusão do MM. Juiz de que houve fraude à execução (reconhecida apenas no ato judicial que acolheu os embargos declaratórios) e não fraude contra credores (antes reconhecida na sentença embargada) **não foi suscitada na apelação e dela, portanto, não se pode conhecer** - o tema, aliás, só foi apresentado na tribuna pelo ilustre advogado do recorrente quando do julgamento deste recurso, ou seja, quando de sua sustentação oral.

E é assim por ser inviável a correção ou complementação de recurso, dada a incidência da preclusão consumativa.

"O derrotado tem direito de impugnar por meio de recurso a decisão causadora do gravame. Mas, exercido tal direito, há a respectiva consumação. Por conseqüência, não é admissível a interposição de novo recurso contra o 'decisum' recorrido, bem como a complementação, o aditamento ou a correção do recurso anteriormente interposto. O princípio da consumação consiste na impossibilidade de o vencido oferecer novo recurso - ainda que da mesma espécie do anterior - contra a decisão atacada, bem como corrigir, complementar o recurso interposto" (cf. Bernardo Pimentel de Souza, Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória - 2ª ed., rev. ampl. e atualizada - Belo Horizonte: Mazza Edições, 2001, p. 176, *apud* Edcl. nos EDcl. no AgRg. no Recurso Especial n° 877.575-MG, rel. Min. Félix Fischer).

De mais a mais, "o efeito devolutivo decorre do princípio dispositivo, segundo o qual o juiz não pode agir de ofício, devendo aguardar a provocação da parte ou interessado. É o recorrente quem determina a devolutividade do recurso ('tantum devolutum quantum appellatum'): somente se devolve ao tribunal a matéria que o recorrente efetivamente impugnou e sobre a qual pede nova decisão" (cf. AgRg no REsp 703925/RJ, rel. Min. Francisco Falcão, DJ 06-6-2005 p. 214).

Logo, se o embargante não discutiu a nulidade da sentença em seu apelo, dela não se pode conhecer, pois as questões impugnadas no recurso devem ser julgadas de acordo com o princípio *tantum devolutum quantum apellatum*.

Contudo, em homenagem à brilhante sustentação oral apresentada pelo advogado que o embargante constituiu em instância recursal - cuja combatividade é aqui louvada -, passa-se a analisar a questão suscitada na tribuna.

A sentença recorrida não é nula.

Primeiro porque, ao reconhecer a fraude à execução quando do acolhimento dos embargos declaratórios (e não a fraude a credores antes admitida na sentença embargada), o MM. Juiz não apenas expôs aquela conclusão. Ao contrário, a nova conclusão foi amparada em argumentos suficientes. Tanto é assim que o ato judicial que acolheu os embargos expressou:

Acesso ao Sumário

"A r. sentença reconheceu a fraude contra credores e, no particular da fraude, deve ser mantida integralmente.

O erro que ela contém refere-se à impossibilidade de reconhecimento da fraude em sede de embargos de terceiro.

Isso porque, como bem anotado pelo recorrente, o contrato particular assinado entre os fraudadores indica como data da celebração o dia 16.04.2009.

Contudo, tal contrato, fraudulento, não teve qualquer publicidade até o dia 07.10.2009, quando já em curso a execução, o que implica no reconhecimento da fraude execução, uma vez que no documento particular de fls. 26/32, os particulares em conluio poderia ter colocado qualquer data, de modo que a data a ser considerada para os fins legais, é a data do registro do contrato (posterior à execução).

A fraude foi bem reconhecida na sentença, renovando-se todos os seus argumentos, o que fortalece a necessidade de reconhecimento da fraude à execução, na medida em que o contrato só foi registrado após a distribuição da execução - ato típico de fraude" (cf. fl. 295).

Destarte, conjugados ambos os atos judiciais - a sentença embargada e a decisão que acolheu os embargos declaratórios - têm-se uma exposição não só da conclusão de ocorrência de alienação de imóvel em fraude à execução, como também dos argumentos que a sustentam juridicamente.

Logicamente disposta e fundamentada, a sentença apelada contém o essencial e atende aos requisitos do art. 458 do CPC/1973. E é nula a sentença não fundamentada quando for omissa a respeito de questões de fato indispensáveis ao deslinde da causa (cf. RSTJ 54/337), o que não é caso do julgado recorrido, até porque a fundamentação do ato judicial pode ser sucinta (RSTJ 127/343), pois a Constituição Federal não exige que a decisão seja extensamente motivada, mas que o juiz dê as razões de seu convencimento (STF, A. I. 162.089-8- DF-AgRg, rel. Min. Carlos Velloso) e as razões - como se viu - foram bem expostas.

2.3. Em execução de título executivo extrajudicial ajuizada por Banco Tricury S/A contra Etivaldo Vadão Gomes e Célia Regina Molina Gomes, foi penhorado um imóvel localizado no Município de Itarumã (GO), que os executados teriam vendido, em 16-4-2009, ao seu filho (ao embargante e ora apelante), por instrumento particular de compra, venda e cessão de direitos (cf. fls. 26-32).

Fraudulenta é a alienação ou oneração de bens, reza o art. 593, II, do CPC/1973, quando, ao seu tempo, "corria demanda contra o devedor capaz de reduzi-lo à insolvência", ou seja, quando a alienação é posterior ao ajuizamento da execução (cf. RT 609/107, JTA 91/126, 100/41, RJTJESP 114/215, apud Theotonio Negrão, CPCLPV, Saraiva, 26ª ed., p. 468).

E a demanda se considera proposta quando distribuída, ou quando de

Acesso ao Sumário

despacho judicial precedente à distribuição, pouco importando se a citação dos devedores ocorreu após a alienação, pois o processo executivo, tal como o de conhecimento, começa por iniciativa da parte (cf. art. 262 do CPC/1973) e a ação de execução se considera proposta, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída (cf. art. 263).

Na hipótese em exame, **não se considera data do negócio aquela indicada no respectivo contrato (19/04/2009)**, documento firmado entre parentes próximos (os pais, de um lado, e um dos filhos, então com 18 anos de idade, de outro), **mas sim a data em que tal documento foi registrado em Cartório de Títulos e Documentos (07-10-2009)** quando já havia execução proposta contra os alienantes - **esta fora ajuizada em 08-7-2009** (cf. fl. 64).

Não se desconhece o enunciado na Súmula 375 do Colendo STJ, segundo a qual "o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente". Essa súmula consagra a proteção ao terceiro de boa-fé que, à falta do registro da penhora, não tem meios para saber da existência de execução ou do ato constritivo judicial, não podendo ser prejudicado com a aquisição do bem.

Assim, não basta, em princípio, o mero ajuizamento de execução capaz de reduzir o devedor à insolvência para que se caracterize a fraude à execução. Exige-se também o registro da penhora **ou, caso não exista, a prova da má-fé do adquirente.**

Pois bem.

Não obstante a averbação da constrição judicial tenha sido realizada na matrícula do imóvel em julho de 2010 (cf. fl. 102), tal como admitiu o embargado em sua contestação (cf. fl. 64), **há nos autos, contudo, elementos concretos e suficientes que indicam a má-fé do comprador.**

Com efeito, o "comprador" (e embargante) **é filho dos executados, não sendo crível que ele não soubesse da execução que já estava em curso contra os próprios pais**.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido é a jurisprudência deste Tribunal, ao analisar negócios realizados entre parentes:

"Embargos de terceiro - Execução - Penhora de bem móvel - Veículo alienado após ajuizamento da execução contra os devedores - Reconhecimento de fraude à execução - Artigo 593, II, do CPC - Embargos improcedentes - Alienação do veículo realizada entre parentes - Sentença mantida - Recurso desprovido" (cf. Ap. nº 0004523-63.2011.8.26.0004, rel. Des. Irineu Fava).

"FRAUDE À EXECUÇÃO - Penhora de direitos que a executada detinha sobre determinado imóvel - Cessão dos mesmos direitos ao mesmo casal mediante novo instrumento (de abril de 2.011), agora subscrito por terceiros, com anuência da proprietária - Cessão sugestiva da intenção de afastar a

consideração de aquisição da executada, mas de terceiros estranhos às partes - Fraude configurada, posto indicar cessão de direitos entre parentes, dispensando lançamento da penhora no registro Adjudicação. Decisão que nega o decreto da fraude, reformada" (cf. A. I. nº 0265940-11.2012.8.26.0000, rel. Des. João Carlos Saletti).

"Execução. Venda de imóvel no curso do processo, após a citação. Vínculo de parentesco entre os alienantes e os adquirentes - pais e filhos, que revela, em princípio, o intuito fraudulento. Fraude à execução caracterizada. Recurso provido" (cf. A. I. nº 0180481-41.2012, rel. Des. Cauduro Padin).

Ainda que isso não fosse o suficiente, **o embargante foi qualificado no instrumento particular de compra como "estudante"** (cf. fl. 26). E, como é do senso comum, **estudante algum teria renda própria (e suficiente) para adquirir bem de valor significativo.**

Ademais, conquanto o embargante tivesse se apresentado ao Fisco como "produtor rural" nas declarações prestadas nos exercícios de 2010 e 2011, **ele não demonstrou como conseguiu (com o exercício daquela atividade) acumular a renda toda nos exercícios anteriores**.

Aliás, se ele era mesmo produtor rural, deveria ter exibido documentos que comprovassem tal atividade, trazendo elementos informativos claros a respeito da origem de sua renda, por exemplo, exibindo notas fiscais de venda de gado ou de produtos provenientes da fazenda. **Nada disso, contudo, ele fez**.

Não basta, evidentemente, a mera afirmação de que não prestara declarações de renda nos anos anteriores, notadamente porque alguma explicação lógica e razoável deveria ser apresentada para justificar a obtenção de renda que fosse o suficiente para a realização de um negócio daquele porte financeiro.

Deste modo, está atendida a segunda parte da Súmula 375 do Colendo STJ, no tocante à presença da má-fé do embargante, como "terceiro adquirente" do imóvel de seus pais.

Assim, a alienação do bem penhorado pelos executados ao seu filho configurou diminuição consciente da garantia do exequente, além de ato atentatório à dignidade da justiça, sendo manifesta a fraude à execução. **Especialmente porque os demais bens dos executados foram doados aos filhos, como consta das declarações de renda acostadas aos autos, havendo esvaziamento patrimonial para prejudicar a execução**.

Diante deste cenário, agiu bem o juiz da causa ao julgar improcedentes os embargos de terceiro, **devendo a r. sentença ser confirmada pelos seus próprios fundamentos, inteiramente adotados como razão de decidir**, 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").

Acesso ao Sumário

Esse dispositivo regimental tem sido largamente aplicado na Seção de Direito Privado deste Tribunal de Justiça de São Paulo, seja para evitar inútil repetição, seja para cumprir o princípio constitucional da razoável duração dos processos (cf. Apel. 99406023739-8, rel. Des. Elliot Akel, j. em 17-6-2010; AI 990101539306, rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. em 17-6-2010; Apel. 99402069946-8, rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, j. em 08-6-2010; Apel. 99405106096-7, rel. Des. Neves Amorim, j. em 29-6-2010; Apel. 99404069012-1, rel. Des. José Roberto Bedran, j. em 22-6-2010; Apel. 99010031478-5, Rel. Des. Beretta da Silveira, j. em 13-4-2010; Apel. 9940500973556, rel. Des. James Siano, j. em 19-5-2010; Apel. 99401017050-8, rel. Des. José Joaquim dos Santos, j. em 27-5-2010; Apel. 99404080827-0, rel. Des. Alvaro Passos, j. em 17-9-2010; Apel. 99404073760-8, rel. Des. Paulo Alcides, j. em 01-7-2010; AI 99010271130-7, rel. Des. Caetano Lagrasta, j. em 17-9-2010; Apel. 99109079089-9, rel. Des. Moura Ribeiro, j. em 20-5-2010; Apel. 990.10.237099-2, rel. Des. Luiz Roberto Sabbato, j. em 30-6-2010; AI 99010032298-2, rel. Des. Edgard Jorge Lauand, j. em 13-4-2010; Apel. 991.09.0841779, rel. Des. Simões de Vergueiro, j. em 09-6-2010; Apel. 991000213891, rel. Des. Paulo Roberto de Santana, j. em 09-6-2010; Apel. 99208049153-6, rel. Des. Renato Sartorelli, j. em 01- 9-2010; Apel. 992.07.038448-6, rel. Des. Cesar Lacerda, j. em 27-7-2010; Apel. 99206041759-4, rel. Des. Edgard Rosa, j. em 01-9-2010; Apel. 99202031010-1, rel. Des. Mendes Gomes, j. em 06-5-2010; Apel. 99010031067-4, rel. Des. Romeu Ricupero, j. em 15-9-2010.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça tem prestigiado este entendimento quando reconhece "a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no 'decisum'" (cf. REsp. 662.272-RS, 2ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 4-9-2007; REsp. 641.963-ES, 2ª T., rel. Min. Castro Meira, j. em 21-11-2005; REsp. 592.092-AL, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 17-12-2004 e REsp 265.534-DF, 4ª T., Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 01-12-2003).

Acesso ao Sumário

Também o Colendo Supremo Tribunal Federal tem decidido ser possível adotar os fundamentos de parecer do Ministério Público para decidir, assim o tendo feito em decisão do Min. Dias Toffoli (cf. RE 591.797 e 626.307, j. em 26-8-2010), em que assenta: "Acompanho na íntegra o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, adotando-o como fundamento desta decisão, ao estilo do que é praxe na Corte, quando a qualidade das razões permitem sejam subministradas pelo relator (Cf. ACO 804/RR, Relator Ministro Carlos Britto, DJ 16/06/2006; AO 24/RS, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ 23/03/2000; RE 271771/SP, Relator Ministro Néri da Silveira, DJ 01/08/2000)".

Transcrevem-se - **além daqueles já inseridos no item "2.2." deste acórdão** - os seguintes trechos do aresto recorrido:

"O comprador do vultoso imóvel, além de filho dos devedores que se furtavam para não ser citados, era estudante à época da celebração do negócio (fls. 32 16.04.2009), quando o processo executivo ainda não estava em curso.

Esse mesmo estudante, que se negou a cumprir a ordem deste Juízo (fls. 206) Juízo que não pediu favor, apenas ordenou que os documentos viessem a lume, em inegável afronta aos seus deveres processuais, não declarou qualquer patrimônio à Receita Federal do Brasil nos anos de 2007 e 2008 segundo consulta que segue anexa.

Mesmo não tendo qualquer patrimônio até o ano de 2008, mesmo tendo nascido aos 09.12.1990, portanto com apenas 18 (dezoito) anos, no ano de 2009, tornou-se proprietário do imóvel penhorado nestes autos, uma fazenda no Estado de Goiás, com 1.945,0024 há (fls. 27).

Estranhamente no mesmo ano de 2009, com 18 (dezoito) anos ainda (já que seu aniversário é em dezembro), passa a declarar pela primeira vez seus bens e direitos à Receita Federal do Brasil, afirmando ter recebido R$ 359.943,10 (fls. 230) em rendimentos tributáveis, tudo pago pela BrasilPrev (fls. 231) investimento em previdência privada por ele não declarado anteriormente, porque deveria ser pago por seus genitores, recebendo ainda R$ 379.198,36 (fls. 232) em doações e adiantamento de herança.

Do saldo bancário R$ 0,00, passa a ter R$ 120.295,81 (fls. 233). Comprou carro de R$ 40.000,00 (fls. 233), recebeu metade de 07 (sete) imóvel em doação adiantamento de legítima de seu genitor, o devedor do processo subjacente, que se manteve com o usufruto (fls. 233) e de tudo o que recebeu em patrimônio imobiliário, comprou apenas o imóvel objeto da execução, declarando como valor venal R$ 801.667,45 (fls. 233), tendo adquirido o imóvel por R$ 500.000,00 (fls. 234). Um ás da especulação imobiliária!

Não é só. No ano de 2012, com apenas 22 (vinte e dois) anos, torna-se empresário neófito (fls. 221) do ramo de carnes, em empresa com capital social de R$ 200.000,00 (fls. 223), integralizados" (cf. fls. 259-260).

Outros fundamentos são dispensáveis diante da adoção integral dos que foram deduzidos em primeiro grau, **e aqui expressamente adotados para evitar inútil e desnecessária repetição**, nos termos art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça.

2.4. Ainda que se não analise, com rigor objetivo, as infrações previstas no art. 17 do CPC/1973, um exame superficial dos fatos aqui relatados **bem demonstra que o recorrente procedeu de modo temerário**, atrapalhando o bom andamento da execução.

Opor embargos de terceiro, na tentativa de suspender o processo, quando evidente a fraude à execução, viola o dever de lealdade processual imposto às partes (cf. art. 14, II, do CPC). **Mormente quando se vem a Juízo atarantar**

Acesso ao Sumário

a execução com base na existência de um suposto negócio pelo qual os pais teriam vendido bem valioso a um filho de 18 anos de idade. Não se pode comparecer a Juízo e apresentar qualquer tese para impedir a realização da justiça. Isso caracteriza litigância de má-fé, independentemente de dolo.

Nem havia necessidade de prévia intimação (ou advertência) ao embargante, para só depois ser reconhecida a litigância de má-fé, **por não se tratar da penalidade prevista no art. 601 do CPC/1973**.

Por isso tudo, responderá o embargante-apelante pelo pagamento da multa de 10% sobre o valor atualizado da causa, tal como constou da sentença (cf. fl. 265), que subsiste integralmente.

Aliás, "o processo é um instrumento de satisfação do interesse público na composição dos litígios mediante a correta aplicação da lei. Cabe ao magistrado reprimir os atos atentatórios à dignidade da justiça e assim poderá impor ao litigante de má fé, no mesmo processo e independentemente de solicitação da outra parte, a indenização referida no artigo 18 do CPC, que apresenta caráter nítido de pena pecuniária" (cf. REsp. 17.608-SP; STJ, 4ª T., rel. Min. Athos Carneiro; DJU de 3-8-1992, p. 11.327).

3. Posto isso, o meu voto nega provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003305-85.2012.8.26.0320, da Comarca de Limeira, em que é apelante VIAÇÃO LIMEIRENSE LTDA., é apelado ESPÓLIO DE ELVIRA GREGÓRIO PEREIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

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 26.168)**

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

São Paulo, 21 de novembro de 2016.

MARIO DE OLIVEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - Transporte coletivo - Ônibus - Aceleração

abrupta com a porta aberta - Usuária idosa projetada para fora e após para baixo do veículo - Demandante que sofreu atropelamento com fratura exposta na perna esquerda e esmagamento da perna direita - Amputação parcial da perna direita - Responsabilidade objetiva do transportador - Não demonstração de qualquer excludente - Danos morais comprovados - Indenização devida - Fixação em R$100.000,00 - Pretensão à redução do montante indenizatório - Desacolhimento - Sentença mantida - Recurso improvido.

VOTO

A r. sentença de fls. 743/747, cujo relatório se adota, julgou procedente a ação para condenar a Ré a pagar ao Espólio da Autora quantia correspondente a todas as despesas com tratamento da lesão sofrida, medicamentos, transporte, auxílio de empregada doméstica e cuidadoras, e ao pagamento de R$ 100.000,00 relativos aos danos morais, corrigidos do ajuizamento e acrescidos de juros de mora desde a citação, além das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 15% da condenação.

A denunciação da lide foi julgada procedente, para se reconhecer o direito de regresso da Ré em relação à Denunciada, sendo esta condenada ao pagamento, nos limites da apólice, da indenização correspondente, arcando com as custas a favor da Ré, referentes às despesas com a denunciação, e honorários advocatícios, arbitrados em 15% do ressarcimento.

Apela a Requerida sustentando que houve culpa exclusiva da vítima. Pleiteia, caso rejeitada essa tese, a análise da culpa concorrente. Aduz que é desproporcional o valor da indenização. Pede provimento (fls. 751/778).

Preparado (fls. 781/782), o recurso foi recebido nos efeitos suspensivo e devolutivo (fls. 783).

Contrarrazões às fls. 791/800.

Em juízo de admissibilidade (art. 1.010, §3º, da Lei nº. 13.105/2015), reputam-se presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos recursais.

É o relatório.

De proêmio, indefere-se o pleito da Apelante (fls. 805/806) no sentido do retorno dos autos à Vara de origem para a designação de sessão de conciliação em fase recursal.

Esta Egrégia Corte instituiu o Centro Judiciário de Solução de Conflitos em Segunda Instância e Cidadania, localizado atualmente no Fórum João Mendes, nesta Capital (cf. sítio eletrônico deste E. Tribunal), onde em regra se

Acesso ao Sumário

realizam as sessões de conciliação dos feitos em fase recursal.

E não se observa excepcionalidade no caso para a concessão de tratamento diferenciado, com a inversão da marcha processual.

Pretende a Autora (falecida em 7.9.2013 - fls. 546 - e sucedida no curso da lide por seu Espólio - fls. 612) o recebimento de indenização pelos danos materiais e morais que alega ter sofrido em razão de acidente do qual foi vítima.

Anote-se que nesta lide o acidente não está relacionado ao óbito da Autora.

Narra a inicial que a Autora era passageira de ônibus da Requerida na data de 10.11.2011.

O veículo parou para a descida de alguns passageiros, fora do ponto regular.

A viagem teve curso, mas a porta de descida foi mantida aberta.

A Autora foi projetada para fora do veículo, colidiu em um poste e foi arremessada para baixo do ônibus, suportando o atropelamento com mutilações nas pernas.

Contestação às fls. 245/259.

A r. sentença julgou procedente a ação, dando ensejo a este apelo.

A irresignação manifestada não colhe acolhida.

De modo geral, a responsabilidade do transportador no contrato de transporte é objetiva, aplicando-se a regra prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, não cabendo sequer discussão acerca da culpa pelo acidente, nos termos do disposto na Súmula 187, do Supremo Tribunal Federal.

Reforçando o caráter objetivo dessa responsabilidade, aplica- se o disposto no artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor, que estatui que o fornecedor de serviços seja responsável pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, independentemente da existência de culpa.

Nos termos do § 3º, do mencionado artigo 14, 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**".

O transportador tem o dever de transportar com segurança os passageiros até seu destino e só se exonera da reparação por eventuais danos se provar a ocorrência de caso fortuito, força maior ou culpa do viajante, o que não restou demonstrado.

A vítima não está obrigada a comprovar a culpa da ré, mas apenas o fato do transporte e o dano.

A prova produzida pela Requerida está consubstanciada, em suma, no vídeo documentado pela mídia de fls. 296.

Trata-se de reportagem na qual é entrevistada suposta passageira do

Acesso ao Sumário

ônibus que afirma ter visto a Autora tentar pular ou se jogar do veículo.

Ora, impossível aferir-se a legitimidade de tal depoimento sem as garantias processuais cabíveis para a prova testemunhal.

Além disso, a imprensa local - Município de Limeira - divulgou por meio de jornal impresso a seguinte reportagem (fls. 35), ilustrada com fotografia:

"***Ônibus deixa o ponto na região central, mas continua com a porta aberta (ilustração).(...)***

Um dia após o atropelamento da idosa de 79 anos, que foi mutilada após cair de um ônibus, veículos de transporte coletivo circulavam ontem com as portas abertas em pleno Centro. A Gazeta recebeu denúncia de que, se o dispositivo eletrônico de travas estivesse ativado, o tráfego seria impossível nestas circunstâncias, assim como no acidente registrado anteontem. Isso porque o mecanismo não permite que o ônibus saia do lugar se a porta estiver aberta. Na prática, quando o motorista eventualmente esquece de fechar após o embarque ou desembarque, o sistema avisa da imprudência, ao impedir o tráfego. Como a reportagem apurou, o dispositivo pode ter sido desativado propositalmente, para tornar o trajeto mais rápido (...)."

A Requerida não se interessou em produzir outras provas além dos documentos já encartados aos autos (fls. 706).

Nesse contexto, é certo que o ônibus trafegava de portas abertas e que a Autora foi projetada para fora.

Para fins de qualificar a culpa exclusiva da vítima ou a culpa concorrente, não se extrai dos autos qualquer prova segura do nexo causal entre a conduta da Autora e o dano suportado.

Destarte, comprovado o fato de a Autora ser usuária do sistema de transporte e demonstrado o acidente que a vitimou, a responsabilidade da empresa de transportes é de rigor.

Configurada a responsabilidade da Requerida cabe a apreciação da verba indenizatória.

Induvidoso que o acidente acarretou à Autora transtornos e abalos de ordem moral, em virtude das lesões sofridas.

Dessa forma, faz jus à indenização pleiteada, relativa aos danos morais, pois, o evento acarretou-lhe transtornos e abalos de ordem moral.

Quanto à fixação do montante indenizatório, deve-se levar em conta a gravidade e a extensão dos danos sofridos e a condição ou necessidade da vítima e a capacidade financeira do ofensor.

A compensação dos danos morais, como é sabido, deve ser arbitrada em valor que, norteado em critério de prudência e razoabilidade, tenha em linha de conta sua natureza penal e compensatória. Aquela, como uma sanção imposta ao

Acesso ao Sumário

ofensor, por meio da diminuição de seu patrimônio e esta, para que a reparação pecuniária traga uma satisfação mitigadora do dano havido.

A fixação do valor deve atender aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, ressaltando-se que tal quantia deverá servir de forma a impedir que o causador do dano promova atos da mesma natureza perante outros consumidores, além de promover a efetiva compensação do prejuízo suportado.

Não divergem os doutrinadores, nem existe dúvida na jurisprudência, no sentido de que indenizações não devem servir ao enriquecimento da vítima, mas à compensação pelo que perdeu e deixou de ganhar.

A Requerida não comprovou ter prestado assistência à Autora de modo espontâneo.

Foi compelida a tanto por antecipação de tutela e resistiu por meio de agravo, não obtendo êxito.

Na decisão colegiada do recurso de agravo, já se anotava: "***a agravante... nada demonstrou a respeito...de que estivesse prestando algum auxílio à agravada acidentada***" (fls. 490).

Nesse passo, a prova coligida no curso da lide converge para a narrativa que a Autora deu aos fatos na inicial, sem embargo de haver sido contestada pela Ré, que não comprovou a existência de excludentes de responsabilidade, ônus que lhe incumbia.

Portanto, a Autora ficou de pé para descer no seu ponto de destino.

O ônibus parou antes, fora do ponto, para permitir a descida de alguns passageiros que solicitaram o favor.

A porta de descida foi mantida aberta e o veículo retornou à marcha abruptamente.

A Autora foi projetada para fora do veículo e colidiu em um poste.

Ao atingir o solo, suas pernas se localizavam na trajetória do pneu traseiro do ônibus.

A perna esquerda teve o fêmur fraturado (fratura exposta).

A perna direita foi esmagada em parte, sendo necessária a amputação parcial (fls. 36/38).

A Autora, embora idosa, morava sozinha e era independente, tendo seu cotidiano severamente afetado.

Também suportou todos os reveses pertinentes ao tratamento das sequelas.

Acidente tão grave poderia ter sido evitado com a adoção da singela precaução de fechar a porta do veículo e de evitar aceleração abrupta.

Considerando-se os dissabores demonstrados e levando-se em conta a lesão sofrida, além da relevância que o caráter punitivo da indenização tem para o caso, o montante de R$100.000,00 é condizente com a hipótese.

Acesso ao Sumário

Vale mencionar precedentes desta Corte:

"***Amputação de perna (fls. 1280/1288), complicações cirúrgicas (atente-se aos documentos que instruem a petição inicial), que resultaram em acamamento de pessoa de idade avançada. Dor, sofrimento; intensos. A quantificação do dano moral, sem se prestar a mensurar a dor, mas como forma de compensação e influenciar o ânimo do ofensor, a fim de desestimulá-lo a reincidir na prática do ato ilícito, deve levar em conta critérios de proporcionalidade e razoabilidade, atendidas as condições do ofensor e do ofendido, o bem jurídico lesado, grau de culpa, bem como as circunstâncias que envolveram os fatos. Atento, portanto, a tais elementos, fixo a indenização, por danos morais, em R$ 150.000,00***" (Ap. 0053044-76.2009.8.26.0564, Rel. Des. Correia Lima, j. 7.3.2016).

"***Desse modo, atendendo às peculiaridades do caso concreto, entendo que o MM Juiz singular agiu com proporcionalidade, razoabilidade e moderação ao fixar o ressarcimento de danos morais em 150 salários mínimos vigentes na data do fato e indenização dos danos estéticos no montante de 100 salários mínimos. Sendo assim, não comporta majoração ou diminuição como pretendem os apelantes.***" (Caso de amputação da perna em vítima jovem, Ap. 1006706-22.2014.8.26.0606, Rel. Des. Alberto Gosson, j.14.4.2016).

O apelo foi processado sob a égide do Estatuto Processual revogado, não sendo o caso de fixação de honorários advocatícios recursais.

Destarte, correta e bem lançada se mostra a r. sentença, que fica mantida por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002298-71.2015.8.26.0120, da Comarca de Cândido Mota, em que é apelante TRANSOROCABANA TRANSPORTES E FUNDAÇÕES LTDA., é apelado ITAÚ UNIBANCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23709)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA (Presidente) e NELSON JORGE JÚNIOR.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 5 de dezembro de 2016.
FRANCISCO GIAQUINTO, Relator

Ementa: Ação revisional de contrato de abertura de conta corrente - Alegação de cobrança de juros remuneratórios abusivos e capitalizados - Julgamento de improcedência *in limine* (art. 285-A do CPC/73), sem que os contratos atrelados à conta corrente fossem exibidos - Inadmissibilidade - Deslinde da lide perpassa pela análise dos contratos - Necessidade de analise de matéria de natureza fática e controvertida, oportunizando-se produção de provas pelas partes - Sentença anulada - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de ação revisional de contrato bancário proposta por **TRANSOROCABANA TRANSPORTES E FUNDAÇÕES LTDA.** em face de **ITAÚ UNIBANCO S/A**, julgada improcedente pela sentença de fls. 101/107, com base no art. 285-A c.c. art. 269, I, ambos do CPC/73.

Apela a autora (fls. 120/128), procurando reverter a r. sentença, alegando, em resumo, não era caso de julgamento nos moldes do art. 285-A, do CPC/73, porque matéria versada na lide não apenas de direito, mas de fato. A sentença paradigma mencionada na sentença não retrata hipótese idêntica a dos autos. No mérito, sustenta a cobrança de juros abusivos, acima das taxas médias de mercado e de forma capitalizada, a despeito de inexistir expressa previsão contratual para tanto. Defende caso de restituição em dobro dos valores cobrados a maior pela casa bancária. Pugna pelo provimento do recurso.

Recurso processado e respondido (fls. 139/145).

É o relatório.

VOTO.

Trata-se de ação revisional do contrato de abertura da conta corrente nº 29996, mantida na agência nº 0143 do Banco réu, insurgindo-se a autora apelante com a abusividade das taxas de juros praticadas pela instituição financeira, cobradas acima das taxas médias de mercado e de forma capitalizada.

A r. sentença recorrida julgou improcedente a ação, com base no art. 285-A do CPC/73, entendendo o d. Juiz de Direito que a matéria discutida nos autos era unicamente de direito, concluindo-se, ao final, pela liminar improcedência da ação.

A sentença foi proferida em 21/7/2015, portanto, sob a égide do CPC/73.

Acesso ao Sumário

Preservado o convencimento da d. Juíza de Direito, a hipótese não comportava o julgamento liminar do processo, com base no art. 285-A, do CPC/73 (com parcial correspondência no art. 332, III e IV, do NCPC).

A matéria litigiosa não é unicamente de direito, perpassando o correto deslinde da causa, necessariamente, pela análise do instrumento contratual questionado que, frise-se, no momento em que proferida a decisão, não constava dos autos.

O contrato de abertura de conta corrente, contratos atrelados à referida conta e respectivos extratos bancários foram exibidos apenas nas contrarrazões (especificamente a fls. 217/330), após citado o Banco réu nos termos do art. 285-A, §2º, CPC/73.

Como referido, pretende a autora apelante a revisão do contrato de abertura de conta corrente (nº 29996, agência nº 0143), apontando a existência de cláusulas abusivas e questionando a legalidade dos juros remuneratórios da forma como cobrada pelo Banco réu apelado.

O julgamento da lide exige análise cuidadosa do contrato, para análise da presença dos requisitos legais que autorizariam a capitalização dos juros, assim como a licitude ou não da taxa de juros remuneratórios praticada pela instituição financeira, por meio de regular instrução, oportunizando-se às partes produção de provas que entenderem pertinentes, pena de violar princípio básico constitucional do contraditório assegurado aos litigantes.

Sobre o tema, precedentes deste TJSP:

AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO. SENTENÇA "IN LIMINE". ARTIGO 285-A DO CPC/1973. JULGAMENTO SUMARÍSSIMO. DESOBEDIÊNCIA AO COMANDO DO REFERIDO DISPOSITIVO PROCESSUAL. INVALIDADE. MENÇÃO A APENAS UMA OUTRA SENTENÇA E NÃO IDENTIFICAÇÃO DOS OUTROS CASOS IDÊNTICOS. ADEMAIS, RELAÇÃO JURÍDICA COM PECULIARIDADE PRÓPRIA E DISTINTA, COM NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL. ANULAÇÃO DA SENTENÇA, COM DETERMINAÇÃO DE DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO DD JUÍZO "A QUO". APELAÇÃO PROVIDA. (Apel. 1005987-06.2014.8.26.0003, 21ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, rel. Alberto Gosson, j. 29/09/2016)

Processual. Contrato bancário. Revisional. Julgamento antecipadíssimo de improcedência nos termos do art. 285-A do CPC. Inadmissibilidade no caso concreto. Ausência de reprodução das sentenças apontadas como paradigmas. Precedente do STJ. Existência, outrossim, de matéria dependente de análise fática, desbordando do plano jurídico abstrato, a obstar a utilização da

Acesso ao Sumário

figura excepcionante. Recurso conhecido, com anulação ex officio da sentença. (Apel. 0000104-38.2013.8.26.0486, 22ª Câmara de Direito Privado, Rel. Fabio Tabosa, j. 22/08/2013)

PETIÇÃO INICIAL. IMPROCEDÊNCIA. TESES REITERADAS. 1- A aplicação do art. 285-A do CPC, que esta limitada a questão de direito. 2- A abusividade de juros e a alegada "lesão enorme" envolve matéria de fato que impede a improcedência liminar do pedido. 3- A legalidade da capitalização de juros em princípio, para verificação da aplicabilidade do art. 285-A do CPC, importa na análise do caso concreto. 4- Anulação da sentença, com determinação de prosseguimento regular do processo (embargos à execução). 5- Apelação dos embargantes provida (Apel. 0000761-38.2009.8.26.0318, Des. Alexandre Lazzarini, 18ª Câmara de Direito Privado, j. 13/04/2010).

Destarte, caso de anular-se a sentença, determinando o retorno do processo à origem para regular processamento, como direito, inclusive eventual produção de provas, a critério do Juiz.

Por tais fundamentos, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002597-14.2014.8.26.0660, da Comarca de Viradouro, em que é apelante MARIA MARTINS DE JESUS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO BRADESCO CARTÕES S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37216)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA (Presidente sem voto), FRANCISCO GIAQUINTO e NELSON JORGE JÚNIOR.

São Paulo, 7 de dezembro de 2016.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: DECLARATÓRIA - Inexistência de débito - Contrato não reconhecido - Negativação questionada - Improcedência - Inconformismo - Ônus da prova do banco-apelado, nos termos do artigo 6º, inciso

VIII, do Código de Defesa do Consumidor - Relação comercial comprovada - Juntada de proposta de emissão de cartão de crédito com a devida assinatura da autora - Dados pessoais da autora que coincidem com o descrito no instrumento de procuração - Relação comercial comprovada - Débito demonstrado pelas faturas de cartão de crédito que é administrado pelo requerido - Ausência de quitação que justifica a cobrança e a negativação da contratante - Litigância de má-fé mantida - Sentença mantida - Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de ação declaratória de inexistência de débito c.c. danos morais, julgada improcedente pela r. sentença de fls. 146/148, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 5.000,00, observada a gratuidade. Condenou ainda, ao pagamento de 1% do valor da causa e indenização ao requerido no valor equivalente a 20% do valor atualizado da causa, com penalização pela litigância de má-fé.

Não se conformando com os termos da r. sentença, a autora apresentou recurso de apelação de fls. 158/170, arguindo preliminar de inaplicabilidade da litigância de má-fé, tendo em vista que o art.5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, garante o acesso à justiça em caso de lesão ou ameaça a direito. Sustenta que não teve a intenção de enganar o judiciário, posto que o réu não fez prova da contratação do cartão, apresentando apenas, documentos unilaterais. Aduz que não há dolo em seus atos que pudessem ensejar a sua condenação e que só procurou o Judiciário, pois foi a providência que entendeu justa e razoável para demonstrar em seu direito. Afirma que não há qualquer das hipóteses previstas no art. 17 do Código de Processo Civil. No mérito, alega que a proposta apresentada não é contrato e não possui qualquer relação com a causa de pedir, pois não há menção do número do contrato constante no apontamento. Contesta a autenticidade do documento apresentado, por ser simples cópia e a assinatura. Sustenta que não há prova da entrega do cartão e das compras efetuadas, sendo que o valor descrito na fatura em aberto, não corresponde ao constante no apontamento. Por fim, afirma ser inaplicável a Súmula 385 do STJ, fazendo jus à indenização por danos morais, que deve ser fixada entre 30 e 50 salários mínimos. Pleiteia a inversão do ônus de sucumbência. Requer provimento ao recurso.

Recurso tempestivo, não preparado ante a gratuidade concedida e respondido.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

A autora propôs a presente ação em face da instituição financeira, alegando que tomou ciência da existência de apontamento em seu nome junto aos órgãos de proteção ao crédito, referente ao contrato nº 4220535113298013, no valor de R$ 258,76, datado de 16.09.2011 e disponibilizado em 06.11.2011, que não reconhece (fls.14/15).

Sustenta que já foi cliente do requerido, mas não possui qualquer débito em aberto que pudesse justificar a cobrança e a negativação efetivada.

Devidamente citado, o requerido apresentou sua defesa às fls. 27/37, acompanhada dos documentos de fls. 40/103, alegando que há débito em aberto e que agiu no exercício regular do direito ao negativar o nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito. Afirma que não há qualquer ato ilícito a ensejar a indenização pleiteada. Pugna pela improcedência da ação.

É incontroverso a existência de apontamento em nome da autora, decorrente da transação questionada, cabendo apenas a análise se tal negativação se deu de forma lícita ou ilícita a ensejar a declaração de inexistência.

Vale assinalar que o ônus da prova compete, exclusivamente, ao banco-requerido, que teria firmado o contrato, conforme estabelece o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, inciso VIII, e de acordo com o artigo 14 e parágrafos, do mesmo diploma legal. A responsabilidade do fornecedor por fato do serviço é objetiva, apenas podendo ser afastada caso comprovada a inexistência do defeito na prestação do serviço ou a culpa exclusiva do consumidor.

É plenamente viável a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que as atividades desempenhadas pelas Instituições Financeiras inserem-se no conceito de serviços ao consumidor, nos termos do artigo 3º, § 2º, da Lei n.º 8078/90:

"***§ 2º - Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista***".

Nesse sentido:

"***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

Acesso ao Sumário

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." (REsp 727.843/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15.12.2005, DJ 01.02.2006 p. 553).

Assim sendo, cabia à instituição financeira comprovar a contratação de seus serviços e a inadimplência da autora a justificar a cobrança e a negativação de seu nome junto aos órgãos de proteção ao crédito.

Nestes termos, analisando os documentos apresentados, em especial, o de fls.44, observa-se que houve o preenchimento de proposta de emissão de cartão de crédito Bradesco, vinculado à Loja Casas Bahia, onde consta o endereço da autora, seus dados pessoais e sua assinatura, que confere à constante na procuração de fls.10 e confirma a existência de relação comercial entre as partes.

O débito foi demonstrado pelas faturas de cartão de crédito anexadas às fls.45/103, onde constam as despesas mensais efetuadas pela autora, sendo que a fatura inadimplida e que ensejou o apontamento (fls.14), data de 13.09.2011, no valor de R$ 212,38 (fls.68), o que afasta qualquer alegação de inexistência de débito.

Cabia a autora após a apresentação dos documentos pelo requerido, questionar os débitos apresentados e comprovar a quitação dos mesmos, o que tornaria a cobrança ilegítima, no entanto, optou por questionar a validade dos documentos e a assinatura aposta, mesmo após confirmar que mantinha relação comercial com o requerido.

Portanto, restando devidamente comprovado o débito que ensejou a cobrança enviada à autora, não há que se falar em inexigibilidade do débito.

Por fim, em relação à condenação por litigância de má-fé, não considero suas alegações como exercício regular do direito, pois afirmou em sua petição inicial que não possuía qualquer vínculo com o requerido que pudesse ensejar a cobrança e a negativação de seu nome junto aos órgãos de proteção ao crédito, no entanto, conforme robusta prova anexada pelo réu, a autora não só é titular de cartão de crédito, como também, assinou proposta de adesão, configurando a nítida intenção de alterar a verdade dos fatos, ensejando a aplicação da multa e indenização prevista no art.81 do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002236-67.2016.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante/apelado TELEMAR TELECOMUNICAÇÕES DE PERNAMBUCO, é apelada/apelante VANESSA PAVANIN DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

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 da ré e deram provimento parcial ao recurso adesivo da autora. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32889)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA (Presidente), HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO e HELIO FARIA.

São Paulo, 17 de janeiro de 2017.

ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Ilícito - Prestação de serviços de telecomunicações - Inexistência de prova da existência de relação jurídica entre as partes - Indevida inscrição do nome de consumidora nos órgãos de proteção ao crédito - Dano moral "in re ipsa" configurado - Dever de indenizar por danos morais - Fixação do "quantum" indenizatório em R$ 10.000,00 - Valor que não se mostra excessivo, nem irrisório, atendendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para o caso concreto - Verba honorária majorada para 20% sobre o valor da condenação, em atendimento aos critérios adotados pela lei - Apelação da ré não provida, provida em parte a apelação da autora.

Acesso ao Sumário

VOTO

1) Cuida-se de ação de indenização por danos morais c/c obrigação de fazer julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 103/108, cujo relatório se adota.

Apela a ré (fls. 113/130). Alega que a apelada "contratou os serviços de telefonia fixa pelo plano OI Fixo pelo número (81) 323..... em 21/03/2014, sendo a referida prestação de serviços cancelada por inadimplência na data de

16/12/2014, conforme telas sistêmicas anexas a demanda", sendo legítima a cobrança, não havendo que se falar em inexigibilidade do débito e muito menos em danos morais.

A autora, por sua vez, recorre adesivamente (fls. 146/153). Pretende obter a majoração do valor fixado a título de danos morais para R$ 15.000,00, bem como dos honorários advocatícios para 20% sobre o valor da condenação.

Contrarrazões às folhas 135/145 (da autora) e 156/169 (da ré).

Recursos regularmente processados, preparado somente o da ré (a autora é beneficiária da justiça gratuita).

Recebo os recursos somente no efeito devolutivo, em observância a hipótese prevista no art. 1.012, §1º, inciso V, do NCPC.

As partes foram intimadas para eventual oposição ao julgamento virtual (folhas 171/172), mas deixaram de se manifestar, conforme certidão de folhas 173.

É o relatório.

2) Ao que se infere dos autos, a presente ação foi proposta, sob a alegação de que a autora foi surpreendida com a informação de que seu nome estava inserido nos cadastros de proteção ao crédito em razão de débitos decorrentes de contrato relativo a serviços de telecomunicações, o qual jamais foi firmado com a ré. Diante destes fatos, requereu que fosse declarada a inexigibilidade dos débitos e também a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais na importância de R$ 15.000,00.

A r. sentença julgou parcialmente procedente a ação para declarar a inexigibilidade dos débitos descritos na exordial, condenando a ré a indenizar a autora por danos morais na quantia de R$ 10.000,00. Condenou a requerida ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% do valor da condenação.

Daí os presentes recursos de apelação.

O feito se desenvolve sob o pálio das relações de consumo, nos termos da Súmula 297 do STJ.

A ré não trouxe aos autos nenhum documento hábil que demonstre a regularidade da contratação pela autora.

Na verdade, a requerida admite que "pode ter sido induzida a erro pela ação de terceiros que se utilizaram indevidamente dos documentos do Requerente".

Observa-se, inclusive, que as faturas foram remetidas para a Rua (...), 171 - Torre - Recife/PE (fls. 63/69), enquanto o documento de fls. 10 comprova que o endereço da autora fica na Rua (...), 385 - Vl. Boa Esperança São José do Rio Preto/SP.

Assim, sem a prova da existência de relação jurídica entre as partes, é

Acesso ao Sumário

inegável não ter a requerente qualquer responsabilidade pelos débitos que ensejaram a restrição do seu nome nos órgãos de proteção ao crédito.

O ônus da prova era da ré, a teor do art. 373, II, do NCPC, obrigação da qual não se desincumbiu.

Cabe observar que a questão envolvendo fraude praticada por terceiros em detrimento de consumidores já foi objeto de recurso repetitivo, como se verifica a seguir:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. DANOS CAUSADOS POR FRAUDES E DELITOS PRATICADOS POR TERCEIROS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FORTUITO INTERNO. RISCO DO EMPREENDIMENTO. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros - como, por exemplo, abertura de conta-corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno. 2. Recurso especial provido." (REsp. 1.199.782- PR, 2ª Seção, rel. Min. Luiz Felipe Salomão, DJe 12/09/2011, STJ).

Assim, a responsabilidade da requerida é objetiva, incidindo na espécie o disposto no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor ("*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*").

Embora o art. 14, § 3º, inciso II, da Lei nº 8.078/90 disponha que o fornecedor de serviços não será responsabilizado quando provar culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, a ré não se desincumbiu desse ônus, de modo que inaplicável essa excludente de responsabilidade.

Bem por isso, acertada a sentença ao declarar a inexigibilidade dos débitos negativados.

No tocante aos danos morais, também não se pode deixar de responsabilizar a requerida pelos fatos alegados na exordial.

Diante da situação experimentada, a autora sofreu percalços e dissabores, com abalo no seu crédito e no seu bom nome, configurando efetivo dano moral "in re ipsa".

A propósito:

"Considera-se comprovado o dano moral decorrente de inscrição indevida no SPC se demonstrada, nos autos, a existência desta" (AGREsp 299655, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 25/06/2001, STJ).

Acesso ao Sumário

Aliás, assim decidiu esta Corte:

"APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ARRENDAMENTO MERCANTIL. FINANCIAMENTO CELEBRADO MEDIANTE FRAUDE. AUSÊNCIA DE PROVA DE CONTRATAÇÃO. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELOS DANOS CAUSADOS. DANO MATERIAL COMPROVADO. NOME NEGATIVADO INDEVIDAMENTE. IN RE IPSA, PRESCINDE DE PROVA DANO MORAL DEVIDO. MONTANTE FIXADO JUSTO. NÃO CABE MAJORAÇÃO OU DIMINUIÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PERCENTUAL FIXADO DENTRO DO LIMITE LEGAL E SUFICIENTE PARA REMUNERAR O TRABALHO DO PATRONO. SUBSTITUIÇÃO DO NOME DO AUTOR PELO NOME Da ré perante detran e fazenda pública. possibilidade. prequestionamento. RECURSO do autor parcialmente provido. recurso da ré improvido" (apelação nº 1014464-17.2014.8.26.0068, Rel. Des. Alfredo Attié, j. 18/09/2015).

O valor fixado pelo magistrado sentenciante, a título de danos morais, não se mostra excessivo, nem irrisório.

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 que vem prevalecendo no C. STJ:

"O critério que vem sendo utilizado por esta Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade de vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito..." (Resp. n. 913.131-BA. Rel. Min. Carlos Fernando Mathias. j. 16/9/2008).

"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" (REsp nº 1.347.233 - RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21/02/2013).

Tendo em vista a condição da autora, a gravidade do evento, o grau de culpa, considerando ainda os critérios de prudência e razoabilidade, o "quantum" indenizatório fixado no "decisum" (R$ 10.000,00) deve prevalecer. Tal quantia está em consonância com a jurisprudência, sendo suficiente para desestimular a

Acesso ao Sumário

ofensora a repetir o ato.

Pequeno reparo deve ser feito na sentença no tocante à verba honorária.

Cabia ao magistrado fixar os honorários advocatícios tomando por critério o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço e a natureza e importância da causa, o trabalho realizado e tempo exigido para tanto, de acordo com as alíneas "a", "b" e "c" do art. 85, § 2º, do NCPC.

Considerando os critérios acima elencados e, inclusive o trabalho adicional realizado em grau recursal (art. 85, §11, do NCPC), arbitram-se os honorários advocatícios totais em 20% sobre o valor da condenação, com atualização a partir da intimação do acórdão pelos índices oficiais constantes da tabela prática do TJSP, observando o disposto no § 16 do mesmo artigo.

Mediante tais considerações, reforma-se em parte a r. sentença, da lavra do eminente magistrado Paulo Marcos Vieira, para majorar os honorários advocatícios nos moldes anteriores

Anota-se que não houve violação a dispositivo constitucional ou infraconstitucional.

3) Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso da ré e dá-se provimento parcial ao recurso adesivo da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008381-83.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO BRADESCO S/A, são apelados ODETE COMAR PINHOTTI e MADALENA COMAR FIGUEIREDO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23158)**

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

São Paulo, 17 de janeiro de 2017.

HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Reapreciação da matéria julgada - RITJSP artigos 108, IV, e 109, "caput" - Adoção de teses fixadas no julgamento de Recurso Especial pelo STJ,

na forma do art. 543-C do CPC/73, atual artigo 1.030, II, do CPC - Execução em cumprimento de sentença - Ação Civil Pública - Caderneta de Poupança - Expurgos Inflacionários.

Sobrestamento da ação - Controvérsia submetida ao regime de Recursos Repetitivos - Artigo 1.037, II, do CPC (art. 543-C, do CPC/73) - Efeitos limitados da decisão judicial, sujeita à edição de ato normativo - Suspensão da ação e do recurso no âmbito local incabível - Questão afeta aos Tribunais Superiores - RITJSP - artigo 257 - Inexistência de Ato Normativo editado pelo TJSP - Pretensão não acolhida.

Legitimidade ativa do poupador - Comprovação de que faz parte dos quadros associativos do IDEC - Desnecessidade.

Legitimidade passiva do executado - Incorporação por outra instituição financeira - Sucessão pelo incorporador - Possibilidade.

Foro do domicílio do credor e Incompetência do Juízo - Ausente regra impositiva de que as execuções individuais sejam propostas no Juízo ao qual distribuída a ação coletiva (STJ, AgR no REsp nº 755.429-PR nº 2005/0089854-4) - O credor de direitos individuais homogêneos, beneficiário do título executivo havido na ação civil pública, pode promover o cumprimento do julgado no foro da comarca do seu domicílio - Desnecessidade de que a habilitação seja proposta no Juízo perante o qual foi distribuída a ação coletiva. Preliminares afastadas.

Prescrição - Não reconhecimento - O prazo prescricional para execução individual em Ação Civil Pública é de 5 anos, contados do trânsito em julgado da r. sentença - STJ - REsp nº 1.273.643/PR.

Juros Remuneratórios - Não cabimento - STJ - Artigo 543-C - REsp n. 1.392.245 - Descabe a inclusão de juros remuneratórios nos cálculos de liquidação se inexistir condenação expressa, sem prejuízo de, quando cabível, o interessado ajuizar ação individual de conhecimento.

Planilha de débito - Verba honorária - Inclusão de

Acesso ao Sumário

valor devido a esse título na planilha atualizada de débito - Irregularidade - Credor e advogado que não integraram a ACP - Natureza da verba e ausência de justa causa que explicita exigência de duplo valor sob o mesmo fundamento CPC artigos 523, § 1º, 827 e 85 § 1º - Verba indevida.

Expurgos Inflacionários posteriores - Incidência reconhecida - STJ artigo 543-C do CPC/73, REsp n. 1.392.245 - Incidem os expurgos inflacionários posteriores a título de correção monetária plena do débito judicial, que terá por base de cálculo o saldo existente ao tempo do referido plano econômico, e não os valores de eventuais depósitos da época de cada plano subsequente.

Juros de mora - Incidência sobre o valor objeto da condenação, independente de pedido expresso e de determinação pela sentença - Artigos 293, do Código de Processo Civil/73 e 407, do Código Civil - Termo inicial - Citação na fase de conhecimento da ação - Entendimento consolidado pelo STJ, REsp 1.370.899 - Incidência no percentual de 6% (seis por cento) ao ano (art. 1.062 do CC/16), desde a data da citação na ação civil pública até a data da entrada em vigor do novo Código Civil e, daí em diante, no percentual de 12% (doze por cento) ao ano (art. 406 do CC/02, c/c art. 161, § 1º do CTN).

Verba honorária - Cumprimento de sentença - Ação Civil Pública - Ajustamento da decisão que fixa essa verba quando da rejeição de impugnação para sua adequação a decisão vinculante do STJ (REsp n. 1.134.186/RS - artigo 543-C do CPC/73), em face da inobservância pelo Juízo de Primeiro Grau, da regra que fixa os honorários tão logo seja despachada a inicial - Artigo 652-A, do CPC, atual art. 827, do CPC - Possibilidade - Interpretação da natureza da remuneração e observância da incidência, uma única vez, dos honorários em benefício do credor, na fase de cumprimento de sentença, pela regra de causalidade - CPC/73, art. 20 - Mantidos os honorários de advogado fixados, por se referirem àqueles do artigo 652-A, do CPC/73, atual art. 827, CPC, até porque adequado o

Acesso ao Sumário

valor, observados os parâmetros legais, em especial, o grau de zelo do profissional, lugar de prestação do serviço, trabalho realizado pelo advogado e tempo exigido para o seu serviço (art. 20, § 4°, do CPC/73).

Verba honorária - Cumprimento de sentença - Ação Civil Pública - Fixação dessa verba pelo Tribunal pela regra de sucumbência - Impossibilidade - Força vinculante da decisão superior que decidiu não serem cabíveis honorários advocatícios pela rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença - STJ (REsp n. 1.134.186/RS - artigo 543-C do CPC/73) e por não poder se sobrepor a disciplina do artigo 652-A, do CPC/73, atual art. 827, atual CPC - Ausência de sentença que é pressuposto da sucumbência e não cabimento de honorários sucumbenciais quando se decide questão incidental - CPC/73 art. 20, 1º - Descabida condenação na sucumbência em decisão interlocutória.

Atualização monetária - Tabela Prática de Atualização dos Débitos Judiciais do Tribunal de Justiça de São Paulo - Aplicação - Possibilidade.

Apuração do 'quantun debeatur' - Re-ratificação da conta - Remessa dos autos a Contadoria - Artigo 524, § 2º do CPC - Regra de legalidade - Matéria de ordem pública - Condições da ação e pressupostos processuais incluída a liquidez do título, ou seja, relativa à exigência de valor exorbitante (vide § 3º do artigo 267 do CPC/73, atual artigo 485 § 3º).

Sucumbência recíproca- Reconhecimento.

Recurso provido em parte, com observação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Diz respeito a questão à reapreciação da matéria julgada por esta C. Câmara e E. Turma, observada a disciplina do RITJSP disposta nos artigos 108, IV e 109, "caput", tendo em vista a adoção de teses fixadas no julgamento de Recurso Especial pelo STJ, na forma do art. 543-C do CPC/73, atual artigo 1.030, II, do CPC.

Assim, renova-se o julgamento, reapreciando da matéria julgada, observada a natureza vinculante dos temas decididos pelo Tribunal Superior.

Do sobrestamento da execução - cumprimento de sentença.

A r. decisão proferida pelo STJ, nos autos dos REsp n. 1.361.799/SP e n. 1.438.263/SP submeteu a controvérsia ao regime de recursos repetitivos (CPC artigo 543-C), por reconhecer a repercussão geral, indicando nesse sentido o sobrestamento dos feitos nos quais a questão debatida tenha surgido e ainda não tenha recebido solução definitiva.

De outra parte, a r. determinação do Ministro Relator do STJ (REsp nº 1.578.526) de suspensão, em todo o território nacional, dos processos pendentes que versem sobre a questão ora afetada (cf. art. 1.037, inciso II, do CPC/2015) - "*Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual: I - identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento; II - determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional*", ressalvadas as hipóteses de autocomposição, tutela provisória, resolução parcial do mérito e coisa julgada, de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto, a critério do juízo.

No âmbito local, TJSP, o conhecimento dessa decisão se fez por notícia direcionada pelo Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos a ela vinculado (NURER/PRIVADO) ao Gabinete por autorização da Presidência da Seção de Direito Privado.

Relativamente à questão, o RITJSP, Seção IV - Dos Recursos Afetados por Comunicação dos Tribunais - Superiores - assim dispõe: "*Art. 257. Recebido o ofício dos Tribunais Superiores comunicando a admissão da existência de Repercussão Geral ou de Recurso Repetitivo, o Presidente do Tribunal ou da Seção, conforme o caso, determinará a suspensão dos recursos extraordinário e especial correspondentes, certificando-se nos autos, que serão encaminhados ao setor próprio, até o pronunciamento definitivo. § 1º As matérias dos recursos paradigmas constarão de lista específica, devidamente identificadas por tese numerada, ementa e números dos processos. § 2º Do despacho de suspensão constarão: I - o número do processo paradigma, sua ementa, a numeração da tese controvertida e a corte superior; II - a adequação da controvérsia ao recurso paradigma, a ementa e numeração. § 3º Os feitos suspensos deverão ser inseridos em sistema de informática, que conterá: I - despacho de suspensão; II - número do processo; III - ementa; IV - numeração da tese; V - corte superior. § 4º A Secretaria do Órgão Especial ou a Coordenadoria dos Recursos Especiais e Extraordinários das Presidências de cada Seção, conforme o caso, é responsável pelo acompanhamento semanal dos recursos paradigmas. Art. 258. Julgado o recurso paradigma e juntada cópia do acórdão nos autos, o Presidente do Tribunal ou da Seção competente, após o juízo de admissibilidade dos recursos extraordinário ou especial, cumprirá o disposto nos arts. 1.040*

Acesso ao Sumário

*e 1.041 do CPC. * Artigo 258 com redação dada pelo Assento Regimental nº 552/2016*".

Isso quer dizer que, no âmbito deste Tribunal, cabe ao Presidente do Tribunal ou da Seção, conforme o caso, determinar a suspensão dos recursos extraordinário e especial correspondentes, certificando-se nos autos, que serão encaminhados ao setor próprio, até o pronunciamento definitivo (artigo 257).

Então, interpretando a extensão da regra relativa a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional, nos termos do RITJSP, isso significa tão só a suspensão recursos extraordinário e especial correspondentes, não previsto no RITJSP a necessidade de sobrestamento no âmbito das instâncias locais do julgamento de recursos que tratem de matéria afeta como representativa de controvérsia, até porque não editado Ato Normativo pelo TJSP.

Da legitimidade do credor.

Quanto à legitimidade do credor, com fundamento em recente julgamento do C. STF em sede de regime de repercussão geral, no julgamento do RE 573.232-SC, refere-se à matéria diversa da tratada nestes autos.

Sobre o tema, preleciona o professor Hugo Nigro Mazzilli: "*O art. 103, III, do CDC, dispõe que, em matéria de interesses individuais homogêneos, a procedência será erga omnes, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores. Como as associações civis públicas estão em pé de igualdade com os demais legitimados ativos para a defesa de interesses transindividuais, nada impede que o pedido que façam beneficie também pessoas que delas não são associadas. O que importa é que tenham pré- constituição temporal mínima e finalidade institucional compatível com a defesa do interesse pretendido. Nessa linha, corretamente o STJ já reconheceu que as associações de moradores de bairros podem ajuizar ações de natureza coletiva em grupos maiores que apenas seus próprios associados; já tem ainda admitido a legitimidade de associações civis para pleitear em juízo em favor de todos quantos se encontrem na situação alcançada para seus fins, ainda que dela não sejam associados*" (Mazilli, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 23ª Ed. ver., ampl. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2010; pág. 327).

Nesse sentido o precedente deste TJS: Apelação 1044702-54.2013.8.26.0100 - Relator(a): Afonso Bráz - Comarca: São Paulo - Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 31/03/2014 - Ementa: "*Cumprimento de Sentença. Ação Civil Pública promovida pelo Idec. Expurgos Inflacionários. ... Legitimidade ativa reconhecida. Filiação ao Idec. Desnecessidade de comprovação do vínculo associativo com a entidade, que*

Acesso ao Sumário

propôs a ação civil pública, pelo agravado, para se beneficiar dos efeitos da sentença. .... Recurso parcialmente provido".

Da legitimidade passiva do executado.

O atual devedor, Banco Bradesco S/A, é sucessor processual do devedor obrigado ao cumprimento de sentença em Execução derivada de sentença judicial proferida em Ação Civil Pública que diz respeito a caderneta de poupança, tendo por objeto expurgos inflacionários.

A respeito da matéria, esta E. Corte já decidiu: "*Contrato Bancário. Caderneta de Poupança. Correção Monetária. Plano Bresser. Alegação de Ilegitimidade Passiva em Virtude da Sucessão Bancária. Desacolhimento. Recurso Improvido. Tratando-se de discussão relacionada ao efetivo e integral cumprimento do contrato bancário de caderneta de poupança, versando sobre valores que permaneceram em poder do respectivo banco depositário, irrecusável se mostra a sua legitimidade passiva, justamente por integrar a respectiva relação jurídica com os poupadores, decorrente da assunção da atividade operacional bancária realizada entre as instituições financeiras*" (Apel. n° 992.09.090798-0, Rel. Des. Antônio Rigolin, DJ 06.07.2010).

Em outro precedente, ficou assentado: "*Embargos à execução - Ação de execução julgada extinta, diante da ilegitimidade ativa do banco incorporado - Impossibilidade - Com a incorporação realizada não se verifica a ilegitimidade da parte, mas sim a sucessão pelo incorporador que passa a assumir pelos direitos e obrigações da sociedade incorporada, nos termos do art. 227 da Lei das Sociedades Anônimas - Aplicação, por analogia, dos artigos 43, 265, I e 791, II do CPC, com a concessão de prazo razoável, nos termos do art. 13 do CPC, para que a parte promova a regularização processual, com a substituição do polo ativo pelo banco incorporador - Recurso provido para anular a sentença e determinar o prosseguimento do feito nos termos acima explicitados*". (Apel. nº 0051131-65.2010.8.26.0001, 11ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Renato Rangel Desinano, julgado em 23.05.2014)

Do foro do domicílio do credor e da Incompetência do Juízo.

Nos termos da jurisprudência do STJ: "*Ação Civil Pública. Apadeco. Eficácia Territorial Da Sentença. Execuções Individuais Do Título. Juízo Competente. I - A orientação fixada pela jurisprudência sobranceira desta Corte é no sentido de que a decisão proferida no julgamento de Ação Civil Pública faz coisa julgada nos limites da competência territorial do órgão que a prolatou. II - Dessa forma, se o órgão prolator da decisão é o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, cumpre concluir que o acórdão tem eficácia em toda a extensão territorial daquela unidade da federação. Por outro lado, a eficácia subjetiva do aresto, estendeu-se a todos os poupadores do Estado que mantinham contas de poupança junto ao réu. III - Considerando o princípio da*

Acesso ao Sumário

instrumentalidade das formas e do amplo acesso à Justiça, desponta como um consectário natural dessa eficácia territorial a possibilidade de os agravados, consumidores titulares de direitos individuais homogêneos, beneficiários do título executivo havido na Ação Civil Pública, promoverem a liquidação e a execução individual desse título no foro da comarca de seu domicílio. Não há necessidade, pois, que as execuções individuais sejam propostas no Juízo ao qual distribuída a ação coletiva. IV - Agravo Regimental improvido" (AgRg no Recurso especial nº 755.429 - PR (2005/0089854-4), 3ª Turma, j. 17.12.2009, Relator: Ministro Sidnei Beneti).

Ademais, por se tratar da habilitação individual, o foro competente pode ser tanto o domicílio do recorrido quanto à localidade onde foi processada a ação condenatória, de modo que constitui faculdade da parte a escolha do local onde promoverá tal fase processual, conforme esta Colenda Décima Oitava Câmara já decidiu: "*Interesses transindividuais - Exceção de incompetência - O consumidor, titular dos direitos individuais homogêneos, beneficiário do título executivo havido na ação civil pública, pode promover o cumprimento do julgado no foro da comarca do seu domicílio - Desnecessidade de que a habilitação seja proposta no Juízo perante o qual foi distribuída a ação coletiva - A eficácia do r. decisum é erga omnes - Descabimento da suspensão da fase do cumprimento da r. sentença - Pré-questionamento - É desnecessária a menção explícita de todos os dispositivos legais citados pela recorrente - Litigância de má-fé caracterizada - Interposição de recurso com intuito manifestamente protelatório - Aplicação do inciso VII, do artigo 17 do Código de Processo Civil - Recurso improvido, com observação.*" (Agravo de Instrumento nº 0234887-12.2012.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Alberto Lopes, 18ª Câmara de Direito Privado do TJSP, j. 28/11/2012).

Da prescrição.

O prazo prescricional em relação às ações de cobrança de expurgos inflacionários não creditados e de juros remuneratórios é de 20 (vinte) anos, e não atinge os efeitos da coisa julgada na Ação Civil Pública, eis que a citação naquela demanda (proposta no ano de 1993) interrompeu a contagem do prazo.

Registre-se, ainda, que o prazo prescricional para execução individual em Ação Civil Pública é de 5 (cinco) anos, contados do trânsito em julgado da r. sentença. Neste sentido: REsp nº 1.273.643/PR, julgado em 27/02/2013, Relator Ministro Sidnei Benetti.

Consoante informativo nº 0484 do Superior Tribunal de Justiça: "*Quando se tratar de execução individual de sentença proferida em ação coletiva, como no caso, o beneficiário se insere em microssistema diverso e com regras pertinentes, sendo necessária a observância do prazo próprio das ações coletivas, que é quinquenal, conforme já firmado no Recurso Especial nº*

Acesso ao Sumário

1.070.896- SC, DJE 4/8/2010, aplicando-se a Súmula nº 150-STF. O beneficiário de ação coletiva teria cinco anos para o ajuizamento da execução individual, contados a partir do trânsito em julgado de sentença coletiva, e o prazo de 20 anos para o ajuizamento de ação de conhecimento individual, contados dos respectivos pagamentos a menor das correções monetárias em razão dos planos econômicos".

Dessa forma, não restou configurada a prescrição, pois a r. sentença proferida na ação coletiva transitou em julgado aos 04 de maio de 2011, de modo que o autor ajuizou a presente execução individual dentro do prazo quinquenal, qual seja, antes de maio de 2016.

Dos juros remuneratórios.

Relativamente aos juros remuneratórios, ajustado o entendimento ao decidido pelo C. STJ nos autos do REsp n. 1.392.245, por força e para os efeitos do artigo 543-C do CPC/73, se superando a controvérsia, tem-se que os juros remuneratórios não se consideram como implícitos na condenação, pelo que e como a sentença da ação civil pública foi genérica nos moldes do artigo 95, do CDC, não tendo havido expressa condenação ao pagamento de juros remuneratórios, ofende a coisa julgada a inclusão, em fase de liquidação, de qualquer valor a esse título, até porque, os juros remuneratórios não se enquadram na categoria de juros legais a que se refere o artigo 293 do CPC/73, uma vez que os juros remuneratórios não são juros legais, mas contratuais.

Referido entendimento consolidado do STJ explicita a justificar o julgado, dentre outras argumentos o seguinte, confira-se: "*...Os juros remuneratórios, a seu turno, no mais das vezes, são contratuais, cujo reconhecimento depende de pedido expresso e, para ser executado, de condenação na fase de conhecimento. De fato, desde o Código Civil de 1916, devem ser compreendidos na categoria de 'juros legais' apenas os moratórios, mercê do que dispunham os arts. 1062 e 1064 do diploma revogado, ambos sob capítulo intitulado 'Dos Juros Legais': Art. 1062 - A taxa dos juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de seis por cento ao ano. (...) Art. 1064. Ainda que se não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros de mora, que se contarão assim as dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, desde que lhe esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes. A mesma disposição acima encontra-se presente nos arts. 406 e 407 do Código Civil de 2002. A jurisprudência do STJ é tranquila no sentido de não permitir a incidência de juros remuneratórios na fase de execução, se a sentença foi omissa quanto ao ponto: Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Ação Civil Pública n. 1998.01.016798-9 de Brasília/DF. Idec Vs Banco do Brasil. Juros remuneratórios. Ausência de condenação. Execução individual de sentença. Inclusão da verba. Impossibilidade. Coisa julgada. 1. Não tendo havido condenação expressa ao pagamento de juros remuneratórios na ação*

civil pública n. 1998.01.016798- 9 (Idec vs Banco do Brasil), que tramitou na 12ª Vara Cível de Brasília/DF, descabe a inclusão dessa verba na fase de execução individual, sob pena de indevida ampliação do alcance objeto da coisa julgada (REsp 13499971/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 26/08/2014, DJe 15/09/2014). 2. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 351.431/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 18/11/2014, DJe 21/11/2014); Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Civil. Previdência Privada. Restituição de Valores. Execução de Sentença. Inclusão de juros remuneratórios na fase de liquidação. Inadmissibilidade. Ausência de previsão no título executivo judicial. Respeito à coisa julgada. 1. A jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior é no sentido de que a inclusão, em fase de liquidação, de juros remuneratórios não expressamente fixados em sentença ofende a coisa julgada. Essa hipótese, é distinta da incorporação nos cálculos da execução da correção monetária, e dos juros de mora antes omissos no título exequendo. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 43.936/RJ, rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, julgado em 10/06/2014, DJe 18/06/2014). Com efeito, em se tratando de cumprimento de sentença, o que mostra relevante é a abrangência do título, salvo naquelas referidas hipóteses em que a própria lei ou jurisprudência dispensam condenação expressa - como os juros moratórios, mercê do art. 293 do CPC e da Súmula n° 254/STF, circunstância não verificada no caso em exame. Por outro lado, como se trata de controvérsia em torno do alcance objetivo da coisa julgada, é irrelevante saber se os juros remuneratórios são consectários lógicos da condenação ao pagamento dos expurgos inflacionários, ou mesmo se são inerências do próprio contrato de depósito em poupança....".

Planilha de débito - Inclusão no débito do valor de honorários advocatícios.

É indevida a inclusão na planilha atualizada de débito do valor devido de qualquer valor relativo a honorários de advogado, por não se confundir com os de sucumbência, estes arbitrados pelo Juiz no tempo e forma devidos, sob pena de exigência de duplo valor sob o mesmo fundamento, com o acréscimo de que não integrando a ACP o credor ou seu advogado, a eles não pode se permitir creditar de montante arbitrados tão só para as partes constantes da ACP.

Veja-se, quanto a isso, o disposto no artigo 523 do CPC, "*No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver*", somente sendo possível o acréscimo relativo a verba honorária, na hipótese do § 1º , desse artigo do CPC, confira-se: "*Não ocorrendo pagamento voluntário no prazo do caput, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de*

Acesso ao Sumário

advogado de dez por cento", sendo que, para tanto, necessária determinação judicial, como disciplina a regra do artigo 827 do CPC, "*Ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários advocatícios de dez por cento, a serem pagos pelo executado*", de modo que pois que o momento processual adequado para o arbitramento dos honorários pelo Juízo, na fase de cumprimento de sentença, é o mesmo da execução de títulos extrajudiciais, ou da antiga execução de titulo judicial, vale dizer, devem ser fixados tão logo seja despachada a inicial - caso o magistrado possua elementos para o arbitramento - sem prejuízo, contudo, de eventual revisão ao final, tendo em vista a complexidade superveniente da causa, a qualidade e o zelo do trabalho desenvolvido pelo causídico, dentre outros aspectos.

Tanto assim que o artigo 85, § 1º do CPC, também não afirma advir os honorários de advogado devidos em cumprimento de sentença de sucumbência, mas sim da regra do artigo 827 do CPC atual, como acima referido, confira-se, "*Art. 85, § 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente*".

Da inclusão dos expurgos inflacionários posteriores.

De outra parte e relativamente aos expurgos inflacionários posteriores, ajustado o entendimento ao decidido pelo C. STJ nos autos do REsp n. 1.392.245, por força e para os efeitos do artigo 543-C do CPC/73, se superando a controvérsia, tem-se que de rigor a incidência dos expurgos Inflacionários posteriores a título de correção monetária plena do débito judicial, que terá por base de cálculo o saldo existente ao tempo do referido plano econômico, e não os valores de eventuais depósitos da época de cada plano subsequente.

E isso, conforme entendimento do STJ, para o fim de manutenção da coisa julgada, pois que se isso implica proceder à correção monetária plena do débito reconhecido, os expurgos inflacionários do período de inadimplemento devem compor o cálculo, estejam ou não contemplados na sentença exequenda, até porque isso não significa julgamento *extra petita* nem viola a coisa julgada, pois não tendo sido fixados, na sentença, os índices de atualização monetária, inexiste coisa julgada, de modo que é cabível sua aplicação, em sede de liquidação de sentença, para garantir a manutenção dos valores efetivamente devidos.

Nesse sentido referido entendimento que traz dentre outros o seguinte precedente: "*Processo Civil - Recurso Especial - Liquidação de sentença - Coisa julgada - Não ocorrência - Correção monetária - Inclusão de expurgos inflacionários - Possibilidade - Índices aplicáveis - Precedentes - Honorários de Advogado - Sumula 7 do STJ. 1. Consolidou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não constitui ofensa aos institutos da coisa julgada e da preclusão a inclusão dos expurgos inflacionários no cálculo*

Acesso ao Sumário

da correção monetária, em conta de liquidação de sentença, ainda que essa questão não tenha sido debatida no processo de conhecimento. 2. Os índices de correção monetária aplicáveis na restituição de indébito tributário são: o IPC, no período de janeiro/89 e janeiro/91; e o INPC de fevereiro/91 a dezembro/91. 3. O recurso especial não é sede própria para rever questão referente à fixação de honorários advocatícios se, para tanto, faz-se necessário reexaminar os elementos fático considerados no feito, inteligência da Súmula n. 7/STJ. 4. Recurso especial conhecido em parte e provido parcialmente". (Resp 917.063/SP, rel. Ministro João Otávio de Noronha, 2ª Turma, julgado em 21/08/2007, DJ14/09/2007, p. 346).

Dos juros de mora e termo inicial de incidência.

De rigor a condenação do executado ao pagamento do valor relativo aos juros de mora porque, reconhecido que deve ela suportar o ônus do inadimplemento, integrando os juros de mora o pedido, ainda que de forma implícita, deve esse sempre incidir sobre o valor objeto da condenação, independente do pedido expresso e de determinação pela sentença, observado para tanto sua natureza, conforme dispõem os artigos 293 do CPC/73 e 407 do Código Civil.

Perfilhando o recente entendimento agora adotado de forma consolidada pelo STJ (REsp 1.370.899), com relação ao termo inicial dos juros moratórios, ajustado por decorrência o julgado nessa parte, tem-se que, em caso de cumprimento de sentença oriunda de ação civil pública, os juros de mora devem incidir a partir da citação na fase de conhecimento da ação e não mais da citação na liquidação de sentença, sendo que, decorrentes do não cumprimento integral da obrigação, devem incidir no percentual de 6% (seis por cento) ao ano (art. 1.062 do CC/16), desde a data da citação na ação civil pública até a data da entrada em vigor do novo Código Civil e, daí em diante, no percentual de 12% (doze por cento) ao ano (art. 406 do CC/02, c/c art. 161, § 1º do CTN), sem prejuízo da incidência da correção monetária pelos índices da Tabela Prática do TJSP, porque adotados pelo Poder Judiciário, não necessitando de fundamentação para sua aplicação, conforme julgado TJSP, Ap. 992.09.076473-0, 20ª Câmara.

Da verba honorária.

No que diz respeito à verba honorária, a fixação dessa verba na fase de cumprimento de sentença em Ação Civil Pública, diz respeito a regra do artigo 652-A, do CPC/73, atual artigo 827 do CPC "Ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários advocatícios de dez por cento, a serem pagos pelo executado", tanto assim que o artigo 85, parágrafo 1º do CPC atual, também não afirma advir os honorários de advogado devidos em cumprimento de sentença de sucumbência, mas sim da regra do artigo 827 do CPC atual, como acima referido,

Acesso ao Sumário

confira-se, "*Art. 85, § 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente*".

Isso quer dizer que não se trata de sucumbência, que somente haverá, em cumprimento de sentença em Ação Civil Pública, no caso de acolhimento da Impugnação.

Por isso, a regra do STJ, vinculante, de não serem cabíveis honorários advocatícios pela rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença - STJ (REsp n. 1.134.186/RS - artigo 543-C do CPC) e por não poder se sobrepor a disciplina do artigo 652-A, do CPC/73, atual artigo 827.

Nos termos da decisão do STJ, proferida nos autos do REsp n. 1.134.186/RS, para os efeitos do artigo 543-C do CPC, tem-se que: "*1.1. 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 artigo 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. 940.274/MS); 1.2. Não são sabíveis 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 beneficio do executado, com base no artigo 20, parágrafo 4º do CPC*".

Em resumo, o arbitramento de verba honorária deve se dar pelo Juízo, na fase de cumprimento de sentença, no mesmo momento processual a que refere a execução de títulos extrajudiciais, ou da antiga execução de titulo judicial, vale dizer, devem ser fixados tão logo seja despachada a inicial - caso o magistrado possua elementos para o arbitramento - sem prejuízo, contudo, de eventual revisão ao final, tendo em vista a complexidade superveniente da causa, a qualidade e o zelo do trabalho desenvolvido pelo causídico, dentre outros aspectos, conforme a regra do artigo 827, parágrafo 2º do atual CPC, confira-se: "Art. 827, § 2º O valor dos honorários poderá ser elevado até vinte por cento, quando rejeitados os embargos à execução, podendo a majoração, caso não opostos os embargos, ocorrer ao final do procedimento executivo, levando-se em conta o trabalho realizado pelo advogado do exequente".

Acesso ao Sumário

Justificando o cabimento dos honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, explicita o julgado que: "*O simples fato de a nova sistemática processual introduzida pela Lei nº 11.232/05 ter passado a considerar a execução como um mero procedimento incidental não impede o arbitramento de verba honorária, mormente no caso concreto em que a devedora não cumpriu de imediato e de forma espontânea a decisão, reabrindo nova discussão sobre a questão de fundo, ensejando trabalho do causídico", de modo que, '...mostra-se consentânea com o princípio a fixação de honorários no cumprimento da*

sentença, porquanto a inércia do vencido deu causa à instalação de um novo procedimento executório, muito embora nos mesmos autos"".

E, justificando o não cabimento dos honorários advocatícios pela rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença, explicita o julgado que, "*...parece melhor opção a tese segundo a qual a impugnação ao cumprimento de sentença é mero incidente processual..." e que "...aviando o executado a sua impugnação, restando vencido a final, não se vislumbra nisso causa de instalação de nenhum outro procedimento novo, além daquele já aperfeiçoado com o pedido de cumprimento de sentença", por isso e como "...da leitura atenta do art. 20 e seus parágrafos, extrai-se clara a conclusão de que, exceto em execução, somente a sentença arbitra honorários advocatícios (caput), sendo devida apenas despesas em caso de incidentes processuais (1º), considerando-se como tais apenas as "custas dos atos do processo", "indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico" (2º), mas não honorários. Vale dizer, há clara diferenciação entre despesas e honorários, sendo que em incidentes somente cabem aquelas, exceção feita se porventura o incidente gerar a extinção do processo - como o acolhimento da exceção de pré-executividade ou da impugnação -, circunstância que, deveras, reclama a prolação de sentença, subsumindo-se o fato processual ao caput do artigo 20 do CPC.. . 4.5. Portanto, por qualquer ângulo que se analise a questão, a impugnação ao cumprimento de sentença se assemelha muito mais à exceção de pré-executividade - que é defesa endoprocessual - do que aos embargos à execução, sendo de todo recomendável a aplicação das regras e princípios àquela inerentes para o desate da celeuma relativa ao cabimento de honorários advocatícios em sede de impugnação ao cumprimento da sentença... Assim, como já afirmado, em regra, a decisão que resolver a impugnação será interlocutória e, portanto, impugnável por meio de recurso de agravo. Apenas quando extinguir a execução, é que o recurso contra essa decisão será o de apelação*".

E mais também que a Impugnação ao cumprimento de sentença é mero incidente processual, que se assemelha muito mais à exceção de pré-executividade que é defesa endoprocessual - do que aos embargos à execução e que, por isso e por analogia ao que ocorre com a exceção de pré-executividade, em incidente processual de impugnação ao cumprimento da sentença, somente são cabíveis honorários advocatícios em caso de acolhimento, com a consequente extinção do procedimento executório.

Desse modo, como vinculante referida decisão superior, tem-se que: "*... Não são sabíveis honorários advocatícios pela rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença*".

Contudo, como no caso o Juízo de Primeiro Grau não observou a regra do artigo 652-A, do CPC/73, atual art. 827 do CPC, "*Ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários de advogado a serem pagos pelo executado*

Acesso ao Sumário

(art. 20, § 4º)", tão só o fazendo quando da rejeição da Impugnação, de rigor o ajustamento dessa decisão, mediante regra de interpretação, para sua adequação a decisão vinculante do STJ (REsp n. 1.134.186/RS), em cumprimento a regra do artigo 543-C do CPC/73, reconhecida para tanto a natureza da remuneração e observância da incidência, uma única vez, dos honorários em benefício do credor, na fase de cumprimento de sentença, pela regra de causalidade.

Assim, ajustada a r. decisão de Primeiro Grau, para sua adequação a decisão vinculante do STJ (REsp n. 1.134.186/RS), ficam mantidos os honorários de advogado fixados, por se referirem àqueles do artigo 652-A, do CPC/73, atual art. 827, CPC, até porque adequado o valor, observados os parâmetros legais, em especial, o grau de zelo do profissional, lugar de prestação do serviço, trabalho realizado pelo advogado e tempo exigido para o seu serviço (art. 20, § 4°, do CPC/73).

Por outro lado, e por decorrência da referida decisão vinculante do STJ, como não são cabíveis honorários advocatícios pela rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença, derivada a mantença da verba honorária fixada em Primeiro Grau, do ajustamento da decisão aí proferida, mediante interpretação, reconhecida para tanto a natureza da remuneração e observância da incidência, uma única vez, dos honorários em benefício do credor, na fase de cumprimento de sentença, pela regra de causalidade, se entende ser vedado ao Tribunal, nesses casos, fixar honorários de advogado pela regra de sucumbência, sob pena de afronta à r. decisão vinculante (REsp n. 1.134.186/RS) e por não poder se sobrepor a disciplina do artigo 652-A, atual art. 827 do CPC.

Nos termos da r. decisão superior vinculante tem-se que, "*...A incidência de honorários advocatícios na impugnação está no fato de que a decisão da lide é pressuposto da sucumbência. Nessa esteira, não pode haver condenação nos honorários sucumbenciais quando se decide qualquer questão incidental (art. 20, 1º, do CPC). Como observa Yussef Cahali, somente poderá haver derrota (causa de aplicação do princípio da sucumbência) quando houver uma declaração de direito, isto é, quando a lei atuar a favor de uma parte contra a outra. Por isso, o conceito de derrota relaciona-se estreitamente com a sentença. Uma decisão interlocutória não pode conter condenação na sucumbência. Nesse passo, tendo em vista que tão-somente é possível falar-se em sucumbência quando houver o reconhecimento de uma situação jurídica e a respectiva atribuição de um bem jurídico ao impugnante, parece claro que somente haverá honorários advocatícios na condenação do vencido na impugnação, arbitrados consoante apreciação eqüitativa, a teor do artigo 20, 4º do CPC, ocorrendo, conseqüentemente, a extinção da execução. Como dito, do pronunciamento desse teor caberá apelação (art. 475- M, 3º, in fine , do CPC)* (RIBEIRO, Flávia Pereira. A sucumbência na impugnação ao cumprimento de sentença . *In* . Execução civil e cumprimento da sentença, volume II. Gilberto

Acesso ao Sumário

Gomes Bruschi e Sérgio Shimura (Coord.). São Paulo: Método, p. 202).

Da atualização monetária.

Conhecida nesta Corte a aplicação da Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para correção dos débitos relativos aos expurgos inflacionários causados nas cadernetas de poupança em decorrência dos planos econômicos, já que elaborada para a atualização monetária de débitos vencidos, não pagos e previamente calculados para fins de cobrança por via judicial.

Registre-se que não se cuida de remuneração exata da caderneta, mas se impor condenação ao pagamento daquilo que não foi satisfeito na época própria, com vistas à preservação do valor intrínseco da moeda face aos efeitos corrosivos da inflação.

Nesse sentido, é o entendimento deste Tribunal de Justiça: "*Agravo de instrumento. Liquidação de sentença proferida em Ação Civil Pública proposta por IDEC contra HSBC Bank Brasil S/A Banco Múltiplo. Débito consolidado no montante apontado na inicial. (...). Juros Remuneratórios e Correção Monetária - Cabimento de juros remuneratórios e correção monetária, a ser realizada de acordo com a Tabela Prática de Atualização dos Débitos Judiciais do Tribunal de Justiça de São Paulo das datas em que deveriam ter sido realizados os créditos e até o efetivo pagamento, sendo irrelevante a data do encerramento da conta. (...)*" (Agravo de Instrumento nº 0099915-42.2011.8.26.0000, Des. Rel. Flávio Cunha da Silva, 38ª Câmara de Direito Privado, julgado em 06 de fevereiro de 2013).

E, assim, bem decidiu o E. Desembargador Paulo Pastore Filho: "*(...) é a Tabela Prática que deve ser adotada, uma vez que tem por base os índices utilizados em julgados proferidos em esmagadora maioria, estabelecendo quais índices de recomposição da moeda deveriam ser empregados, tendo em vista sua manipulação pelos diversos planos econômicos impostos à Nação. Em que pese argumentar a instituição financeira que o índice de correção monetária a ser aplicado é o da própria caderneta de poupança, o uso do índice alvitrado trará nova discussão acerca dos índices de março, abril e maio de 1990, já solvida pela jurisprudência, razão pela qual, para que não se eternize o litígio, a adoção da Tabela Prática é de rigor.*" (Embargos de Declaração nº 0207810-62.2011.8.26.0000, julgado em 04 de julho de 2012).

Re-ratificação dos cálculos - Remessa dos autos à Contadoria.

A exigência de valores indevidos justifica a resistência do devedor, a permitir a apreciação da questão alegada, independentemente do tempo e forma desse reclamo, observado se cuidar a questão relativa ao valor justo de matéria de ordem pública.

Como se sabe, o Juiz conhecerá de ofício das matérias de ordem pública, especificamente aquelas que digam respeito à ausência das condições da ação

Acesso ao Sumário

ou na inexistência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo, aí incluída a liquidez do título, ou seja, relativa à exigência de valor exorbitante (vide § 3º do artigo 267 do Código de Processo Civil de 1973, atual artigo 485 § 3º).

Assim e tendo em vista a divergência entre os cálculos das partes, nada obsta a remessa dos autos ao setor da Contadoria Judicial, no Juízo de origem, evitando-se o enriquecimento sem causa (Código Civil artigo 884), para o fim de revisão do valor devido, observado o disposto no artigo 524, § 2º do CPC.

Acolhida em parte a impugnação, por conta da sucumbência parcial, de rigor suportar o Impugnante as custas e despesas processuais e cada parte a verba honorária devida a seu patrono.

Dá-se provimento em parte ao recurso, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007358-10.2016.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ALINE LILIAN JOAQUIM DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado CREDZ ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª 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 1.525)**

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

São Paulo, 23 de janeiro de 2017.

JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação declaratória de inexigibilidade de débito - Inscrição do nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito - Desconhecimento do débito - Indenização por dano moral - Improcedência da ação e condenação da autora ao pagamento de multa por litigância de má-fé - Apelo da autora - Insurgência contra a penalidade por litigância de má-fé - Reforma - Não se verifica a alteração da verdade dos fatos - Argumentos da autora para justificar a propositura da ação que se revestem de verossimilhança - Dolo

não constatado - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de ação de inexigibilidade de débito proposta pela apelante em face da apelada, narrando a autora que foi surpreendida com a negativação do seu nome pela empresa requerida, referente a um débito no valor de R$ 206,00, oriundo do contrato n. 6367600052209005, o qual desconhece.

Defende a inaplicabilidade da Súmula 385 do Superior Tribunal de Justiça, porquanto os outros apontamentos de débito em seu nome também estão sendo discutidos judicialmente.

Requer: a) a concessão de tutela de urgência para imediata retirada do seu nome dos órgãos de proteção ao crédito; b) a declaração de inexigibilidade da dívida; c) a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 44.000,00, correspondente a 50 salários mínimos.

A tutela antecipada foi indeferida (fl. 29).

A r. sentença julgou improcedentes os pedidos e, entendendo que a autora faltou com a verdade ao afirmar a inexistência da contratação e desconhecimento do débito, condenou-a à penalidade por litigância de má-fé, equivalente à multa de 5% sobre o valor da causa, nos termos do art. 81 do CPC/2015.

Em razão da sucumbência, a autora foi condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da causa, observada a gratuidade da justiça deferida.

Apela a autora, insurgindo-se contra a sanção por má-fé processual.

Sustenta que: a) o contrato acostado aos autos foi celebrado na empresa "Tent Beach", para realização de compras no próprio estabelecimento, não lhe tendo sido disponibilizada cópia do documento, de sorte que, ao verificar o débito negativado pela empresa "Credz", realmente não reconheceu a origem do valor; b) não fazia a mínima ideia de que a empresa recorrida fosse a administradora de cartões da "Tent Beach"; c) agiu com boa-fé, na medida em que deixou de se manifestar contra a contestação da apelada, ao verificar a razão da negativação do seu nome; d) a recorrente é reconhecidamente pobre (fl. 29) e não possui condições de arcar com a multa imposta.

Recurso tempestivo e sem preparo por ser a apelante beneficiária da justiça gratuita (fl. 29).

Sem contrarrazões.

É o relatório.

O inconformismo merece acolhimento.

Com efeito, restou esclarecido no apelo que a recorrente não faltou com a verdade, mas, de fato, não sabia que o débito apontado pela empresa apelada

Acesso ao Sumário

- emissora e administradora de cartão de crédito - referia-se àquele oriundo de compras realizadas na loja "Tent Beach", por meio de "*voucher de primeira compra*", impresso na hora pelo referido lojista parceiro da apelada.

Tais afirmações da apelante possuem verossimilhança e ficam corroboradas pelo que narrou a própria apelada em contestação, no sentido de que a relação da autora se deu com a empresa "Tent Beach", seja para aderir à proposta do cartão de crédito por ela emitido (pela recorrida), seja para gastar o *voucher* recebido pela primeira compra, de sorte que não há motivos para se concluir estivesse ela obrigada a associar a negativação impugnada com a "Credz".

Ademais, como bem alegou a apelante, ao tomar conhecimento sobre a existência do débito, nos termos da contestação ofertada pela apelada, deixou de oferecer resistência em réplica, abandonando a tese inicial, o que denota a ausência de dolo.

Já se decidiu que "***a aplicação de penalidades por litigância de má-fé exige dolo específico, perfeitamente identificável a olhos desarmados, sem o qual se pune indevidamente a parte que se vale de direitos constitucionalmente protegidos (ação e defesa)***" (STJ, 3ª Turma, Resp nº 906.269, Min. Gomes de Barros, j. 16.10.07, DJU 29.10.07).

Logo, de rigor a reforma da sentença para o afastamento da aplicação da multa por litigância de má-fé, permanecendo inalterada a fixação dos ônus de sucumbência.

Ultimando, malgrado a r. decisão increpada tenha sido publicada na vigência do CPC/2015, não são arbitrados honorários sucumbenciais recursais, na medida em que a litigância de má-fé foi aplicada de ofício, não houve contrarrazões e o resultado do presente recurso não resultará em majoração de "honorários fixados anteriormente", como requer o art. 85, § 11, do CPC/2015.

Por todo o exposto, **dá-se provimento ao recurso** para afastar a condenação da autora por litigância de má-fé.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1021964-39.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante ANTONIO CARLOS COMPARINI, é apelado TELEFONICA BRASIL S/A (NÃO CITADO).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não 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 8773)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MELO COLOMBI (Presidente) e THIAGO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 24 de janeiro de 2017.

MAURÍCIO PESSOA, Relator

Ementa: Ação de indenização por danos materiais - Plano de expansão de linha telefônica fixa - Contrato de adesão de participação financeira - Subscrição de ações - Ação de caráter pessoal - Hipótese em que se noticia que o contrato fora celebrado em 1979 - Ajuizamento da ação em 2016 - Prescrição reconhecida de ofício - Ocorrência - Manutenção - Recurso conhecido em parte e desprovido na parte conhecida.

VOTO

Em "*ação de indenização por danos materiais*", a r. sentença (fls. 26/29), de relatório adotado, julgou improcedente o pedido reconhecendo, de ofício, a prescrição, nos termos do artigo 487, inciso II, do Novo Código de Processo Civil.

Recorreu o autor (fls. 31/37) a sustentar a inocorrência da prescrição, pois o prazo prescricional deve seguir a interpretação do artigo 205 do Código Civil, ou seja, 10 anos a contar da subscrição das ações; que não se tem notícia da integralização, nem tampouco da subscrição das ações, razão pela qual inexiste prescrição em andamento e, ainda, se insurge contra sua condenação em honorários de advogado. Pugna pela reforma da r. sentença.

Recurso preparado (fls. 46/54) não foi respondido, porquanto não formada a relação jurídico-processual, por ausência de citação.

Não houve oposição à realização de julgamento virtual (certidão, fls. 44).

É o relatório.

Recurso admitido e recebido em seus regulares efeitos.

Sumariada a controvérsia e à vista de todo o processado, o recurso é conhecido em parte e nesta desprovido.

De acordo com a petição inicial, o apelante ao adquirir uma linha telefônica fora obrigado a se sujeitar a um contrato de adesão de participação financeira, pelo qual adquirira o direito ao uso de um terminal e participação acionária da companhia, mediante o pagamento e integralização de capital, ou

Acesso ao Sumário

seja, o valor pago deveria ser dividido pelo valor das ações na época, constantes do balancete, e assim obter o número de ações a que cada um teria direito. Diz que nunca houve a entrega das ações ou fora realizada de forma equivocada, vindo a causar prejuízo aos diversos subscritores, inclusive ele. Pretende que a ré seja compelida a exibir os contratos de participação em seu nome, bem como condenada à dação integral ou complementação do número de ações, mediante a subscrição dela ou ao pagamento de indenização por perdas e danos materiais equivalente ao valor do efetivo capital empregado, com os demais proventos oriundos das ações não recebidas na época e seus dividendos, a ser apurado em liquidação de sentença, com utilização de balancete da empresa-ré no mês da integralização.

Juntou documentos.

A r. sentença (fls. 26/29) reconheceu, de ofício, a prescrição.

Inicialmente, impende registrar que não houve condenação do autor nos honorários de sucumbência. Até porque não fora formada a relação jurídico-processual, ante a ausência de citação da ré apelada.

Neste tópico, então, o recurso não pode ser conhecido.

No mais, não há como se afastar a prescrição.

No julgamento do REsp nº 1033241/RS, da relatoria do Ministro Adir Passarinho Junior, j. 28.10.2008, na forma do artigo 543-C do Código de Processo Civil, o C. Superior Tribunal de Justiça fixou os seguintes entendimentos:

> "COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. TELECOM. CRT. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. COMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES. DIFERENÇA. PRESCRIÇÃO. DIREITO PESSOAL. DIVIDENDOS. ARTS. 177 DO CC/1916, 205 E 2.028 DO CC/2002. VALOR PATRIMONIAL DA AÇÃO. APURAÇÃO. CRITÉRIO. BALANCETE DO MÊS DA INTEGRALIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. LEI N. 11.672/2008. RESOLUÇÃO/STJ N. 8, DE 07.08.2008. APLICAÇÃO.
>
> I. Nas demandas em que se discute o direito à complementação de ações em face do descumprimento de contrato de participação financeira firmado com sociedade anônima, a pretensão é de natureza pessoal e prescreve nos prazos previstos no artigo 177 do Código Civil revogado e artigos 205 e 2.028 do Novo Código Civil.
>
> II. A complementação buscada pelos adquirentes de linha telefônica mediante contrato de participação financeira, deve tomar como referência o valor patrimonial da ação apurado com base no balancete do mês da respectiva integralização (REsp n. 975.834/RS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, unânime, DJU de 26.11.2007).
>
> III. Julgamento afetado à 2ª Seção com base no procedimento da Lei n. 11.672/2008 e Resolução n. 8/2008 (Lei de Recursos Repetitivos).
>
> IV. Recurso especial conhecido em parte e provido".

Acesso ao Sumário

Dos documentos carreados pelo autor ao processado, observa-se que a sua inscrição no plano de expansão que originaria a subscrição das ações ocorreu em 08 de agosto de 1979.

A presente ação fora ajuizada em 08 de agosto de 2016, ou seja, 37 (trinta e sete) anos após a inscrição do apelante no alegado plano de expansão de redes de telefonia fixa.

A toda evidência, sua pretensão está prescrita. Não lhe socorrendo o argumento de não se ter conhecimento se houve ou não subscrição das respectivas ações, ou mesmo, se esta subscrição fora realizada de forma equivocada (fls. 3).

Se assim fosse, a pretensão seria, em tese, imprescritível. Daí entender-se que a violação do direito pretendido pelo apelante ocorreu, efetivamente, a partir da sua inscrição no plano de expansão (08.08.1979, fls. 17).

Assim, tratando-se de ação de direito pessoal, a pretensão está prescrita quer se considere os preceitos contidos no Código Civil de 1916, quer se considere aqueles outros disciplinados agora no Código Civil de 2002, ou seja, artigos 177 e 205, respectivamente.

A respeito do tema, esta Corte já decidiu nesse mesmo sentido, a saber:

1007514-41.2016.8.26.0223 - Apelação/Telefonia - Relator(a): Ana de Lourdes Coutinho Silva da Fonseca - Comarca: Guarujá - Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Privado - Data do Julgamento: 15/12/2016 - Data de registro: 15/12/2016 - **Ementa**: PRESCRIÇÃO - CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA EM PLANO DE EXPANSÃO DE REDE DE TELEFONIA - Pretensão da autora de que seja afastada a prescrição da pretensão - Descabimento - Hipótese em que, nas demandas em que se discute o direito à complementação de ações em razão de descumprimento de contrato de participação financeira celebrado com sociedade anônima, a pretensão é de natureza pessoal e prescreve nos prazos previstos no artigo 177 do Código Civil revogado e artigo 205 do Código Civil vigente, conforme entendimento pacífico do Eg. Superior Tribunal de Justiça - Demora na citação que decorreu do trâmite usual dos procedimentos judiciários, não havendo que se falar em irretroatividade da interrupção do prazo prescricional ou mesmo no escoamento deste - Lapso entre a data de entrada em vigor da nova Codificação Civil, no ano de 2003, e a propositura da presente demanda, em 10 de agosto de 2016, em que houve o decurso do prazo prescricional do artigo 205, que é de dez anos - RECURSO DESPROVIDO NESTA PARTE.

1021726-20.2016.8.26.0562 - Apelação/Telefonia - Relator(a): Gilberto dos Santos - Comarca: Santos - Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 01/12/2016 - Data de registro: 02/12/2016 - **Ementa**: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Telefonia. Contrato de participação financeira em investimentos para o serviço telefônico. Ação visando à cobrança de diferença de ações. Alegação de que a

Acesso ao Sumário

ré converteu a participação financeira em ações por valor do momento da aquisição e não da integralização das ações, gerando prejuízo aos assinantes. Prescrição reconhecida. Aplicação do prazo geral do Código Civil, pois o direito à complementação de ações subscritas em decorrência de contrato de participação financeira para aquisição de linha telefônica é de natureza pessoal e, consequentemente, a respectiva pretensão prescreve nos prazos previstos nos arts. 177 do Código Civil/1916 (20 anos) e 205 do atual Código Civil (10 anos). Recurso não provido.

Assim, objetivamente considerada a controvérsia, os fundamentos adotados pelo apelante não revelam qualquer equívoco ou desacerto da r. sentença recorrida que, tendo sido proferida em consonância com os elementos carreados aos autos, é mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Em face do exposto, meu voto **CONHECE EM PARTE** do recurso e, nesta parte, **NEGA PROVIMENTO**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1024682-29.2015.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante CLÉBER STEVENS GERAGE, é apelado BANCO BRADESCO 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: "Não Conheceram do recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.733)**

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

São Paulo, 24 de janeiro de 2017.

RENATO RANGEL DESINANO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - Extravio de cheque - Sentença que julgou o procedente o pedido de restituição do valor da cártula compensada indevidamente e afastou o pedido de indenização por danos morais - Insurgência do autor - Alegações genéricas quanto à responsabilidade do fornecedor de serviços em relações de consumo - Ausência de impugnação específica dos fundamentos da sentença - Impossibilidade de conhecimento do

recurso - Inteligência do art. 1.010, incisos II e III, do Código de Processo Civil - RECURSO NÃO CONHECIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face de sentença, cujo relatório se adota, que, em "*ação ordinária com pedido de tutela antecipada*" proposta por CLÉBER STEVENS GERAGE contra BANCO BRADESCO S/A, julgou parcialmente procedente o pedido inicial, "*para condenar o requerido a pagar ao requerente indenização por danos materiais no valor de R$ 20,00 (vinte reais), acrescida de correção monetária desde a data da compensação do cheque (10/04/2015) e de juros de mora contados da citação, devendo, ainda, se abster de incluir o nome do requerente nos órgãos de proteção ao crédito em razão do referido cheque, ficando afastado o pedido de indenização por danos morais*". Em razão da sucumbência recíproca, o D. Juízo *a quo* consignou que, "*observada a assistência judiciária concedida, cada parte ficará responsável pelo pagamento das custas e das despesas processuais que tenham dado causa, arcando, ainda com os honorários advocatícios de seus respectivos patronos*" (fls. 126/128).

Recorre o autor. Alega que faz jus ao recebimento de indenização por danos morais e pugna pela imposição da integralidade dos ônus sucumbenciais ao banco réu. Argumenta que os transtornos e aborrecimentos sofridos restaram comprovados. Afirma que foi vítima de ato ilícito ocorrido em relação de consumo. Aduz que os danos em questão são presumidos e a responsabilidade do fornecedor, objetiva.

Recurso recebido e contrariado (fls. 142/150).

É o relatório.

PASSO A VOTAR.

Trata-se de ação declaratória cumulada com pedido de indenização por danos materiais e morais.

O autor narrou, na petição inicial, que, conforme o Boletim de Ocorrência nº 399486/2015, o cheque de nº 002627, vinculado à sua conta bancária, havia sido extraviado, em data incerta. Afirmou que tal fato foi comunicado diretamente ao gerente, na agência do banco requerido, a fim de eventuais danos. O requerente sustentou, ainda, que, não obstante isso, foi surpreendido com a compensação do cheque nº 002627, em 14/04/2015, no valor de R$ 20,00. Assim é que ajuizou a presente ação, buscando o ressarcimento pelos danos materiais e o recebimento de indenização por danos morais no montante de R$ 40.000,00.

O réu, em contestação, aduziu que o autor estava se socorrendo do Poder

Acesso ao Sumário

Judiciário com o intuito de enriquecimento, uma vez que se trataria da sexta ação contra a instituição financeira, sempre baseada nos mesmos fatos. No mais, sustentou que não agiu de modo irregular e ressaltou que o autor concorreu diretamente para a ocorrência dos danos, uma vez que não se acautelou na guarda de seus cheques.

O D. Juízo *a quo* julgou parcialmente procedente a ação, nos seguintes termos (fls. 126/128):

"*Trata-se de relação de consumo, sendo aplicáveis à espécie as disposições próprias do Código de Defesa do Consumidor, com inversão do ônus da prova.*

No mérito, a ação é parcialmente procedente.

Com efeito, o requerente adotou todas as cautelas necessárias ao registrar a ocorrência referente ao extravio/furto do cheque perante a Autoridade Policial em 30 de março de 2015 (fls. 15/16).

A instituição financeira, por seu turno, não impugnou especificamente a comunicação de extravio do título e, tampouco, logrou êxito em comprovar ter sido regular e devida a compensação (conferência da assinatura) do cheque em 10 de abril de 2015, ou seja, em data posterior à comunicação (fls. 18).

Desta feita, é de rigor o reconhecimento da responsabilidade do requerido pela compensação indevida do título, mormente ante a sua qualidade de administrador da conta bancária de titularidade do requerente, sendo procedente a ação em relação ao pedido de indenização por danos materiais, no valor do título compensado, ou seja, na quanti e R$ 20,00.

Em consequência, o pedido para que o requerido se abstenha de incluir o nome do requerente nos órgãos de proteção ao crédito também merece acolhimento no tocante a esse cheque em particular.

Quanto ao pedido de indenização por danos morais, tal pretensão não merece prosperar, uma vez que inexistem documentos hábeis a comprovar efetivo evento danoso, indicando o quadro probatório que houve apenas mero aborrecimento, situação corriqueira em relação à qual não é possível qualquer outra indenização a título de danos morais.

Além disso, o requerido noticiou que o requerente teria ajuizado outros processos (0006833-03.2011.8.26.0405, 4006901-11.2013.8.26.0405, 4006377-14.2013.8.26.0405, 4004375-71.2013.8.26.0405 e 4006705-41.2013.8.26.0405), todos versando sobre extravios de cheques e pedidos de indenização por danos morais, tudo a indicar que o requerente não teria agido com a cautela necessária com relação à guarda de seus documentos (cheques).

Acesso ao Sumário

Por tais razões, mormente ante a inexistência de comprovação do desencadeamento de efetivos danos morais, imperativo no ver deste julgador - o afastamento do pedido de indenização por danos morais.

Ante o exposto e tudo o mais que dos autos consta JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido para condenar o requerido a pagar ao requerente indenização por danos materiais no valor de R$ 20,00 (vinte reais), acrescida de correção monetária desde a data da compensação do cheque (10/04/2015) e de juros de mora contados da citação, devendo, ainda, se abster de incluir o nome do requerente nos órgãos de proteção ao crédito em razão do referido cheque, ficando afastado o pedido de indenização por danos morais.

Em face da sucumbência processual recíproca experimentada, observada a assistência judiciária concedida, cada parte ficará responsável pelo pagamento das custas e das despesas processuais que tenham dado causa, arcando, ainda, com os honorários advocatícios de seus respectivos patronos."

Contra esta decisão insurge-se o autor, ora apelante.

O recurso não comporta conhecimento.

Isso porque o apelante deixou de impugnar especificamente os fundamentos da sentença recorrida quanto à improcedência do pedido de indenização por danos morais, o que constitui óbice ao conhecimento o recurso.

Com efeito, um dos pressupostos de admissibilidade recursal é a apresentação dos fundamentos de fato e de direito pelos quais o recorrente entende deva ser reformada a sentença (art. 1.010, incisos II e III, do Código de Processo Civil). Na hipótese, contudo, o apelante limita-se a afirmar genericamente que os danos morais são presumidos e que a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço tem o intuito de proteger a moral e a propriedade do consumidor, independentemente da existência de culpa.

Ora, o magistrado prolator da sentença consignou que "*inexistem documentos hábeis a comprovar efetivo evento danoso, indicando o quadro probatório que houve apenas mero aborrecimento, situação corriqueira em relação à qual não é possível qualquer outra indenização a título de danos morais*", bem como que "*o requerente não teria agido com a cautela necessária com relação à guarda de seus documentos (cheques)*". Todavia, o apelante não teceu qualquer consideração acerca dos fatos concretos debatidos no caso, nem mesmo para rebater a conclusão alcançada pelo D. Juízo *a quo*.

De fato, além de considerações abstratas sobre a responsabilização do fornecedor em relações de consumo, o recorrente limitou-se a afirmar que os "*danos morais aqui discutidos são pleiteados com base no Código de Defesa do Consumidor, eis que os transtornos e aborrecimentos que o autor sofreu restaram*

Acesso ao Sumário

comprovados nos autos" e que "*reafirma que os transtornos e aborrecimentos do fato indicado na inicial, são suficientes para autorizar a condenação do banco requerido a indeniza o recorrente em danos morais*" (fl. 134).

Frise-se que é ônus do recorrente a impugnação específica das questões que pretende discutir, combatendo de forma direta os fundamentos da decisão impugnada.

Nesse sentido:

"O apelante deve atacar, especificamente, os fundamentos da sentença que deseja rebater, mesmo que, no decorrer das razões, utilize-se, também, de argumentos já delineados em outras peças anteriores. No entanto, só os já desvendados anteriormente não são por demais suficientes, sendo necessário o ataque específico à sentença."

"As razões do recurso apelatório são deduzidas a partir do provimento judicial recorrido, e devem profligar os argumentos deste, insubstituíveis (as razões) pela simples referência a atos processuais anteriores, quando a sentença inexistia, ainda..."

"'Não pode o apelante impugnar senão aquilo que foi decidido na sentença; nem cabe à instância ad quem inovar a causa, com invocação de outra causa pretendi' (RTJ 126/813)" (Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor, Theotonio Negrão, 39ª ed., Saraiva, nota 3, ao art. 515, p. 664).

"*PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. CPC, ART. 514, II.* FUNDAMENTAÇÃO *DEFICIENTE*.

1. A regularidade formal é requisito extrínseco de admissibilidade da apelação, impondo ao recorrente, em suas razões, que decline os fundamentos de fato e de direito pelos quais impugna a sentença recorrida.

2. Carece do referido requisito o apelo que, limitando-se a reproduzir 'ipsis litteris' a petição inicial, não faz qualquer menção ao decidido na sentença, abstendo-se de impugnar o fundamento que embasou a improcedência do pedido.

3. Precedentes do STJ.

4. Recurso especial a que se nega provimento" (RESP 553242/BA; Recurso Especial 2003/0108316-3, Ministro Luiz Fux, julgado em 19/02/2004).

Diante disso, resta evidente a falta de impugnação específica dos fundamentos da sentença, restando inviável o conhecimento do recurso.

Mas, ainda que assim não fosse, o recurso não mereceria provimento.

É que, conquanto tenha restado incontroverso o extravio do cheque do apelante e a indevida compensação de título no modesto valor de R$ 20,00, a

análise dos autos revela que o recorrente não experimentou maiores prejuízos em virtude de tal fato.

Com efeito, o extrato apresentado pelo recorrente (fl. 19) evidencia que a cártula sequer foi devolvida por insuficiência de fundos, tampouco houve protesto ou apontamento do nome do requerente em órgãos restritivos de crédito. Ademais, não consta que o apelante tenha deixado de saldar outra obrigação por tal motivo. Aliás, nem mesmo consta dos autos que o autor tenha buscado solucionar a questão diretamente com a instituição financeira, antes do ajuizamento da presente ação.

Acrescente-se a isso que restou demonstrado tratar-se da sexta ação envolvendo situação semelhante de extravio de cheque pelo apelante, de modo que, como bem salientou o juízo singular, tudo indica que o requerente não agiu com a cautela necessária na guarda de sua documentação.

Assim, mesmo que se conhecesse do recurso, é certo que a sentença recorrida mereceria ser mantida tal como lançada.

Ante o exposto, pelo meu voto, não conheço do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008392-25.2015.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante BANCO BONSUCESSO S.A., é apelada EDELMA GAGLIATO MORETTO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 n° 18323)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO SHIMURA (Presidente), J. B. FRANCO DE GODOI e SEBASTIÃO FLÁVIO.

São Paulo, 26 de janeiro de 2017.

SÉRGIO SHIMURA, Relator

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA - DANOS MATERIAIS E MORAIS - INOCORRÊNCIA - Fatos alegados na petição inicial que não foram demonstrados pelo acervo probatório - Apresentação do contrato assinado e documentos inerentes - Prova de que houve informação prévia e a utilização do

Acesso ao Sumário

crédito disponibilizado - Ausência de quitação da dívida - Dano moral - Não ocorrência - Exercício regular do direito do credor - RECURSO PROVIDO NESTE TÓPICO.

CONTRATO BANCÁRIO - CARTÃO DE CRÉDITO - DESCONTO DE PARCELAS DE EMPRÉSTIMOS - É possível o desconto de parcelas de empréstimo consignado, se e enquanto perdurar a anuência do cliente consumidor - Questão ligada a direitos sociais, de natureza alimentar, uma vez que concernentes aos ganhos mensais do trabalhador e do aposentado, que estão amparados no art. 7º, X, da CF e art. 649, IV, do CPC/1973 - art. 833, IV, CPC/2015 - Tratando-se de contrato de consumo, o princípio "pacta sunt servanda" deve ser flexibilizado - RECURSO DESPROVIDO NESTE TÓPICO.

VOTO

Trata-se de ação proposta por EDELMA GAGLIATO MORETTO contra BANCO BONSUCESSO S.A., objetivando que o banco réu se abstenha de efetuar descontos na sua folha de pagamento, a declaração de inexistência de débito e a reparação pelos danos materiais e morais causados.

Sobreveio sentença de procedência, para condenar o banco réu no pagamento da indenização de R$ 7.880,00, pelos danos morais causados, cujo relatório se adota, sob o fundamento de que o contrato celebrado tem cláusulas abusivas; não houve informação prévia sobre taxas de juros e encargos; os contratos celebrados foram quitados; é indevido o desconto na folha de pagamento do consumidor, sendo devida a repetição do indébito; pela sucumbência, o banco réu foi condenado na verba honorária de 15% sobre o valor da condenação (fls. 152/161).

Inconformado, o banco réu vem recorrer, sustentando, em resumo, que os contratos foram livremente pactuados, sendo permitido o desconto do valor mínimo do cartão em folha de pagamento; não houve dano moral, sendo vedada qualquer restituição de valores; de conseguinte, o ônus da sucumbência deve ser invertido (fls. 167/175).

Recurso devidamente processado e respondido (fls. 181/194).

Regularmente intimados, não houve oposição ao rito de julgamento preconizado pela Resolução nº 549/2011 do Colendo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça (fls. 197/199).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Depreende-se dos autos que, em maio de 2011, a autora celebrou contrato de cartão de crédito com limite de crédito para realização de saques e empréstimos e autorização de desconto consignado em folha de pagamento. A seguir, a autora realizou dois saques (empréstimos) no aludido cartão de crédito, nos valores requeridos de R$ 2.055,68 (08/05/2011) e R$ 358,21 (11/05/2012).

Ocorre que o banco credor descontou em sua folha de pagamento a quantia de R$ 192,48, por 51 meses, totalizando R$ 9.816,48.

Assim, propôs a presente demanda para obter a declaração de inexigibilidade da dívida em discussão, bem como indenização pelos danos materiais e morais causados (fls. 01/25).

1. Dano material e moral. No caso em análise, as partes efetivamente celebraram contrato de Cartão de Crédito, com possibilidade de empréstimos e desconto consignado em folha de pagamento, com limite de desconto mensal no valor de R$ 192,48 (margem consignável) (fls. 29/30, 70 e 71/72).

Em sua petição inicial a autora diz: "*SEQUER AS VIAS DE CONTRATO SÃO FORNECIDAS AO CONSUMIDOR, QUANTO MAIS EXPLICADAS A ELE! Não se fala sobre taxa de juros real, não se fala sobre comprometimento de renda, não se fala sobre possibilidade de adimplência do contrato, ou seja, cumpre-se as metas de forma leviana. O consumidor, necessitado, aceita, ou, melhor dizendo, ADERE. (...) Aí se inicia uma série de desmandos sem fim que permeia a segunda fase da negociação: o contrato propriamente dito. Cobranças indevidas, juros abusivos e NÃO INFORMADOS, venda casada, omissão de informações, não entrega de documentos etc.*" (fls. 08/09).

A seguir, com a apresentação de sua contestação, o banco réu juntou o contrato assinado, a comprovação dos créditos na conta da autora, bem como **diversas faturas do cartão de crédito** que demonstram todas as informações pertinentes ao crédito em discussão, como a taxa de juros, custo efetivo (CET), encargos etc. (fls. 70, 71/72, 76, 78, 79 e 81/133).

Pior. Após a apresentação das faturas, a autora alegou "*Ao contrário das afirmações do Banco Bonsucesso Consignado, **as faturas não eram enviadas à Autora**, que durante todo esse período não tinha conhecimento dos absurdos cometidos pelo requerido*" (fls. 143) (g/n).

Todavia, essa alegação não encontra eco nas provas dos autos. Pois, nota-se que, quando da contratação do cartão de crédito, a autora assinou o "Atestado de Residência", com endereço residencial situado na Rua Joaquim Nabuco, 574, Jd. América, Marília/SP (70, 73 e 76). Além disso, a autora recebeu o cartão em discussão no mesmo endereço, conforme aviso de recebimento juntado aos autos (fls. 80).

Nesse passo, constata-se que todas as faturas são remetidas ao mesmo endereço que a autora recebeu o cartão e que havia informado previamente

Acesso ao Sumário

como seu endereço residencial; logo, causa grande estranheza a alegação da autora de que não recebeu as mencionadas faturas e, por tal razão, não sabia das condições contratuais (fls. 81/133).

Também é de se mencionar que o saldo devedor não foi quitado, pois conforme clara e prévia informação das faturas, o desconto mensal autorizado de R$ 192,48 era insuficiente para quitar o saldo devedor pendente, que somado aos encargos contratuais pactuados, era majorado mensalmente. E esse é o "modus operandi" dos cartões de crédito (fls. 81/133).

Portanto, comprovada a regularidade da contratação e a informação prévia, não se há falar em indenização por danos materiais ou morais.

2. Descontos mensais. O desconto de parcelas de empréstimo consignado é possível, se e enquanto perdurar a anuência do cliente consumidor. A partir do momento em que este pretenda discutir o débito existente, os encargos moratórios e remuneratórios, ou simplesmente que se cobre de outra forma, distinta do débito automático, tem o direito de ver cessado o desconto em sua conta corrente ou folha de pagamento.

O devedor tem de pagar o que deve; e o credor de receber exatamente aquilo que lhe é direito. O que não se permite é a execução dos débitos diretamente na folha de pagamento ou na conta corrente do devedor, sem contraditório, nem o devido processo legal.

O desconto direto na folha de pagamento na qual são creditados os rendimentos do mutuário implica risco de dano irreparável ou de difícil reparação em razão do comprometimento da renda necessária à sua subsistência.

A limitação dos descontos se justifica porque a questão está ligada a direitos sociais, de natureza alimentar, uma vez que concernentes aos ganhos mensais do trabalhador e do aposentado, que estão amparados no art. 7º, X, da CF e art. 649, IV, do CPC.

Neste sentido: "Medida cautelar - Desconto sobre vencimentos - Art. 649, IV, do CPC - Impenhorabilidade dos vencimentos e salários - Salário que possui natureza alimentar - Não incidência de nenhum ônus sobre tal verba - Vedada qualquer compensação dos vencimentos da autora com o débito relativo às prestações do contrato de empréstimo em que figurou como mutuária - Aplicação do art. 7º, X, da CF - Ação cautelar procedente" (TJSP, Ap. 9222024-75.2006.8.26.0000, Rel. Des. José Marcos Marrone, j. 14/09/2011).

"TUTELA ANTECIPADA - Contrato bancário - Pretensão de se manter os descontos relativos a contrato de empréstimo na conta corrente da agravada - Valores disponíveis na conta corrente referentes a salário - Inadmissibilidade - Recurso nesta parte improvido" (A.I. nº 990.10.126162-6, da Comarca de ARARAS; Rel. Des. J.B. FRANCO DE GODÓI, j. 16/06/2010).

Deve ser levado em conta, também, que ainda que o apelante tenha

Acesso ao Sumário

contratado os descontos em sua folha de pagamento, tratando-se de contrato de consumo, o princípio "pacta sunt servanda" deve ser flexibilizado.

Luiz Antonio Rizzatto Nunes explica que: "A Lei n. 8.078 rompe de vez com o princípio do *pacta sunt servanda*. Ao reconhecer que em matéria de relação de consumo vige a regra da oferta que vincula e os contratos são elaborados unilateralmente (contratos de adesão) ou nem sequer são apresentados (verbais, comportamento socialmente típico, cláusulas gerais), estabelece que não vige a regra milenar representada no brocardo latino" ("Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54) - São Paulo: Saraiva, 2000).

Em conclusão, considerando a sucumbência parcial prevista no art. 86 do CPC/2015, as partes ratearão as custas processuais. A autora arcará com o pagamento dos honorários advocatícios do patrono do réu no montante de R$ 1.000,00. O réu arcará com o pagamento dos honorários advocatícios do patrono da autora no montante de R$ 1.000,00, observada a gratuidade concedida à autora.

Do exposto, pelo meu voto, **dou provimento parcial** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001111-28.2016.8.26.0103, da Comarca de Caconde, em que é apelante TELEFÔNICA BRASIL SA, é apelada MARIA DE FÁTIMA CARDOSO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13083)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCILA TOLEDO (Presidente) e LUIZ ARCURI.

São Paulo, 30 de janeiro de 2017.

MENDES PEREIRA, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Dano moral - Ocorrência - Prestação de serviços - Telefonia - Autora que comprovadamente não celebrou negócio jurídico com a concessionária de telefonia - Inscrição no cadastro de proteção ao crédito indevida

Acesso ao Sumário

- Apontamento só retirado quando do ajuizamento da demanda - Dever reparatório caracterizado - Valor indenizatório fixado na quantia de R$ 8.000,00, sem exagero - Sentença mantida - Recurso desprovido.

VOTO

A r. sentença de fls. 110-114, cujo relatório é adotado, julgou procedente o pedido constante de ação de indenização por danos morais fundada em negativação indevida para condenar a ré ao pagamento de R$8.000,00, a título de reparação de ordem moral, bem como para declarar inexistente relação jurídica entre as partes, com custas e honorários de 10% em favor da autora.

Inconformada, a ré apela, buscando a reforma do julgado (fls. 117-129). Para tanto, diz que não houve ato ilícito, que não agiu com culpa e que a negativação se deu por exercício regular de direito. Assim, não há danos morais indenizáveis ou, em os havendo, que seja diminuída a indenização.

Houve resposta, na qual a autora pugna pela manutenção do julgado atacado, aduzindo que não celebrou contrato com a ré e que, em virtude dessa falha, a indenização por danos morais era mesmo medida que se impunha (fls. 139-151).

É o relatório.

O caso dos autos assim se apresenta: a apelada tomou conhecimento de negativação levada pela operadora de telefonia, com a qual não mantinha relação contratual. A Telefônica, ora apelante, não apresentou nenhuma prova a caracterizar tal relação, seja o contrato, contas ou o endereço dos serviços.

Destarte, não se pode concluir pela existência de pendências financeiras em nome da recorrida que pudessem afastar a configuração do dano moral.

Ausente qualquer circunstância que pudesse excluir a responsabilidade civil da recorrente, deve mesmo responder pelos constrangimentos e prejuízos sofridos pela recorrida, oriundos da inclusão indevida de seu nome no cadastro negativo dos órgãos de proteção ao crédito por falha na gestão de seus próprios arquivos e, por consequência, , o que gera o dever de indenizar pelo dano moral caracterizado.

Desnecessário se fazer prova quanto à ocorrência dos danos tendo em vista que este é *in re ipsa*, existindo somente pela ofensa e, portanto, presumido. Tratam-se, como exposto, de danos eminentemente morais, danos à honra consubstanciados no rebaixamento, desdém e infortúnio a que foi submetida a recorrida.

O dano simplesmente moral, sem repercussão no patrimônio, não há como ser provado. Ele existe tão somente pela ofensa, e dela é presumido, sendo o bastante para justificar a indenização.

Acesso ao Sumário

Em casos análogos o Egrégio Superior Tribunal de Justiça vem decidindo reiteradamente o seguinte:

> "Não há falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam." (REsp nº 86.271/SP, 3ª Turma, relator Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, j. 10-11-1997, DJ. 9-12-1997).

Sobre o assunto, anote-se o magistério de Carlos Alberto Bittar, dentre os fatores que influenciam a determinação da reparação devida, identificados e discutidos na doutrina inserem-se fatores objetivos e subjetivos relacionados às pessoas envolvidas, que, na prática, acabam influindo no espírito do julgador, a saber, de um lado a análise do grau de culpa do lesante e de outro a situação patrimonial e pessoal das partes.

Deve-se acentuar que mesmo à ausência de vantagem para o autor da lesão, cumpre seja, como natural, obrigado a reparar o dano suportado pela outra parte[1].

A indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que se não aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo.

Necessita, em qualquer hipótese, ter presentes os princípios da satisfação integral dos interesses lesados e da estipulação de valor que iniba novas investidas, como balizas maiores na reparação devida.

Alcança-se assim a justiça real, e não nominal, que os valores em jogo impõe[2].

Logo, o montante estipulado pelo julgador, que é até modesto, será mantido.

Esta Câmara tem entendido que, em casos análogos de negativação envolvendo prestação de serviços, a indenização por danos morais situa-se mesmo em quantia maior, como consta do seguinte precedente, "inter plures":

> "AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE E NULIDADE DE DÉBITO, CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Sentença de parcial procedência - Apelo do Banco sustentando que os danos morais não foram comprovados; que a simples negativação não gera dano indenizável; e, pede alteração do resultado e, subsidiariamente a minoração da verba indenizatória - Incontroverso que foi extraviado o malote do requerido, no qual estavam dois talonários de cheques em nome do autor, que por conta disso teve vários cheques debitados indevidamente em sua conta corrente, que não foram por ele emitidos, acarretando na negativação de seu nome perante órgãos de

Acesso ao Sumário

1 *Reparação Civil por Danos Morais*, Revista dos Tribunais, 2ª edição, SP, 1994, págs. 209/214.

2 Bittar, Obra citada, págs. 219/226.

proteção ao crédito - Prestação de serviço defeituoso caracterizado - Dano moral *in re ipsa*, configurado - Precedentes - Verba indenizatória que não comporta redução e sim majoração - Apelo do autor com vistas à majoração da verba indenizatória de R$ 7.000,00 para patamar de no mínimo no valor de R$ 20.000,00 - Majoração para R$ 11.261,91 na observância dos vetores que orientam a matéria - Sucumbência mantida - Sentença modificada em parte - Recurso do Banco desprovido, e provido parcialmente o do autor." (Ap. 0001148-24.2013.8.26.0347 - Matão - 15ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO - j. 24-5-2016).

Mais não é preciso dizer para se manter, por seus e por estes fundamentos, a r. sentença.

Diante de todo o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1010401-13.2014.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante ISSA ANÁLIA FRANCO COMÉRCIO DE VEÍCULOS E PEÇAS LTDA., é apelada CRISTIANA DOS SANTOS NASCIMENTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 25ª 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 33.740)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores KIOITSI CHICUTA (Presidente) e MARCONDES D'ANGELO.

São Paulo, 8 de novembro de 2016.

PAULO AYROSA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: COMPRA E VENDA - VEÍCULO SEMI-NOVO - DECADÊNCIA - IMPERTINÊNCIA - VÍCIO OCULTO. Não se tratando de vícios de aparente e fácil constatação, mas sim vício oculto e de difícil constatação, aplicável a regra do art. 26, II e § 3º do CDC. Além disso, não transcorreu o prazo decadencial, vez que o automóvel foi comprado em 04.06.2013 e a ação ajuizada em 22.05.2014, tendo transcorrido menos de 01 ano.

BEM MÓVEL - COMPRA E VENDA - REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS - COMPRA E VENDA DE VEÍCULO SEMI-NOVO - VÍCIO DO PRODUTO - CONSTATAÇÃO - DIREITO À REPARAÇÃO PELOS DANOS MATERIAIS EXPERIMENTADOS - RECONHECIMENTO - DANO IMATERIAL CONFIGURADO - ARBITRAMENTO EM R$ 9.000,00 - PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE - REDUÇÃO DESCABIDA - SENTENÇA CONFIRMADA POR SEUS FUNDAMENTOS - ART. 252 DO RITJSP – RECURSO NÃO PROVIDO. Não trazendo a apelante fundamentos suficientes a modificar a sentença de primeiro grau, que reconheceu a existência de vício do produto, comprometedor de sua qualidade, de modo que a ré deve mesmo indenizar a autora 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.

VOTO

CRISTIANA DOS SANTOS NASCIMENTO propôs ação de reparação de danos materiais e morais em face de **ISSA ANÁLIA FRANCO COMÉRCIO DE VEÍCULOS E PEÇAS LTDA.**

A r. sentença de fls. 92/98, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedente a ação para o fim de condenar a ré ao pagamento de R$ 7.180,00 a título de danos materiais, incidindo juros de 1% ao mês a contar da citação e correção monetária desde o desembolso, além de R$ 9.000,00 a título de danos morais, incidindo juros de 1% ao mês a contar da citação e correção monetária desde o arbitramento. Em razão da sucumbência, condenou a ré ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados, por equidade, em R$ 900,00.

Inconformada, apela a ré, suscitando a ocorrência de decadência e inexistência de vício oculto. Afirma que o automóvel foi adquirido em 03.06.2013 e contava com 46.680 km rodados, o defeito é fruto de culpa exclusiva da autora que usou o veículo inadequadamente por meses sem levá-lo para reparação, pugnando pela excludente de responsabilidade. Afirma, ainda, que não há prova dos danos materiais. Alega que não estão configurados os danos morais e o valor

Acesso ao Sumário

arbitrado é excessivo. Requer o provimento recursal (fls. 102/108).

Ofertada contrarrazões, pugnando a autora pelo não provimento do recurso (fls. 114/128).

É O RELATÓRIO.

Conheço do recurso e lhe nego provimento.

Cuida-se de ação reparatória na qual a autora objetiva o ressarcimento dos prejuízos morais e materiais decorrentes dos defeitos apresentados pelo veículo adquirido em 04.06.2013, modelo CITROËN C3, ano 2010/2011, com aproximadamente 2 (dois) anos de fabricação, junto à concessionária-ré, conforme nota fiscal de fls. 22.

Primeiramente, rejeito a alegação de decadência.

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor prevê que, existindo vício oculto do produto durável, o prazo decadencial para reclamar as providências legais é de noventa (90) dias, contados a partir de quando ficar evidenciado o defeito, nos termo do art. 26, II e § 3º.

Demonstram as provas dos autos que em 18.11.2013, pouco mais de 5 (cinco) meses da aquisição do veículo e contando com aproximadamente mais 6.000 km rodados, houve uma pane que culminou no guinchamento do automóvel para a oficina da ré, conforme laudo emitido pela seguradora às fls. 24. Novamente em 02.12.2013, antes mesmos de completar um mês do possível reparo, novamente o veículo precisou ser guinchado (fls. 30).

Assim, certo é que não transcorreu o prazo decadencial previsto no §3º do art. 26 do Código de Defesa do Consumidor, vez que o veículo foi comprado em 04.06.2013 e a ação ajuizada em 22.05.2014, tendo transcorrido menos de 01 ano.

Descabida, portanto, a alegação da concessionária-apelante quanto à ocorrência da decadência, eis que fazem referência a vícios aparentes ou de fácil constatação, o que não é o caso dos autos.

Quanto ao mérito do apelo, de igual modo, não comporta acolhimento.

Nos termos do inciso II do art. 373 do Novo Código de Processo Civil, competia à requerida-apelante a produção de prova no sentido de caracterizar a alegada culpa exclusiva da ré pela ocorrência dos defeitos no veículo decorrente de eventual mau uso ou manutenção inadequada. Contudo, não há nos autos elementos de convicção a corroborar tais alegações sendo, de rigor, o acolhimento parcial da pretensão da autora consistente nos danos materiais e morais, com exceção dos lucros cessantes.

Nesse sentido, os danos materiais estão devidamente comprovados pelo recibo e notas fiscais de fls. 25, 28, 29 e 32 nas quais demonstram a reparação do veículo pelos valores de R$ 130,00; R$ 1.560,00; R$ 500,00 e R$ 5.000,00;

Acesso ao Sumário

totalizando a quantia de R$ 7.190,00, cujo reembolso se impõe.

O dano moral também está configurado na medida em que a autora adquiriu o veículo seminovo, com apenas dois anos de fabricação e logo nos primeiros meses de uso, foram descobertos os defeitos que o tornaram impróprio ao fim a que se destinava, necessitando de vários reparos, situação geradora de angústia e frustação à consumidora.

A quantificação da compensação pelo dano moral, por sua vez, é relegada ao prudente arbítrio do julgador, devendo levar em consideração o grau de culpa e a capacidade contributiva do ofensor, a extensão do dano suportado pela vítima, de tal sorte a constituir em um valor que sirva de bálsamo para a honra ofendida e de punição ao ofensor, desestimulando-o e a terceiros a ter comportamento idêntico, não podendo ser fator gerador de enriquecimento sem causa, obedecidos os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Atento aos parâmetros acima traçados, creio que o valor fixado na r. sentença de R$ 9.000,00 deve ser mantido.

Deste modo a r. sentença deve ser mantida, por seus próprios fundamentos, que aqui se adotam integralmente como razão de decidir, na forma do art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal.

Deste r. julgado aliás, com a devida vênia, transcreve-se o seguinte trecho:

"*(...) Muito embora o veículo adquirido pela autora contasse com 46.680 quilômetros (fls. 62), é certo que, sendo baixa a quilometragem, tomando-se o ano/modelo (2010/2011), não é razoável que, com menos de 06 (seis) meses da aquisição, bem como 6.521 quilômetros acrescidos (fls. 62 e 24), o veículo apresentasse mais de uma pane em período inferior a 01 (um) mês (fls. 24 e 30); hipótese que, bem demonstrada nos autos, torna o bem evidentemente impróprio ao uso a que se destina.*

Aduz o réu que os defeitos podem ter surgido por conta de desgaste natural, mal uso do veículo ou manutenção inadequada.

Não há, contudo, um único elemento de convicção nos autos a corroborar tais alegações, sendo ônus seu a prova do fato extintivo, modificativo ou impeditivo (fls. 90).

Com efeito, evidenciado o defeito e encaminhado o veículo ao estabelecimento da ré, em 18 de novembro de 2013 (fls. 24), é certo que o vício não foi sanado, já que, em menos de 01 (um) mês, sofreu nova pane (fls. 30).

Logo, presente vício de qualidade no veículo (não sanado pelo fornecedor), que o torne impróprio ou inadequado ao consumo a que se destina ou lhe diminua o valor, poderá o consumidor exigir, alternativamente, e à sua escolha, as medidas previstas no art. art. 18, § 1º, da Lei n. 8.078/90, a saber, a substituição do produto, a restituição imediata da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço.

Colaciona a autora aos autos as respectivas novas fiscais dos

Acesso ao Sumário

valores despendidos para reparo dos defeitos (fls. 25, 28/29 e 32), cujo reembolso é medida de rigor.

...

É certo que a compra de um veículo exige planejamento e provisão de recursos, gerando a expectativa, no consumidor, da aquisição de importante bem de consumo, em condições - embora não perfeitas, já que usado o veículo - ao menos mínimas de uso.

A descoberta de vícios ocultos em veículo recém adquirido certamente gera angústia e frustração no adquirente.

Outrossim, longe de constituir incômodo, dissabor ou aborrecimento, observo que o consumidor passou por situações de pane total do veículo, hipótese que implica em efetivo embaraço e transtorno à tranquilidade doméstica. (...)"

Dispensáveis, por derradeiro, maiores fundamentos a se evitar a repetição do que restou decidido em primeira instância, cumprindo observar, que o Colendo Superior Tribunal de Justiça vem firmando orientação no sentido de se permitir "*a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a 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. de 4.9.2007; REsp nº 641.963-ES, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. de 21.11.2005; REsp nº 592.092-AL, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.12.2004 e REsp nº 265.534 - DF, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. de 1.12.2003).

Por fim, deixo de aplicar a nova sistemática do atual CPC para fins de arbitramento de honorários advocatícios sucumbenciais para a fase recursal, considerando-se que a data da interposição do apelo foi anterior à vigência do novo CPC e, conforme o Enunciado administrativo 7 do STJ, "**Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC**".

Posto isto, rejeito a alegação de decadência e nego provimento ao recurso, nos termos explicitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1011208-96.2015.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante BRUNO ATALLA MATHIAS, é apelada NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16827)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MILTON CARVALHO (Presidente), JAYME QUEIROZ LOPES e ARANTES THEODORO.

São Paulo, 8 de novembro de 2016.

MILTON CARVALHO, Relator

Ementa: DECLARAÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Telefonia. Apontamento indevido do nome do autor em órgãos de proteção ao crédito. Danos morais configurados. Indenização majorada de R$5.000,00 para R$8.800,00 em atenção os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de apelação contra a respeitável sentença de fls. 73/80, cujo relatório se adota, que julgou procedentes os pedidos de declaração de inexigibilidade de débito e de indenização por danos morais, para o fim de declarar inexistente a dívida indicada na petição inicial e condenar a ré a pagar ao autor indenização no valor de R$5.000,00, com correção monetária a partir da sentença e com juros de mora de 1% ao mês a contar da citação, bem como a arcar com o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados em 15% sobre o valor da condenação.

Inconformado, ***apela o autor*** sustentando, em síntese, que a indenização por danos morais foi fixada em valor muito baixo, insuficiente a reparar a lesão sofrida, o qual deve ser majorado para R$30.000,00, quantia essa compatível com os valores fixados pela jurisprudência desta Corte (fls. 96/104).

Houve resposta (fls. 111/116).

É o relatório.

O apelo merece parcial acolhimento.

O apelante teve seu nome inscrito em cadastros de proteção ao crédito, mas alega que não mantém vínculo contratual com a apelada, com base no que requereu a declaração de inexigibilidade dos débitos que lhe são imputados, referentes ao suposto contrato 120120BE4597961, nos valores de R$53,67 e

Acesso ao Sumário

R$402,49; bem como a condenação da apelada no pagamento de indenização por danos morais no valor de R$30.000,00.

Pela respeitável sentença recorrida, o Juízo *a quo* reconheceu que foi indevida a inscrição do nome do apelante em cadastro de maus pagadores e que se caracterizaram os danos morais alegados, condenando a apelada ao pagamento de indenização no valor de R$5.000,00.

Respeitada a convicção externada na sentença, porém, o valor indenizatório arbitrado deve ser majorado, porquanto fixado em montante insuficiente a punir a conduta ilegal da apelada e a reparar os danos suportados pelo apelante.

A indenização por danos morais deve ser estabelecida em importância que, dentro de um critério de prudência e razoabilidade, considere sua natureza punitiva e compensatória. A primeira, como uma sanção imposta ao ofensor, por meio da diminuição de seu patrimônio, e a segunda, para que o ressarcimento traga uma satisfação que atenue o dano havido.

Assim, não há que se falar em indenização inexpressiva, pífia, que gera a impunidade e o descaso nas relações civis, no que diz respeito ao causador do fato, nem em exorbitância que acarreta o enriquecimento sem causa, no que diz respeito ao ofendido.

Sopesando tais elementos, levando-se em consideração as circunstâncias do caso concreto (notadamente os prejuízos morais ocasionados ao apelante, que teve seu nome maculado indevidamente) e também os precedentes desta Colenda Câmara proferidos por ocasião do julgamento de casos análogos ao presente, o valor da indenização deve ser majorado para **R$8.800,00** (oito mil e oitocentos reais), por tratar-se de quantia razoável e suficiente para repreender a apelada e, ao mesmo tempo, compensar o apelante pelo prejuízo experimentado, sem, contudo, gerar para ele enriquecimento sem causa.

A correção monetária incidirá a partir da sentença, conforme dispõe a Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça e bem decidido pelo magistrado sentenciante.

Já quanto aos juros de mora, restam fixados em 1% ao mês, com incidência a partir do evento danoso, nos termos da Súmula 54 da mesma Corte, por tratar-se de responsabilidade extracontratual.

Por tais fundamentos, ***dá-se parcial provimento ao recurso*** para o fim de majorar a indenização por danos morais para o valor de R$8.800,00 (oito mil e oitocentos reais), que deverá ser corrigido monetariamente a partir da sentença e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a contar do evento danoso (negativação).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1040085-46.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FRANCISCA LEIRIELES DANTAS ARAÚJO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31435)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO PAZINE NETO (Presidente sem voto), JOSÉ TARCISO BERALDO e ISRAEL GÓES DOS ANJOS.

São Paulo, 8 de novembro de 2016.

SERGIO GOMES, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE CRIMINOSOS NA SAÍDA DO BANCO QUE RESULTOU NA MORTE DE IRMÃO DA AUTORA - PRETENÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS REFLEXOS - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

1. ADMISSIBILIDADE RECURSAL - Fatos mencionados na impugnação que não se relacionam ao conteúdo narrado na inicial, sendo a argumentação elaborada de forma genérica - Análise do recurso, contudo, em homenagem aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

2. RESPONSABILIZAÇÃO DO BANCO - Argumentos da autora que não convencem - Provas abojadas nos autos que não robustecem a tese de falha do serviço - Valor efetivamente transferido para conta de terceiro por meio de TED efetuado pela internet com uso de senha pessoal.

3. FATO DE TERCEIRO - Excludente de responsabilidade por fato de terceiro, consoante o disposto no art. 14, § 3º, III do CDC - Atuação do banco que não desbordou os limites restritos à sua atividade profissional, de forma a incorrer em irregularidade ou ilegalidade - Danos provocados exclusivamente

Acesso ao Sumário

por ação criminosa de terceiros - Descabido o pleito indenizatório.

SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

FRANCISCA LEIRIELES DANTAS ARAÚJO ajuizou, em face do **BANCO DO BRASIL S/A**, ação de indenizatória por danos morais, decorrente do falecimento de seu irmão em assalto ocorrido após este efetuar saque de seu salário em agência do réu, julgada improcedente pela r. sentença de fls. 130/139 (liberação nos autos digitais em 30/08/2016), cujo relatório se adota em complemento.

Em razão da sucumbência, a autora foi condenada a arcar com custas e despesas processuais, fixados os honorários de sucumbência em 10% do valor da causa (art. 85, § 2º, do CPC/2015), observada a gratuidade processual.

A autora apela. De forma geral, alega estar caracterizada a relação de consumo, seja de forma direta (art. 14 do CDC) ou mesmo indireta (art. 17 do CDC), presente prova dos fatos constitutivos do direito alegado, que evidenciam o abalo moral sofrido, por conta da má prestação de serviços do réu, ao qual cabe responsabilização objetiva (art. 927 do Código Civil) que não restou elidida por fato de terceiro, devendo a instituição financeira arcar com o ônus do risco da atividade, consoante art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Afirma desnecessária a comprovação do dano porque esse seria *in re ipsa*, arguindo incidência das disposições dos artigos 186 e 927, § 2º, do Código Civil e violação ao art. 5º, X, da Constituição Federal. Prequestiona a matéria abordada e pugna pela condenação do réu ao pagamento de indenização pelo dano moral e ressarcimento de valores subtraídos (fls. 141/150).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 153/158).

É O RELATÓRIO.

Numa análise perfunctória das razões de apelação da autora, há referências quanto a ela "*ser indenizada pelos danos de ordem moral que experimentou em razão de ter sido assaltado e subtraído de quantia recentemente sacada no Banco recorrido,* ***estando ainda no estacionamento*** *do mesmo, o que lhe causou além do prejuízo material o dano moral em decorrência do pânico, risco de morte, trauma, enfim dissabores inerentes ao crime de roubo*" (fl. 143). Em outros trechos, menciona que "*a despeito das* ***lesões físicas e sequelas****, há, sem dúvida o abalo psíquico e o fato de que a empresa não cumpriu a sua obrigação na prestação de serviços públicos*", como também que "***o acidente causou transtornos*** *na vida do recorrente*" (fl. 147).

Ao que se verifica, foram elaboradas (ou reproduzidas) razões recursais com base no teor de outra demanda, sem que houvesse o devido cuidado com

pontos essenciais à construção da argumentação, que se mostra dissociada dos fatos narrados na inicial destes autos.

Como se pode inferir, evidentemente, essa parte da impugnação não se relaciona que aos fatos descritos inicialmente ("*a vítima deixou a agencia bancária quando foi abordado na Avenida Lins de Vasconcelos altura do numero 1755*") ou apontados na ocorrência registrada pela autoridade policial (fls. 85/89 e fls. 90/93), sendo que a argumentação é dissociada ou genérica demais a ponto de prejudicar parte do exame recursal.

A respeito do conteúdo das razões de apelação, lição da boa doutrina:

"*O conteúdo das razões também suscita rigoroso controle. Deve existir simetria entre o decidido e o alegado no recurso, ou seja, motivação pertinente. Ademais, as razões carecem de atualidade, à vista do ato impugnado, devendo contrariar os argumentos do ato decisório, e não simplesmente aludir a peças anteriores. Essas exigências se mostram compreensíveis e indispensáveis. Elas significam que o recorrente expõe uma causa - causa petendi, portanto - para o pedido de reforma, invalidação ou integração, e tal causa assenta numa crítica à resolução tomada no provimento quanto à questão decidida*"[1].

Conquanto fosse de rigor o não conhecimento do recurso da autora, ainda assim, tal constatação não prejudica por completo a análise do recurso, em homenagem aos princípios da ampla defesa e do contraditório, uma vez que a insurgência se funda na observância aos preceitos constitucionais e infraconstitucionais citados nas razões da apelação.

Cabe consignar que ao caso concreto aplicam-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor, pois a autora sustenta ter sido vítima de evento relacionado aos serviços prestados pela instituição requerida (CDC, art. 17).

Anote-se que o CDC também se aplica às instituições financeiras, na esteira do entendimento sumulado do c. Superior Tribunal de Justiça (verbete 297): "*O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras*".

Assim é direito da demandante a facilitação da defesa de seus interesses em juízo (CDC, art. 6º, VIII), inclusive com a inversão dos ônus probatórios. Porém, tal condição não conduz, por si só, à concessão de tudo que pleitear em juízo.

Pois bem.

A autora narra que seu irmão, ANTONIO CLEODAEDSON DANTAS, em 06/11/2015, após efetuar saque de seu salário, deixou a agência do réu quando foi abordado à Avenida Lins de Vasconcelos nº 1755 por dois indivíduos que na tentativa de assaltá-lo efetuaram disparo, ocasionando sua morte. Trouxe aos autos registro do incidente, consignado nos boletins de nº 4749/2015 (fls.

1 ASSIS, ARAKEN DE, *Manual dos Recursos*, Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 196/7.

85/89) e nº 4814/2015 (fls. 90/93), bem como extrato da movimentação bancária desse período (fls. 94), além da certidão de óbito (fl. 95).

A despeito do equívoco quanto à data apontada na inicial (06/11/2015), uma vez que o boletim nº 4749/2015 e o extrato com o registro do saque efetuado indicam que o infortúnio ocorreu em 03/11/2015, a autora afirma que as circunstâncias do caso envolvem a responsabilização objetiva do banco com base na "Teoria do Risco", sendo que o evento danoso decorreu de falha na prestação do serviço, ocasionando abalo aos familiares que foram afetados por dano reflexo. Dessa forma, caberia a condenação do réu ao pagamento de indenização a título de danos morais.

O réu, por sua vez, argui que não se verificou ilicitude por parte do banco que pudesse dar causa ao ocorrido, sendo responsável exclusivamente pelos procedimentos e operações realizadas no interior de suas agências, de forma que o fato retratado pela autora trata-se de caso de segurança pública, carecendo o pedido de demonstração quanto ao nexo de causalidade entre o dano sofrido e conduta do banco, não configurado o dever de indenizar.

Impende observar que, pela teoria do risco, a instituição financeira, que aufere lucros em razão da atividade deve arcar não só com o bônus, mas também com o ônus de sua operação, muito em razão da confiança e zelo com a segurança que deve oferecer aos clientes e ao público nas atividades efetuadas no desenvolvimento de seu negócio.

Tal questão, aliás, encontra-se até mesmo sumulada pelo c. STJ (verbete 479), *verbis*:

> "*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 caso concreto, entretanto, entende-se caber a excludente de responsabilidade por fato de terceiro, consoante o disposto no art. 14, § 3º, III do Código de Defesa do Consumidor.

Isso porque, analisando-se a tese aventada de que a instituição financeira deve ser responsabilizada pela ação criminosa de que resultou na morte mencionada, vê-se que a autora, sustentou na inicial que seu irmão deixou a agência do banco réu, em consonância ao teor do boletim de ocorrência nº 4749/2015 que indica que a "*vítima se encontrava caminhando em via pública, na Avenida Lins de Vasconcelos altura do numeral 1755*" (fl. 88).

Ainda que se argumente que o ponto onde ocorreu o crime fosse próximo à agência acessada (Avenida Lins de Vasconcelos, nº 1951/57; fl. 84), entende-se que tal fato já não permite afirmar que haveria, no caso, obrigação da instituição financeira tomar qualquer providência quanto à segurança do correntista que acabou vitimado.

Acesso ao Sumário

Assim, conquanto trágico o fato por si só, a sentença não comporta reparo, pois, diante das circunstâncias retratadas, devidamente enfatizou:

"*Todavia, a responsabilidade da entidade bancária está restrita às suas dependências, situação diversa da hipótese discutida nesses autos, em que o parente da autora fora vítima de crime ocorrido fora da agência bancária, na via pública.*

Tendo o crime ocorrido na via pública, é do Estado, e não da instituição financeira, o dever de garantir a segurança dos cidadãos e de evitar a atuação dos criminosos." (fl. 134).

O Superior Tribunal de Justiça proferiu este entendimento:

"*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 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. 7. Negado provimento ao recurso especial" (REsp 1284962/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, j. 11/12/2012, DJe 04/02/2013)

No mesmo sentido, julgou esta Corte:

"*Apelação. Reparação por danos materiais e morais. Cerceamento de defesa. Inocorrência, diante da inércia da Autora na especificação de provas que pretendia realizar. Inversão de prova que não se justificava na hipótese. Roubo atribuído como 'saidinha de banco'. Ato que se deu em via pública e em local distante do local do saque do numerário. Ausência de falha de segurança interna e de dever de guarda ou segurança fora das dependências da instituição financeira. Precedente do STJ. Sentença de improcedência mantida. Recurso não provido.*" (Apelação 0046474-

Acesso ao Sumário

36.2011.8.26.0554, 37ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. João Pazine Neto, j. em 21/07/2015).

"*AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS - Pretensão de reconhecimento da responsabilidade objetiva do banco, com base em subtração de dinheiro ocorrida fora do estabelecimento bancário. INADMISSIBILIDADE: A questão é referente ao crime conhecido como 'saidinha de banco', em que a vítima é abordada por terceiro fora do estabelecimento bancário e o dinheiro é subtraído logo depois do saque. Não pode ser reconhecida a responsabilidade do banco, porque o evento ocorreu fora das dependências mantidas pela instituição bancária. Ausência de falha ou deficiência no serviço prestado. Questão de segurança pública. Sentença mantida, RECURSO DESPROVIDO.*" (Apelação 0003297-57.2012.8.26.0337, 37ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Israel Góes dos Anjos, j. em 11/03/2014).

No mais também nem caberia pedido de ressarcimento quanto aos valores que teriam sido levados da vítima, uma vez que o boletim informa que "*o dinheiro de seu pagamento estava em sua carteira no bolso, e não foi subtraído*" e que os objetos e valores encontrados "*foram devidamente apreendidos em auto próprio e entregues à sua esposa*" (fls. 89), não havendo a autora se insurgido em relação a isso.

Assim, à míngua de provas capazes de robustecer a tese de que a casa bancária teria concorrido para ensejar os danos alegados pela autora, de rigor a hipótese de fortuito externo causado exclusivamente por ação criminosa de terceiro, devendo ser a mantida a sentença.

Porque sem sucesso em seu recurso, resta majorada a condenação da autora nos honorários advocatícios sucumbenciais, nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fixados em 15% sobre o valor da causa, observando-se o benefício da gratuidade.

Frise-se, para se evitar incidentes desnecessários, que não está o órgão julgador obrigado a tecer considerações acerca de toda a argumentação deduzida pelas partes, senão que a decidir e dar os fundamentos, o caminho percorrido pelo seu intelecto, para chegar à solução encontrada, o que se verificou no caso concreto.

Acesso ao Sumário

Ademais, para acesso às instâncias extraordinárias, prescindível a expressa menção a todos os preceitos legais deduzidos pelas partes, sendo pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "*tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais bastando que a questão posta tenha sido decidida*" (ED em RMS nº 18205-SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 18/04/2006).

É o suficiente.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002645-84.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes SCHEREZADE LINO ALVES, FRANCISCO DOMINGOS SCARAMUZZA e GILBERTA VIZEU SCARAMUZZA, são apelados BENEDITA DE SOUZA ALIJA RAMOS e MARISA DE SOUZA ALIJA RAMOS.

ACORDAM, em 31ª 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 31.919)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ADILSON DE ARAÚJO (Presidente sem voto), PAULO AYROSA e ANTONIO RIGOLIN.

São Paulo, 8 de novembro de 2016.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: LOCAÇÃO - AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO E INFRAÇÃO CONTRATUAL C.C. COBRANÇA - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - ALEGAÇÃO DE SUBLOCAÇÃO DO IMÓVEL QUE IMPÕE INSTRUÇÃO PARA PERMITIR ÀS PARTES PRODUÇÃO DE PROVAS - SENTENÇA ANULADA NESTE CAPÍTULO - DEMAIS QUESTÕES QUE SÃO OBJETO DE JULGAMENTO, ART. 354, PARÁGRAFO ÚNICO C.C. 356 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 - MAJORAÇÃO DAS MENSALIDADES EM DESACORDO AO PACTUADO - RESPONSABILIDADE DOS GARANTES LIMITADA AOS REAJUSTES LEGAIS E CONTRATUAIS - REPAROS NO IMÓVEL - DEVER DE INDENIZAÇÃO DE ITENS QUE NÃO DECORREM DE DESGASTE NORMAL AO LONGO DO TEMPO - ART. 23, INCISO III DA LEI 8.245/91 - RECURSOS PROVIDOS EM PARTE.

Acesso ao Sumário

VOTO

Apelações interpostas contra r. sentença de fls. 210/217, cujo relatório adoto, aclarada a fls. 225, que, prejudicado despejo pela retomada do imóvel, julgou procedente a ação, condenados os réus no pagamento de aluguéis e encargos, despesas com reforma do imóvel e multas contratuais, no total de R$ 25.993,32, cf. memória de cálculo a fls. 175/176, respondendo os vencidos por custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 20% da condenação, já inclusos em memória de cálculo.

Inconformados, recorrem os fiadores em busca de reforma. Insistem que houve novação, sem conhecimento dos apelantes, culminando na exoneração de responsabilidade, em virtude de majorações de aluguel não previstas em contrato. Afirmam que houve prorrogação sem anuência, não sendo responsáveis pelo débito cobrado. Insurgem-se contra condenação por danos e multa por sublocação do imóvel, afirmando inexistir prova nos autos e impugnando documentos referentes aos danos. Sustentam condenação em duplicidade dos honorários de sucumbência, afirmando que em cálculo elaborado o valor fora incluído em percentual máximo e a r. sentença impôs nova condenação em 20%.

Recorre a locatária em busca de reforma. Sustenta cerceamento de defesa no julgamento, que se fundou em revelia. Aduz que os comprovantes juntados corroboram reajustes indevidos de aluguel, sendo que de dezembro de 2011 a agosto de 2013 pagou R$ 2.814,71 além do que era devido, considerado índice aplicado quando dos reajustes. Almeja afastamento de multa por sublocação do imóvel, que não foi comprovada. Insurge-se em relação aos valores para reparo do imóvel e aos honorários de sucumbência, que afirma em duplicidade.

Recursos regularmente processados e contrariados.

É o relatório.

Extrai-se do relato inicial que as partes, em outubro de 1998, firmaram contrato de locação, figurando como fiadores Francisco Domingos Scaramuzza e sua esposa, prorrogado a partir de outubro de 2001 por prazo indeterminado.

Reportam que a locatária não honrou ajuste dos aluguéis após alcançado valor de R$ 1.000,00 e que o imóvel foi sublocado.

Sem que houvesse êxito na composição, indicam inadimplemento da diferença de reajuste do aluguel e condomínio de outubro e novembro de 2013, do aluguel e reajuste de condomínio de dezembro de 2013, parcelas 07 a 10 do IPTU de 2013, aluguel e condomínio de 2014, totalizando R$ 12.965,74, incluída multa contratual pelo descumprimento, razão pela qual proposto despejo por falta de pagamento e prática de infração contratual c.c. cobrança.

Aditada a inicial (fls. 69), em face do abandono do imóvel, foi requerida condenação referente a reparos, apontado a fls. 70 que o imóvel não fora pintado, foram retirados interruptores, soquetes das lâmpadas, tomadas, fechadura do

Acesso ao Sumário

banheiro social e danificado piso da área de serviço.

In casu, a lide foi julgada antecipadamente reconhecida incidência dos efeitos da revelia, em razão do decurso de lapso superior a quinze dias para protocolo da defesa da locatária.

Decisão a fls. 225 reconheceu que não houve revelia no caso, mantendo inalterada a r. Sentença.

Julgamento antecipado, conforme o artigo 330 do Código de Processo Civil de 73, art. 355 do Código de Processo Civil de 2015, só é possível quando em discussão questões de direito, ou, se de direito e de fato, presentes elementos que afastem a necessidade de produção de provas, não se enquadrando a presente demanda nas hipóteses legais por conta do requerimento de multa contratual por sublocação do imóvel, tese infirmada pela locatária e fiadores.

Assim, imprescindível ao deslinde do feito abertura e ampliação da fase probatória, importando o julgamento antecipado da lide em verdadeiro prejuízo às partes e à solução da questão referente à sublocação do imóvel.

Nem se argumente que outras infrações foram cometidas. Das supostas violações indicadas pelas apeladas a fls. 09, falta de pagamento de aluguéis e encargos não pode ser reclamada para aplicação da penalidade de três aluguéis constante da cláusula décima terceira, despejo é fundado no inadimplemento destas verbas, representando eventual acolhimento ***bis in idem***. Ainda que assim não fosse, consta da cláusula décima sétima previsão expressa de penalidade para inadimplemento dos encargos, não podendo a parte eleger penalidade genérica quando o contrato apresenta cláusula específica.

Quanto ao direito de vistoriar o imóvel, nada nos autos comprova efetiva violação, havendo mera menção à intenção de vistoria do imóvel após desocupação.

Desta forma, ***rogata venia***, prematura a convicção externada no ***decisum***, eis que controversa sublocação do imóvel, ao que se mostra indispensável dilação.

Nada obstante, viável enfrentamento das demais questões na forma do art. 354, parágrafo único c.c. 356 do Código de Processo Civil de 2015.

Em relação aos supostos aumentos indevidos, isto é, fora de periodicidade anual, análise de quadro a fls. 190, prevendo majoração do aluguel segundo índice contratual, e dos comprovantes de pagamento, em especial a fls. 144/155, revela que houve tolerância por parte das locadoras à sua inocorrência. Frise-se que em dezembro de 2009 valor do aluguel praticado era de R$ 610,93 (fls. 144), se realmente todos os aumentos tivessem sido realizados conforme contrato valor devido seria R$ 1.179,41 (fls. 190).

Analisando os recibos de fls. 144/155, nota-se que até dezembro de 2011 o pagamento do aluguel ocorreu em imobiliária, após tal data sendo efetivado

Acesso ao Sumário

diretamente em conta bancária pertencente à locadora (fls. 139/143).

Da planilha a fls. 114, em que apresentados valores quitados, não parece crível tese das locadoras de que os aumentos por serem depositados em conta bancária eram efetuados incorretamente e corrigidos após reclamação, vez que a justificativa não se coaduna com os valores apresentados.

Evidente intenção de recuperar aumentos contratuais não efetuados em data oportuna, contudo tal cobrança de valores não pode ser admitida.

Induvidoso que os fiadores prestaram, como principais responsáveis pela obrigação, expressa solidariedade à relação ***ex locato*** até efetiva desocupação do imóvel (parágrafo primeiro da cláusula 14ª do contrato de locação - fls. 21/22).

Todavia, não se pode olvidar que a fiança representa garantia pessoal e, como contrato unilateral, gratuito e acessório, cria relação direta com o credor, sem admitir interpretação extensiva (artigo 819 CC).

Destarte, não admitindo interpretação irrestrita, só respondem os fiadores pela obrigação assumida. No caso da locação, embora garantindo todo o contrato até efetiva entrega das chaves do imóvel, compreende aluguéis e seus reajustes legais, dependendo, qualquer outro aumento de expressa anuência.

No escólio de Barros Monteiro:

"*O fiador só responde, portanto, por aquilo que expressamente consigna o instrumento; se alguma dúvida vier a surgir, será ela resolvida em favor do fiador*" (Curso de Direito das Obrigações).

Confira-se, a propósito, precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça: Resp nº 50.437-0/SP - Relator Ministro William Patterson - Sexta Turma - Maioria - DJ 16.12.96, ***in*** Julgados nº 109 - Revista de Referência nº 125 - p. 25.

Bem de ver, então, que, embora persistindo a garantia até a entrega das chaves, ainda que alterado o valor locativo em decorrência de reajustes legais, diversa a situação.

A legislação inquilinária faculta, atendidos determinados requisitos, a revisão da mensalidade. Todavia, não cientificados previamente do interesse e viabilidade concreta de alterar-se o ***quantum debeatur***, não respondem os fiadores pelo valor que superar os reajustes contratados, como aqueles decorrentes de revisão judicial.

Acesso ao Sumário

Assim decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"*Não responde o fiador pelos acréscimos verificados no aluguel se não fora citado como litisconsorte na revisional, considerando que a fiança é contrato benéfico que não admite interpretação extensiva. Recurso provido*" (REsp nº 62.728-RJ - Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini - 5ª Turma - unânime - J. 12.03.96 - Boletim do Superior Tribunal de Justiça - 15 de abril de 1996, p.

16).

Ademais, também comporta alteração capítulo referente aos valores despendidos para restituição do imóvel ao ***status quo ante***.

Isso porque o locatário é obrigado a restituir o prédio, no fim da locação, no estado em que recebeu, salvo as deteriorações naturais ao uso regular (art. 23, III da Lei de Locações).

Sobre o dispositivo em comento, anota Maria Helena Diniz:

"*Restituir o imóvel alugado, finda a locação, no estado em que o recebeu, salvo as deteriorações decorrentes do seu uso normal. Isto porque na locação ter-se-á uma obrigação de restituir, pois não tem por escopo a transferência de propriedade, destinando-se apenas a proporcionar ao inquilino o uso, fruição ou posse direta do imóvel temporariamente. (...) O locatário tem o dever de tratar do imóvel alugado como se ele fosse seu, restituindo-o, ao término do contrato, no estado em que o recebeu, devendo reparar os estragos a que deu causa, desde que não sejam resultantes do tempo ou do uso normal (...) O inquilino só terá o dever de pagar os estragos que culposamente causar no prédio locado, pouco importando seu vulto. Por isso, o locatário terá o direito de exigir do locador, antes de se instalar no prédio locado, uma declaração escrita do estado em que este se encontra, para que possa contestar eventuais impugnações, quando for devolvê-lo ao senhorio, não sendo obrigado, no momento da restituição, a arcar com despesas que, na verdade, não lhe incumbiriam. Na falta de menção, naquela declaração, de qualquer dano, haverá presunção* ***juris tantum*** *de que o inquilino o recebeu em bom estado de conservação, devendo restituí-lo assim, salvo as deteriorações resultantes do tempo e do uso diário. Portanto, para que possa provar que recebeu o prédio nas condições em que o está devolvendo, ressalvados os desgastes do uso regular, deverá o locatário ter em mãos relação escrita fornecida pelo locador (...)*" (Lei de Locações de Imóveis Urbanos Comentada, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 119/120).

Tem-se, então, que, em se tratando de imóvel locado, o locatário é obrigado, por imposição legal e contratual, a devolvê-lo no mesmo estado em que o recebeu. Existente cláusula contratual expressa a respeito (Cláusula quarta e quinta, fls. 20), impõe-se ao inquilino, como forma de ressalva de sua responsabilidade, exigir do locador a entrega de relação discriminada do objeto da locação, o que não ocorreu.

Não impugnadas fotos a fls. 73/76, segundo afirmam as locadoras, referentes ao término da relação, devem responder por parte dos reparos.

Considerando que relação perdurou por mais de quinze anos, evidente que necessidade de pintura corresponde a desgaste natural pelo uso normal ou pela ação do tempo, de sorte que reparação não é de responsabilidade da inquilina ou dos fiadores.

Acesso ao Sumário

Do orçamento a fls. 119, recibos a fls. 193 e a fls. 206, extrai-se como responsabilidade da locatária e dos fiadores o reparo referente a troca das tomadas, interruptores e spots, colocação de maçaneta e fechadura na porta do banheiro e colocação de puxadores dos guarda roupas.

Como não há discriminação na documentação aos valores para os itens indicados, e de forma a não prolongar desnecessariamente a lide, tenho que valor de R$ 1.250,00, bem remunera os serviços reconhecidos como de responsabilidade da locatária e dos fiadores.

Acolhidos os recursos, impõe-se reforma da sucumbência, sendo cada qual em parte vencedor e vencido, devem as custas e despesas processuais serem distribuídas entre as três partes de forma igualitária, respondendo cada qual pelos honorários de seu patrono, que arbitro em R$ 1.500,00, em atenção ao disposto no artigo 85, §§ 2º e 7º, do Código de Processo Civil de 2015.

Portanto, anulada a r. sentença em relação à multa por alegada sublocação, devem os autos retornar à primeira instância para dilação probatória e solução da questão, mantido no mais o julgado monocrática.

Nos termos do voto, dou parcial provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0136067-46.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante IMPLANTA TECNOLOGIA DE SEGURANÇA LTDA., é apelado BRUNO MENDES DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA) e Requerido ADT SECURITY SERVICES DO BRASIL.

ACORDAM, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a preliminar, com observação e negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9297)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente) e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 10 de novembro de 2016.

BONILHA FILHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Prestação de serviços. Instalação de câmeras para o serviço de monitoramento. Ação de indenização por danos morais e materiais. Negativação do nome do consumidor. Inocorrência do cerceamento de defesa.

Contratação da prestação de serviços com terceiro fraudador. Dano moral configurado. Indenização que deve ser fixada em observância aos princípios da proporcionalidade e/ou razoabilidade. Redução. Não cabimento. Indenização devida. Sentença mantida. Ônus da sucumbência da requerida. Princípio da causalidade. Recurso improvido, rejeitada a preliminar, com observação.

VOTO

Apelação interposta contra a r. sentença de fls. 283/287, cujo relatório adoto, que, nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais, julgou parcialmente procedente a demanda, para declarar a inexistência de relação jurídica e inexigibilidade da dívida cobrada pela ré IMPLANTA TECNOLOGIA DE SEGURANÇA LTDA., determinando a baixa da inscrição do nome, bem como condenar a ré ao pagamento da indenização por danos morais, no valor de R$ 5.000,00, corrigido monetariamente, desde a data da sentença, com juros de mora, a partir da citação, sujeitando, ainda, a ré ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$ 1.000,00.

Com relação à corré ADT SECURITY SERVICES DO BRASIL LTDA., foi homologada, fls. 246, a transação de fls. 238, tendo sido julgado extinto o processo.

Apela a ré IMPLANTA, às fls. 291/319, pleiteando a reforma da sentença. Em preliminar, aponta a ocorrência do cerceamento de defesa, em razão da não realização da produção de provas. No mérito, sustenta que os serviços foram contratados pelo demandante e por isso foram cobrados de acordo com a tarifação estabelecida no contrato. Acrescenta que estava no exercício do seu direito. Pretende a improcedência da demanda e a aplicação da Súmula 385, do STJ. Requer a exclusão da indenização por danos morais, subsidiariamente, a redução. Aponta que a sucumbência deve ser recíproca. Sustenta afronta ao disposto no § 2º do artigo 4º da Lei nº 11.608/03. Assevera que efetuou o recolhimento a maior e que deve ser autorizado o levantamento da quantia assim depositada.

Recurso tempestivo, preparado, fls. 320/322, recebido, fls. 326, com apresentação de contrarrazões, fls. 329/337.

É o relatório.

Cuida-se de ação de indenização por danos morais e materiais, em que o autor não reconhece a contratação da prestação de serviços para instalação de câmeras para sistema de monitoramento e a sua cobrança indevida, que lhe acarretou a negativação do seu nome, fls. 22/24.

Acesso ao Sumário

Sustenta o autor que teve os seus documentos furtados, fls. 17/18, e o fraudador se utilizou deles para a contratação da prestação de serviços da ré, que realizou a contratação e, diante da inadimplência do terceiro, negativou o nome do demandante.

Diante do ocorrido, a requerida efetuou o protesto com a inclusão do nome do autor nos órgãos de proteção ao crédito.

Inicialmente, cabe afastar a irresignação da apelante quanto ao cerceamento de defesa, visto que a matéria é meramente de direito, certo que o Magistrado "a quo" decidiu a ação de acordo com as provas constantes nos autos, suficientes para o desate da lide.

Também, não colhe a alegação de cerceamento de defesa, pois o art. 330, I, do Código de Processo Civil, permite o julgamento antecipado da lide. De acordo com entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, "*em matéria de julgamento antecipado da lide, predomina a prudente discrição do magistrado, no exame das necessidades ou não da realização da prova em audiência, ante as circunstâncias de cada caso concreto e a necessidade de não ofender o princípio basilar do pleno contraditório*" (Resp 3.047/ES, Rel. Min. ATHOS CARNEIRO, j. 21.08.90).

Ressalta-se que o conjunto probatório constante dos autos era suficiente para a formação do convencimento do Magistrado sentenciante, que dispunha de elementos aptos para formar a sua convicção, sendo desnecessária a instrução.

Conforme previsão no art. 130, do CPC: "*Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias*".

Dispõe, ainda, o artigo 131, do CPC que: "*O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento*".

Com relação à produção de prova, desnecessária a produção de prova pericial, tendo em vista que, se a causa já se encontrava madura para o julgamento, e o magistrado já dispunha de elementos suficientes para formar a sua convicção, cumpria-lhe julgar o feito, e não prolongar o processo em fase probatória desnecessária.

Acesso ao Sumário

E mais, reputa-se dispensável a produção de prova pericial, tendo em vista que, instada a apelante a especificar quais as provas que pretendia produzir, requereu a oitiva de testemunhas, fls. 260, não reiterando a necessidade da produção de prova pericial.

Diante da inércia da apelante, deixou-se precluir a oportunidade para realizar a prova pericial que afirma ser imprescindível para demonstrar a sua tese, e, contra sua inércia, o Judiciário não pode agir, tendo em vista que o

Magistrado informou quanto à possibilidade do julgamento antecipado, fls. 231.

Portanto, é rejeitada a preliminar.

No mérito, em que pesem as alegações tecidas pela requerida, o recurso não merece provimento, devendo ser mantida a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Emerge dos autos que o autor teve os seus documentos furtados, fls. 17/18, e o terceiro fraudador celebrou negócio jurídico com a requerida, não efetuando o pagamento do valor avençado, o que ocasionou a negativação indevida do nome do apelado.

Destaca-se que: "*O artigo 333, fiel ao princípio, reparte o ônus da prova entre os litigantes, da seguinte maneira I - ao autor incumbe o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito. II - ao réu, o de provar o fato impeditivo modificativo ou extintivo do direito do autor. Cada parte, portanto, tem ônus de provar os pressupostos táticos do direito que pretenda seja aplicado pelo JUIZ na solução do litígio (...). Por outro lado de quem quer que seja o 'onus probandi', a prova, para ser eficaz, há de apresentar-se como completa e convincente a respeito do fato de que deriva o direito discutido no processo. Falta de prova e prova incompleta equivalem-se, na sistemática processual do ônus da prova*" (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR - Curso de Direito Processual Civil, 16ª edição. 1996, Forense, pp 454/456).

Ora, o autor é, inegavelmente, vítima da fraude praticada por terceiro, e a apelante deveria ter demonstrado fato impeditivo do direito do autor.

Ademais, é notória a atuação fraudulenta de criminosos que se valem da fragilidade do procedimento adotado pelas prestadoras de serviços e do comércio em geral e, assim, aplicam diversos golpes, utilizando-se de documentação falsificada, ou furtada, enfim, em nome alheio.

Da mesma forma, cediço que a responsabilidade dessas empresas decorre do risco da atividade, independentemente da existência de culpa e da eventual culpa concorrente de terceiros, como prevê o art. 14, do CDC.

Da análise dos autos, verifica-se que a instalação do produto ocorreu em endereço diverso do informado pelo autor, restando demonstrado que o apelado teve os seus documentos furtados, e que a assinatura, apesar de semelhante, não é idêntica ao documento apresentado pelo recorrido.

Neste sentido, como bem apontado pelo Digno Juízo de Primeira Instância:

"*Os fatos alegados, por sua vez, foram devidamente corroborados pelos documentos juntados com a inicial, em especial, o boletim de ocorrência acusando o furto de seus documentos em 07/03/2009. Ademais, juntou também a cópia do documento novo, emitido em 18/03/2009, o que apenas serve para reafirmar, uma vez mais, a presunção de boa-fé quanto ao alegado, Embora a ré tenha alegado ter prestado o serviço e tenha se cercado das cautelas*

Acesso ao Sumário

devidas no momento da contratação, os documentos apresentados junto com a contestação são insuficientes para gerar a certeza quanto à existência de relação jurídica válida. A assinatura aposta no documento de fls. 170, muito embora parecida, não é idêntica àquela constante do documento do autor. O local onde os produtos teriam sido entregues e os serviços de instalação teriam sido prestados, por sua vez, difere do endereço declinado pelo autor (fls. 17)", fls. 285.

Desta forma, diante de cobrança incorreta e da inexistência de relação jurídica entre as partes, de rigor o reconhecimento da inexistência de relação jurídica entre ambos, sendo, portanto, caso de indenização por danos morais, em razão da negativação indevida do nome do autor.

No mesmo sentido:

"APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DIREITO DO CONSUMIDOR. Negativação indevida. Contratação por terceiro de má-fé, mediante fraude. Sentença de procedência. Apelo da instituição financeira e recurso adesivo do autor. Incontroversa a ausência de relação entre as partes - Falha na prestação do serviço configurada. A inclusão indevida no cadastro de inadimplentes acarreta dano moral 'in re ipsa' indenizável. Valor da indenização deve ser suficiente para compensar o abalo sofrido pela vítima e também para punir e inibir a reincidência da conduta lesiva, observadas a condição econômica das partes e a extensão do dano. Indenização mantida em R$ 10.000,00 - Princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Sentença confirmada. RECURSOS IMPROVIDOS." (TJ/SP, Apelação nº 1025011-83.2015.8.26.0100, 24ª Câmara de Direito Privado, Relª. Desª. Silvia Maria Facchina Esposito Martinez, j. em 06/10/2016).

Reitera-se que cabia à apelante a demonstração da efetiva prestação dos serviços em favor do autor, bem como a contratação com o autor e não com terceiro fraudador, e não se desincumbiu do ônus respectivo. Daí, naturalmente, decorre a constatação de que a cobrança e a negativação são indevidas, o que acarreta a indenização por danos morais.

Assim, evidente a repercussão negativa gerada pela atitude da requerida. A indenização por dano moral busca reparar transtornos e situações vexatórias que abalam o nome, a credibilidade, o decoro, tudo em decorrência de se submeter a uma condição que alguém não a detinha, cabível, também, para reparar os dissabores por descumprimento contratual.

Salienta-se que, em matéria de dano moral, admite-se o dano presumido (*damnumin re ipsa*), ou seja, aquele que está "evidenciado pela natureza das coisas, não sendo necessária a apresentação de provas que demonstrem, ad exemplum, a ofensa moral da pessoa, na consideração de que o próprio fato

Acesso ao Sumário

com as suas circunstâncias já demonstra e perfecciona o dano, que está ínsito" (Rui Stoco *in* Tratado de Responsabilidade Civil, Tomo II, 9ª ed., Revista dos Tribunais, p. 396).

No tocante ao montante da condenação, não existindo parâmetros legais para a fixação do valor do dano moral, o arbitramento deve ser feito com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como na condição econômica das partes.

Sobre a quantificação do dano moral, vale citar o entendimento de Rui Stoco, no sentido de que:

> "Para a composição do dano moral exige-se um nexo de coerência. Impõe esse nexo uma correção entre o que se pede e aquilo que se necessita e, ainda, entre o que se necessita e o que se pode efetivamente pagar. É na fixação de valor para efeito de compensação do dano moral que a equidade mostra força, adequada pertinência e transita com maior desenvoltura.
>
> (...)
>
> Em resumo, tratando-se de dano moral, nas hipóteses em que a lei não estabeleça os critérios de reparação, impõe-se, obediência ao que podemos chamar de 'binômio do equilíbrio', de sorte que a compensação pela ofensa irrogada não deve ser fonte de enriquecimento para quem recebe, nem causa da ruína para quem dá. Mas também não pode ser tão apequenada, que não sirva de desestímulo ao ofensor, ou tão insignificante que não compense e satisfaça o ofendido, nem o console e contribua para a superação do agravo recebido" (Rui Stoco *in* Tratado de Responsabilidade Civil, Tomo II, 9ª ed., Revista dos Tribunais, p. 995).

O valor da indenização deve ser de tal monta, de modo a impedir e desestimular a prática do mesmo tipo de ilícito. Não pode, entretanto ser excessivo, sob pena de configurar enriquecimento ilícito.

Considerando que a indenização tem o fito de tentar amenizar o sofrimento do autor, bem como que a reparação deve ater-se aos princípios da equivalência e razoabilidade, equacionando-se a capacidade econômica de quem paga, ponderado, ainda, o caráter pedagógico da reprimenda, que poderá evitar novos abusos, sem causar, por outro lado, o enriquecimento sem causa, o valor equivalente a R$ 5.000,00 mostra-se adequado à hipótese dos autos.

Assim, não merece reforma a r. sentença, mantida por seus próprios fundamentos jurídicos.

Com relação à pretensão recursal quanto à aplicação da Súmula 385, STJ, não comporta acolhimento.

A apelante em sede de contestação não alegou a ocorrência de negativações anteriores em nome do apelado, não tendo sido dada a oportunidade para que o autor informasse que os débitos estavam "sub judice".

Acesso ao Sumário

Portanto, nenhum reparo merece a r. sentença proferida, uma vez que, apesar de o apelado possuir, em data anterior, outros apontamentos, que não são discutidos nestes autos, a apelante somente alegou a matéria em sede de recurso de apelação, operando-se a preclusão.

Assim, não houve qualquer manifestação do autor nos autos no sentido de juntar os referidos documentos, pelo que, restou preclusa sua produção, pena de inobservância dos critérios fixados em lei e do regular desenvolvimento do processo.

Igualmente, não comporta acolhimento a irresignação recursal da apelante, objetivando o reconhecimento, na espécie, da sucumbência recíproca, porquanto inexiste razão para o arbitramento nessa modalidade. Assim é, porque o pedido foi provido na maior parte, e, em razão do princípio da causalidade, sujeita-se a requerida, ora apelante, aos encargos da sucumbência, no patamar de R$ 1.000,00, adequadamente fixado na r. sentença.

Por fim, no que diz respeito à irresignação recursal quanto ao valor do preparo que, supostamente, teria sido recolhido a maior, verifica-se que, de fato, a Serventia, ao efetuar o cálculo devido, laborou em equívoco.

No entanto, ocorreu engano, mas não da maneira tal qual expõe a apelante em sua irresignação.

Dispõe o artigo 4º da Lei nº 11.608/03 que: "O recolhimento da taxa judiciária será feito da seguinte forma: **I -** 1% (um por cento) sobre o valor da causa no momento da distribuição ou, na falta desta, antes do despacho inicial; essa mesma regra se aplica às hipóteses de reconvenção e de oposição; **II -** 2% (dois por cento) sobre o valor da causa, nos termos do Artigo 511 do Código de Processo Civil, como preparo da apelação e do recurso adesivo, ou, nos processos de competência originária do Tribunal, como preparo dos embargos infringentes; **III -** 1% (um por cento) ao ser satisfeita a execução. **§ 1º -** Os valores mínimo e máximo a recolher-se, em cada uma das hipóteses previstas nos incisos anteriores, equivalerão a 5 (cinco) e a 3.000 (três mil) UFESPs - Unidades Fiscais do Estado de São Paulo, respectivamente, segundo o valor de cada UFESP vigente no primeiro dia do mês em que deva ser feito o recolhimento. **§ 2º -** Nas hipóteses de pedido condenatório, o valor do preparo a que se refere o inciso II, será calculado sobre o valor fixado na sentença, se for líquido, ou, se ilíquido, sobre o valor fixado eqüitativamente para esse fim, pelo MM. Juiz de Direito, de modo a viabilizar o acesso à Justiça, observado o disposto no § 1º"

A apelante aponta a aplicação do inciso I, no entanto, referido inciso é aplicável no momento da distribuição da inicial, e, no caso dos autos, o preceito aplicável é o inciso II e §1º, da referida Lei.

Ademais, a apelante deveria ter questionado o Juízo de imediato, apontando o manifesto erro material anotado no recurso, providenciando, desde

Acesso ao Sumário

logo, o recolhimento do valor que entendia e era o correto.

Anote-se que tal solução nenhum prejuízo traria à apelante, uma vez que, na hipótese de erro seu, e não da certidão lançada pelo Cartório, ainda teria oportunidade de recolher eventual diferença que fosse devida ao erário, no prazo de cinco (5) dias, a teor do que dispõe o art. 511, § 2º, do CPC.

Com efeito, tendo efetuado espontaneamente o recolhimento de quantia superior àquela efetivamente devida, cumpre à apelante, agora, pleitear a repetição da diferença indevida junto à Autoridade Fazendária, em sede administrativa, munindo-se de certidão cuja elaboração incumbirá à Serventia.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, rejeitada a preliminar, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1013626-07.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ANA CLAUDIA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado PORTO SEGURO CIA. DE SEGUROS GERAIS.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso para anular a sentença e prosseguir o processo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.021)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente sem voto), CARLOS RUSSO e MARCOS RAMOS.

São Paulo, 9 de novembro de 2016.

LINO MACHADO, Relator

Ementa: Apelação - Acidente de trânsito - Cobrança de seguro obrigatório (DPVAT) - AR negativo da carta de intimação da autora da designação de perícia - Necessidade de intimação pessoal, por oficial de justiça - Não comparecimento à audiência de conciliação para realização do exame pericial - Grau de invalidez a ser apurado - Necessidade de prosseguir o processo - Prova Pericial.

Tratando-se de ato a ser praticado pela própria parte e não pelo seu advogado (comparecimento a exame

Acesso ao Sumário

pericial), a intimação deve ser feita diretamente a ela e não apenas ao seu advogado.

Apelação provida para anular a sentença e prosseguir o processo.

VOTO

Vistos.

A r. sentença de fls. 155/157 julgou improcedente o pedido em ação de cobrança de seguro obrigatório (DPVAT) em razão do não comparecimento da autora à audiência de conciliação e perícia, além de condenar a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa atualizado, suspendendo a execução da sucumbência em razão do benefício da justiça gratuita. Inconformada, pretende a autora a reforma da r. sentença, arguindo que não foi devidamente intimada, pois o AR de fl. 148 foi negativo, motivo pelo qual deixou de comparecer à audiência de conciliação e perícia. Postula que haja a realização de perícia médica (fls. 165/172). Vieram contrarrazões (fls. 175/189).

É o relatório.

Trata-se de ação de cobrança de indenização de seguro obrigatório (DPVAT), devida em razão de acidente de trânsito ocorrido em 17/01/2015, que, de acordo com a petição inicial, acarretou a invalidez permanente da autora.

Foi designada audiência de conciliação e perícia para o dia 22/06/2016 às 16:00 horas (fl. 40), tendo sido enviada carta de intimação à autora.

Ocorre que o AR foi negativo pelo motivo "Não existe o número" (fl. 148), de forma que não é possível afirmar que a autora tinha ciência da data da perícia. Dessa forma, deve a autora juntar comprovante de endereço aos autos, atendendo a determinação de fls. 146/147.

Tratando-se de ato a ser praticado pela própria parte e não pelo seu advogado (comparecimento para se submeter a exame pericial), a intimação deve ser feita diretamente a ela, nos termos do art. 275 e 474 do CPC/2015, e não apenas ao seu advogado. Neste sentido, ver a lição de Theotonio Negrão e outros: "se a intimação é para que o advogado pratique determinado ato, não vale quando feita à parte (RTJ 98/702), e vice-versa"; "**Se o ato é pessoal da parte**, a esta deve ser feita a intimação para praticá-lo (RSTJ 13/413, RT 494/157, 655/158, JTA 76/229). Não cabe, nesse caso, a intimação pelo Diário da Justiça (STJ-Bol. AASP 1.660/247, RT 494/157, 655/158, 756/267, JTA 76/229)" (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 47ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016. Nota 1 e 2 ao art. 274, página 343).

Por conseguinte, dou provimento à apelação para que, anulada a r. sentença, tenha o processo regular prosseguimento, para que seja redesignado o

Acesso ao Sumário

exame pericial, do qual a autora deverá ser intimada pessoalmente no endereço constante no comprovante de endereço que deverá ser juntado aos autos pela autora, sem prejuízo da intimação de seu advogado pelo Diário da Justiça Eletrônico.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1016201-65.2015.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante BANCO BRADESCO FINANCIAMENTOS S/A, é apelado PAULO MOREIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

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 31.059)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente sem voto), ACHILE ALESINA e CÉSAR PEIXOTO.

São Paulo, 9 de novembro de 2016.

FLÁVIO CUNHA DA SILVA, Relator

Ementa: AÇÃO ANULATÓRIA. Contrato de mútuo bancário. Empréstimo consignado em benefício previdenciário. Mútuo firmado por pessoa idosa e analfabeta, por meio de aposição de digital. Invalidade do negócio jurídico. Réu que não desincumbiu de comprovar a regularidade da avença, a qual deveria ter sido realizada por instrumento público ou por procurador constituído por instrumento público.

RESPONSABILIDADE CIVIL. Danos materiais Dever de devolução dos valores pagos de forma simples, ante a ausência de comprovação da má-fé. Danos morais. Configuração. Banco requerido que não demonstrou a legitimidade do contrato de empréstimo. Negligência que causou danos de ordem moral ao autor, que se viu privado de numerário descontado indevidamente de sua aposentadoria.

Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença proferida pelo juízo *a quo*, que julgou procedente o pedido formulado nesta "Ação Anulatória de Negócio Jurídico c/c Repetição de Indébito e Indenização por Danos Morais", com pedido de antecipação da tutela, em trâmite pelo rito ordinário, promovida por *Paulo Moreira* em face do *Banco Bradesco Financiamentos S/A*, declarando inexigível o valor do débito descrito na inicial e condenando o banco réu à repetição do indébito, em dobro, e ao pagamento de indenização por danos imateriais, fixados em R$ 7.000,00 (sete mil reais).

A parte dispositiva da decisão atacada restou assim redigida:

"*Ante ao exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido para condenar o banco réu a restituir ao autor, em dobro, os valores indevidamente debitados em seu benefício por conta do empréstimo em questão, corrigidas estas importâncias desde os desembolsos e a pagar indenização por danos morais sofridos na quantia de R$ 7.000,00 (sete mil reais), que deve ser devidamente corrigida monetariamente a partir da data de publicação dessa decisão (Súmula 362 do STJ), sendo ambas as quantias acrescidas de juros de 1% ao mês desde a citação. Sucumbente, condeno a parte ré ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como aos honorários advocatícios, estes fixados em 15% do valor da condenação, corrigidos pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a contar da data da publicação desta sentença, e acrescidos de juros de mora (1% ao mês, não capitalizados) a partir do trânsito em julgado desta decisão, nos termos do art. 85, 2º, do Código de Processo Civil.*"

Em suas razões recursais, reiterando os termos de sua contestação, pugna o réu, ora apelante, pela reforma da decisão singular com vistas à inversão do julgado, argumentando, para tanto, a legitimidade da contratação entabulada entre as partes - admitida pelo autor em sua peça vestibular, inclusive -, bem como a inexistência, de sua parte, da prática de qualquer ato ilícito que pudesse causar lesão ao patrimônio abstrato do consumidor, e a ausência de comprovação do prejuízo alegado pelo autor, razão pela qual não haveria a obrigação de indenizá-lo ou restituir-lhe quaisquer valores. Alternativamente, requereu a redução do valor indenizatório fixado pelo magistrado sentenciante, defendendo o provimento do apelo (fls. 70/78).

Apresentadas contrarrazões (fls. 83/91).

Atribuído à causa o valor de R$ 6.043,75 (seis mil e quarenta e três reais e setenta e cinco centavos) em 25/05/2015.

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

Acesso ao Sumário

Cuida-se, na origem, de "Ação Anulatória de Negócio Jurídico c/c Repetição de Indébito e Indenização por Danos Morais", com pedido de antecipação da tutela, em que a parte autora relatou que teria firmado, a contragosto, um contrato de empréstimo consignado com o banco réu, sem que tenha havido qualquer crédito em sua conta. Afirmou que, ainda assim, a instituição financeira estaria efetuando descontos mensais em seu benefício previdenciário, causando-lhe, assim, prejuízos materiais e morais. Esclareceu que, ao tempo da celebração do negócio, teria sido ludibriado por um funcionário do banco, que, aproveitando-se do fato de ser idoso e analfabeto, teria agido com má-fé, convencendo-o a apor sua impressão digital no instrumento contratual de mútuo supracitado.

Sendo assim, com base no Código de Defesa do Consumidor e na inversão do ônus da prova, requereu a antecipação da tutela para que fossem suspensos os descontos mensais em seu benefício e, em caráter definitivo, pleiteou a declaração de nulidade do negócio e a condenação da instituição bancária à restituição dos valores indevidamente deduzidos e ao pagamento de indenização por danos morais no valor equivalente a 10 (dez) salários mínimos (fls. 01/08).

Deferida a antecipação dos efeitos da tutela (fls. 20/22).

Ofertada contestação pelo banco réu, na qual arguiu, preliminarmente, a inépcia da inicial e a carência da ação. No mérito, sustentou a legitimidade da negociação realizada com o autor, a quem não teria causado dano algum. Dessa forma, pugnou pela improcedência do pleito inicial e se insurgiu contra o valor indenizatório apontado pela parte autora em sua exordial (fls. 30/38).

Apresentada réplica (fls. 46 e 47).

Instadas as partes a especificar provas, ambas pugnaram pelo julgamento antecipado do feito (fls. 51 e 52).

Proferida sentença que julgou procedentes os pedidos do autor, condenando o banco réu à repetição em dobro dos valores descontados do benefício previdenciário da parte autora e ao pagamento da importância de R$ 7.000,00 (sete mil reais), a título de danos morais, e das custas e despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação (fls. 60/64).

Pois bem.

Inicialmente, a preliminar de intempestividade recursal, levantada pelo apelado em suas contrarrazões, não merece guarida.

Isso porque a r. sentença de primeiro grau (fls. 60/64) foi disponibilizada no Diário Oficial da Justiça Eletrônico no dia 09/05/2016 (segunda-feira), sendo considerada como data da publicação o primeiro dia útil subsequente, ou seja, dia 10/05/2016 (terça-feira), conforme certificado pela serventia de primeira instância (fls. 68 e 69).

Acesso ao Sumário

O prazo recursal teve seu início em 11/05/2016 (quarta-feira) e termo final em 02/05/2016 (quinta-feira), dia em que foi protocolado o recurso.

Cumpre esclarecer que nos dias 26 e 27 de maio não houve expediente forense em virtude do feriado nacional de "Corpus Christi", ficando suspensa a contagem do prazo processual nestes dias.

Sendo assim, o termo final do prazo não foi o dia 31/05/2016, mas 02/07/2016, sendo inviável falar-se em intempestividade do apelo.

No mérito, cumpre registrar que, atualmente, de acordo com a súmula 297, do colendo Superior Tribunal de Justiça, não há mais dúvida a respeito da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações contratuais bancárias.

Na situação *sub judice*, havendo hipossuficiência técnica do consumidor, admite-se a inversão do ônus da prova, nos termos do artigo 6º, inciso VIII, do Estatuto Consumerista, como bem apontado pelo magistrado sentenciante.

Faz-se mister consignar que, quanto à questão do analfabetismo do autor, alegada por ele em sua peça vestibular, por não ter sido impugnada pela parte ré, tornou-se incontroversa.

No que toca ao contrato juntado aos autos pelo autor a fim de instruir sua petição inicial, é certo que não há em seu corpo qualquer assinatura ou impressão digital da parte autora que confirme as suas alegações, no sentido de que teria sido aposta no instrumento apenas a sua impressão digital.

Entretanto, caberia ao banco réu comprovar a legitimidade e veracidade de toda a operação, o que não se deu na espécie, já que se limitou a ofertar argumentação genérica em sua contestação e não se preocupou em trazer aos autos o instrumento contratual questionado pela parte autora.

É cediço que, para a validade do contrato, as instituições financeiras têm o dever de promover o direito à informação do consumidor, nos termos do artigo 6º, inciso III, do diploma legal supracitado, e, no caso de pessoa analfabeta, deve haver também a adoção de medidas que demonstrem a ciência do contratante hipossuficiente acerca dos termos da avença.

Acesso ao Sumário

É o que preceitua o Estatuto Consumerista:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos

forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

No caso em comento, a instituição financeira ré não demonstrou a prática de diligências que efetivassem o direito à informação, de forma a evitar interpretações duvidosas, bem como equívocos relacionados ao contrato, especialmente porque contratou com consumidor não alfabetizado.

Conquanto o analfabeto seja considerado capaz para os atos da vida civil, é necessário para a validade dos atos firmados, o cumprimento de determinadas exigências, que restringem a capacidade negocial ao agente, com objetivo de protegê-lo de eventuais estelionatários.

Em razão disso, o contrato deveria ter sido firmado por instrumento público ou, ao menos, por instrumento particular por intermédio de procurador constituído por instrumento público, o que não ocorreu.

Note-se que a exigência do instrumento público ocorre porque o tabelião tem a obrigação legal de ler e explicitar o teor do negócio ao contratante, atestando sua compreensão e a anuência.

Dessa forma, a presença da impressão digital no contrato não é condição de validade do negócio jurídico, conforme artigo 215, § 2º, do Código Civil, e artigo 406, do Código de Processo Civil/2015, "*in verbis*":

"Art. 215. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena. § 2º Se algum comparecente não puder ou não souber escrever, outra pessoa capaz assinará por ele, a seu rogo."

Art. 366. Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.

Ainda, destaca-se que o artigo 104, do Código Civil prevê que, para ser considerado válido, entre outros requisitos, o negócio jurídico deve possuir forma prescrita e não defesa em lei:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Por seu turno, o inciso IV do artigo 166 dispõe que:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

No entanto, o fornecedor de serviços não se preocupou em demonstrar a regularidade da operação, com a demonstração de observância aos requisitos de validade do negócio e a concreta indicação da ciência do autor não alfabetizado

Acesso ao Sumário

a respeito das cláusulas contratuais.

Logo, a prova dos autos confere verossimilhança à versão da parte autora, que foi induzida a erro ao efetivar a contratação do empréstimo.

Assim sendo, diante da nulidade do contrato, os valores descontados indevidamente do benefício previdenciário do autor deverão ser restituídos a ele.

Todavia, a devolução deverá ser de forma simples, e não em dobro, como determinado pela magistrada sentenciante, porque não houve demonstração inequívoca de má-fé por parte da instituição financeira.

Neste sentido tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ARTS. 6º, VIII, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E 475-B, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA. SÚMULAS N. 282 E 356 DO STF. REPETIÇÃO EM DOBRO DO INDÉBITO. INCABÍVEL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA MÁ-FÉ NA COBRANÇA DO SERVIÇO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. [...] 2. A jurisprudência desta Corte possui entendimento no sentido de que é cabível a repetição em dobro do indébito somente quando comprovada a má-fé na cobrança do serviço, o que não ficou configurado na hipótese dos autos. [...] (STJ - AgInt no AREsp: 656932 RS 2015/0016291-0, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 19/04/2016, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/04/2016).

Sendo assim, é cabível a devolução das parcelas descontadas do benefício do autor, de forma simples, devidamente corrigidas desde o efetivo desembolso e acrescidas de juros moratórios desde a citação.

No que tange aos danos morais, restou evidente o grave aborrecimento sofrido pelo ora apelado, pessoa idosa e não alfabetizada, que se viu submetida a situação de constrangimento, tendo em vista o fato de haver sido obrigado a suportar descontos efetuados em seu benefício previdenciário, decorrentes de contratação obscura.

O transtorno sofrido por ele extrapola os simples aborrecimentos do cotidiano, pois teve seus parcos proventos de aposentadoria indevidamente reduzidos em razão da conduta negligente do banco réu.

Nesse sentido o entendimento dessa E. Câmara:

NULIDADE. Contrato bancário. Empréstimo consignado em folha de pagamento. Mútuo firmado por pessoa analfabeta, por meio de aposição de digital, assinado por uma única testemunha, não

Acesso ao Sumário

identificada. Negócio jurídico inválido. Formalidades essenciais desatendidas. RESPONSABILIDADE CIVIL. Danos materiais e morais. Configuração. Banco requerido que não demonstrou a legitimidade do contrato de empréstimo. Atitude negligente que causou danos de ordem material e moral à autora, que se viu privada de numerário descontado indevidamente de sua aposentadoria. Ação procedente Recurso provido. (Apelação 0003522-33.2009.8.26.0030, julgamento em 06/11/2013, 38ª Câmara de Direito Privado, Rel. Spencer Almeida Ferreira).

Neste sentido:

AÇÃO DECLARATÓRIA C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Pretensão de nulidade ou anulação do contrato de empréstimo e condenação do réu à reparação dos danos. ADMISSIBILIDADE: A autora é analfabeta e é cediço que as instituições financeiras devem promover o direito à informação do consumidor, nos termos do art. 6º, inciso III, do CDC, com a adoção de medidas que demonstrem a ciência do contratante hipossuficiente dos termos do contrato. Elementos dos autos que conferem verossimilhança às alegações da autora de ter firmado contrato de empréstimo por erro. Dano moral configurado por ter sido obrigada a pagar parcelas indevidas, que foram descontadas de seu benefício previdenciário. Valor fixado em R$5.000,00, considerando a razoabilidade e proporcionalidade. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO. (TJSP, AP 0000166-76.2015.8.26.0464, 37ª Câmara de Direito Privado, Julgamento 16/02/2016, Relator: Israel Góes dos Anjos).

Assim, resta evidente a responsabilidade da instituição financeira ré com relação aos danos morais experimentados.

No que concerne ao valor da indenização, é cediço que o arbitramento do dano moral leva em consideração as funções ressarcitória 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 (*Carlos Alberto Bittar, Reparação Civil por Danos Morais, ps. 220/222; Sérgio Severo, Os Danos Extrapatrimoniais, ps. 186/190*).

Da congruência entre as duas funções é que se extrai o valor da reparação, devendo-se observar ainda fatores como a repercussão do dano, a possibilidade econômica do ofensor e o princípio de que o dano não pode servir de fonte de enriquecimento.

No caso concreto, a fixação da indenização em R$ 7.000,00 (sete mil reais) pelo juízo *a quo* não comporta a redução pretendida pela instituição

Acesso ao Sumário

financeira ré, mostrando-se o valor adequado ao caso em exame, não havendo falar em excesso do *quantum* arbitrado.

A importância deverá ser corrigida a partir da data do arbitramento, conforme Súmula 362, do E. Superior Tribunal de Justiça, pelos índices da tabela do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação.

Em razão da sucumbência, arcará a instituição financeira ré com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes em 20% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, incluídos os honorários recursais, tendo em vista o acréscimo de trabalho do advogado do apelado na fase recursal.

Ante o exposto, **dá-se parcial provimento** ao recurso apenas para afastar a restituição em dobro do indébito.

Para fins de acesso aos Egrégios Tribunais Superiores, ficam expressamente prequestionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005777-88.2013.8.26.0008, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARCIO ANTONIO BARROS VIANA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 26975)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente sem voto), SOARES LEVADA E ANTONIO TADEU OTTONI.

São Paulo, 11 de novembro de 2016.

CRISTINA ZUCCHI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTO. COBRANÇA. TEMA AFETO À PRESCRIÇÃO DEFINIDO EM SEDE DE RECURSO

REPETITIVO. PRESCRIÇÃO AFASTADA. DÍVIDA DE NATUREZA TARIFÁRIA COBRÁVEL APENAS DO USUÁRIO DO SERVIÇO, POR SE TRATAR DE DÍVIDA ANTIGA, NÃO COBRADA EM MOMENTO OPORTUNO. AÇÃO IMPROCEDENTE. SENTENÇA REFORMADA. Apelação provida.

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 102/110, sem preparo, por isenção, fl. 83) interposta contra a r. sentença de fls. 97/99 (da lavra do MM. Juiz Luis Fernando Nardelli), cujo relatório se adota, proferida em ação de cobrança, julgada procedente em parte, "*... para condenar o réu a pagar à autora o valor de R$31.810,33, devidamente corrigido com juros e multa nos termos da inicial. Condeno o réu em custas, despesas processuais, além de verba honorária fixada em 10% sobre o valor corrigido da condenação. por ser o réu beneficiário da justiça gratuita, fica suspensa a exigibilidade quanto à verba de sucumbência nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50*".

Alega o réu e apelante, preliminarmente, carência de ação e inépcia da petição inicial. No mérito, pugna, em extrema síntese, pela reforma do julgado, dizendo não ter sido o usuário do serviço na época do vencimento das faturas.

O recurso foi recebido no duplo efeito (fl. 111).

Vieram contrarrazões às fls. 118/124.

É o relatório.

O recurso é tempestivo (fls. 101 e 102) e foi regulamente processado.

Não obstante tenha-se reconhecido a prescrição do direito acional, por meio do aresto prolatado por esta relatoria (fls. 134/136), houve a interposição de Recurso Especial (fls. 148/153), recebido para o fim de que a questão fosse reapreciada nos moldes de citado Recurso Repetitivo (Tema 252), do Superior Tribunal de Justiça, que disciplinou o prazo prescricional, para a hipótese, como sendo o decenal (fls. 170/171).

Pois bem. Afastado o decreto prescricional, que sob entendimento hierarquicamente superior, definiu pelo prazo a ser seguido de dez anos, para a cobrança de tarifas por prestação de serviços de água e esgoto, passo ao exame do mérito propriamente dito.

A autora promoveu a presente ação visando o recebimento da quantia de R$35.451,83, referente a débitos de contas de água e esgoto do período de fevereiro a dezembro de 2004 e junho de 2009, conforme planilhas de débitos

Acesso ao Sumário

(fls. 27/29), certo de que o débito vencido no ano de 2000 foi declarado monocraticamente prescrito, sem insurgência da companhia autora.

A r. sentença ainda merece reforma, respeitado o entendimento de seu ilustre prolator, ora por outra razão.

Não obstante o tempo que se transcorreu até que a autora resolvesse cobrar os débitos descritos na inicial, a ação foi proposta acertadamente em face do usuário do serviço da ré, Sr. Antonio Carlos Manoel do Rosário, tal como descreve a inicial e se extrai da planilha de débitos juntada aos autos inicialmente (fl. 26).

Não obstante, o feito tomou rumo equivocado quando se verificou a dificuldade de localização da pessoa demandada (fl. 48) que, mesmo sem demonstrar se esconder e com endereço certo (fl. 50), optou a autora em substituí-lo por quem, anos depois, passara a ocupar o imóvel (apelante), logicamente sem qualquer responsabilidade pelos débitos gerados pelo conhecido e antigo ocupante do imóvel, excluído da lide por conveniência.

Ora, dito isso, a questão grave que tem suscitado dúvida nos julgados do nosso Tribunal, diz respeito à despesa de água, relacionada com o fornecimento de serviços fundamentais para a habitabilidade de imóveis residenciais, ou não, Tal despesa é relacionada com o fato de a Sabesp admitir a possibilidade de pessoas que não são proprietárias dos imóveis, neles providenciarem a ligação de serviços para uso que se destina a pessoa ou família dos ocupantes (por decorrência de posse, locação, cessão, etc...).

Resta saber, assim, se podem tais empresas interromper o fornecimento desses serviços pelo fato de haver débito em nome de terceiros, anteriores titulares do bem, sem que desse fato tome conhecimento o atual dono do imóvel, a quem o serviço não foi prestado? Após a saída do ocupante do imóvel, o proprietário atual responde pela dívida daquele ocupante?

A dificuldade existente diz respeito à determinação da legitimidade passiva para a ação de cobrança e responsabilização civil correlata.

A mim me parece que a companhia fornecedora dos serviços, ao admitir a ligação (no caso, de água), admite o risco da inadimplência por parte do então ocupante, sem ação contra o proprietário atual, ao menos até que tome providências no sentido de cientificá-lo do serviço prestado em seu imóvel e do débito, em aberto, das contas desse serviço.

Acesso ao Sumário

Na compreensão desses fatos, acaba havendo então, dois sistemas que precisam ser harmonizados:

[a] o do direito de propriedade (com solução que aponta o dono como responsável);

[b] o do direito de obrigação, que obriga as partes a uma leal e clara relação contratual.

Harmonizados tais sistemas, não se pode autorizar a companhia prestadora de serviço a providenciar o corte de fornecimento, sem que antes ela ao menos providencie a ciência e conhecimento do dono do imóvel (ou, ainda, do atual dono do imóvel) e que tais providências sejam tomadas, no máximo, nos três meses subsequentes ao primeiro mês de inadimplemento (prazo que se considera razoável e suficiente para que a empresa prestadora do serviço dê notícia ao proprietário de um fato importante, relacionado com o imóvel de sua propriedade).

Ciente o proprietário atual, aí sim terá ele condições imediatas de fazer, se o caso, o pagamento do que está atrasado, refazer a ligação em seu próprio nome e, também se o caso, voltar-se contra quem quer que tenha usufruído dos serviços e gerado o débito, sem deixar que a dívida tenha assumido proporções de vulto, pelo transcurso de longo lapso de tempo.

Não se pode, pois, permitir que essa dívida assuma valores estratosféricos por desídia da companhia, negligente para promover o conhecimento do dono do imóvel para as providências necessárias ao pagamento do débito tão logo se verifique o inadimplemento que onera o serviço que beneficia bem de sua titularidade.

No caso dos autos, cobra a Sabesp do autor-proprietário do imóvel por serviços que teriam sido por ela prestados em período em que o imóvel estava destinado a terceiro, alias conhecido pela autora. Mesmo assim, optou em receber anos depois de quem sabia nada dever, nada tendo sido demonstrado quanto a medidas tomadas em relação ao efetivo usuário dos serviços prestados nos meses em questão e efetivo devedor das contas cobradas. Cômodo para a companhia: não cobra do usuário do serviço, deixa o tempo passar, o débito se avolumar, e restringe o proprietário do uso de seu bem, caso não pague a dívida de outro.

Tal posicionamento parece ser, s.m.j., o melhor para solução de casos como o da espécie, até porque, em se tratando de relação consumerista, é preciso que o consumidor tenha fruído concretamente do serviço para que seja legitimado a ocupar o polo passivo da contraprestação respectiva.

Consideradas as circunstâncias fáticas específicas da hipótese vertente, julgo improcedente a ação, condenando a autora no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios da parte contrária, que ora fixo em R$1.500,00 (hum mil e quinhentos reais), com correção a partir deste julgamento.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso, nos termos do acórdão.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1023835-38.2016.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante KELLOGG BRASIL LTDA., é apelado MARCIO DELLA SANITA ME.

ACORDAM, em 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14395)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente sem voto), EDGARD ROSA e AZUMA NISHI.

São Paulo, 10 de novembro de 2016.

CLAUDIO HAMILTON, Relator

Ementa: LOCAÇÃO DE BEM MÓVEL - COBRANÇA - Ventiladores do tipo evaporador - Inadimplemento dos alugueres por parte da locatária que restou demonstrado - Invocação da *exceptio non adimplecti contractus* por não haver a parte locadora realizado as manutenções dos equipamentos e deixado de emitir as notas fiscais respectivas - Não acolhimento - Fixação do valor do aluguel pelo magistrado de primeiro grau em R$ 3.200,00, para todo o período posterior a fevereiro de 2013, levando em consideração o fato de que houve desvalorização e falta de manutenção dos equipamentos - Procedência parcial - Sentença mantida - Observação quanto à incidência dos juros legais de 1% ao mês, que devem ser contados da citação - Correção monetária a partir de cada vencimento da obrigação - Recurso desprovido, com observação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação de cobrança de alugueres que MARCIO DELLA SANITA ME move em face de KELLOG BRASIL LTDA., julgada parcialmente procedente para declarar rescindido o contrato de locação por inadimplemento da ré, condenada esta a restituir os bens (ventiladores), com o ônus de desmontar os equipamentos, deixando-os disponíveis para retirada pelo autor. A ré foi condenada ainda no pagamento dos alugueres, no valor mensal de R$ 3.200,00,

a partir de fevereiro de 2013, até a efetiva devolução, com acréscimo de juros de mora de 1% ao mês, correção monetária pela Tabela Prática do TJSP e multa moratória de 2%. Foi fixada sucumbência recíproca.

Apelo da ré pretendendo a reforma da sentença, argumentando, em resumo, que a autora descumpriu mais de uma cláusula do contrato, onde estava prevista obrigação antecedente e prejudicial, o que acabou impossibilitando a apelante de cumprir sua parte no trato, eis que houve violação ao item "c" da cláusula sétima, pois deixou a autora de realizar a manutenção preventiva dos equipamentos, além de que violou o parágrafo terceiro da cláusula quinta do contrato, eis que a partir de fevereiro de 2013 simplesmente parou de emitir nota fiscal pela prestação dos serviços de locação. Também, alega que, conforme parágrafo primeiro da cláusula quarta, a prorrogação do contrato estava condicionada a expressa e inequívoca manifestação das partes, o que não ocorreu. Assim, afirma que havia motivo suficiente para deixar de efetuar o pagamento dos alugueres. Invoca a teoria da *exceptio non adimplecti contractus*. Assevera que não estava em mora, eis que a locadora se manteve inerte por mais de 3 anos, sem reclamar o recebimento dos valores supostamente devidos, tampouco a devolução dos equipamentos locados. Insiste que sem a emissão de nota fiscal não há como proceder aos pagamentos. Aponta que houve desvalorização dos equipamentos. Ainda, sustenta ser equivocada a fixação do valor do aluguel pelo magistrado em R$ 3.200,00 para todo o período posterior a fevereiro de 2013, levando em consideração o fato de que houve desvalorização e falta de manutenção dos equipamentos. Acrescenta que requereu prova pericial visando à quantificação do valor correto do aluguel a partir de fevereiro de 2013. Requer a revisão dos valores e alternativamente requer a anulação da sentença para a produção da prova pericial. Ainda de forma subsidiária requer a fixação do termo inicial dos juros e correção monetária a partir da data em que recebida a notificação extrajudicial, quando foi constituída em mora.

Recurso respondido.

É o relatório.

Alega a autora, em síntese, que, em 18 de abril de 2011, as partes celebraram um contrato de locação de 5 ventiladores do tipo evaporador R140 - TF220 - IFGD modelo 800, no valor de R$ 80.548,32, a ser pago em 12 parcelas iguais e sucessivas de R$ 6.712,36. Afirma que por sete meses, a ré efetuou o pagamento das parcelas regularmente, tendo solicitado à parte autora a emissão de notas fiscais, com valor menor. Alega que, em fevereiro de 2013, a ré interrompeu os pagamentos. Assim, é a presente ação para reclamar a rescisão do contrato de locação, com a condenação da empresa ré ao pagamento dos alugueres vencidos, vincendos e da multa contratual prevista, bem ainda a devolução dos ventiladores.

Acesso ao Sumário

A ré, citada, contestou, alegando, em suma, que a ação somente foi ajuizada após 3 anos da alegada inadimplência. Afirmou que os ventilares não estão sendo utilizados desde março de 2013. Requereu a rescisão da avença. Asseverou que não pode remover os equipamentos, por força de disposição contratual. Sustentou que não houve solicitação expressa quanto à prorrogação do contrato. Requereu a improcedência.

Houve réplica.

A ação foi julgada parcialmente procedente.

Pelo que se observa do teor do contrato particular de locação e outras avenças firmado entre as partes, foi estabelecida a avença pelo prazo de 12 meses, com início em 18/04/2011.

Não obstante constar disposição expressa no contrato no sentido de que a renovação somente seria possível mediante forma e expressa manifestação de vontade entre as partes (cláusula 4ª), a verdade é que a locação se prorrogou além do prazo estabelecido no contrato, sem que houvesse qualquer oposição das partes litigantes.

Assim, correta a sentença ao adotar a norma prevista no art. 574 do Código Civil, que prevê que nessas hipóteses a locação foi prorrogada, pelo mesmo aluguel, e sem prazo determinado.

Aliás, o fato da locatária haver se utilizado dos equipamentos, desde março de 2013, ou não, é de somenos importância, pois que os equipamentos não foram devolvidos à locadora, nem tal circunstância impede a locadora de exigir os alugueres devidos.

Demais, cabia à locatária providenciar a devolução dos equipamentos, se não mais lhe interessava, visando à rescisão do contrato entabulado entre as partes.

Como vem salientado em sentença, a locadora manifestou expressa intenção em dar prosseguimento à locação, enviando proposta de renovação à locatária, o que afasta o entendimento de que teria desistido de seu crédito locatício.

Portanto, como os equipamentos locados não foram devolvidos, subtende-se que houve prorrogação do contrato de locação, o que não dá à locatária o direito de invocar o instituto da "*supressio*".

De outra parte, a alegação de que não houve pagamento dos locativos porque não teria a locadora emitido as notas fiscais respectivas, não socorre a locatária apelante, mesmo porque poderia ter exigido tais notas, ou consignado judicialmente os valores dos alugueres.

Demais disso, não há ainda possibilidade de invocar a exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimplecti contractus*).

Não se pode dizer que a parte locadora teria deixando de dar cumprimento às obrigações pactuadas, no tocante à manutenção dos equipamentos conforme item "c" da cláusula sétima do contrato.

Note-se que há notícia de que as partes demandaram perante a Justiça do Trabalho, para o estabelecimento de relação empregatícia, tendo o Sr. MÁRCIO DELLA SANITA, logrado obter pronunciamento favorável em primeiro grau, o qual veio a ser reformado pelo Tribunal.

Cumpre verificar ainda que há alegação de que a locatária proibiu a entrada do Sr. Márcio Della Sanita, nas suas dependências, diante das pendências existentes, o que, de certa forma, obstou o cumprimento de suas obrigações contratuais.

Verifica-se ainda que as notas fiscais de prestação de serviços juntados a fl. 143/191 e 193/208 dizem respeito a contrato de prestação de serviços de manutenção e reparos de outros equipamentos da linha de produção da ré. A única nota que diz respeito a este contrato foi juntada a fl. 192.

No que diz respeito ao valor dos alugueres, há de se verificar que o contrato foi firmado em abril de 2011, pelo valor de R$ 80.548,32, a ser pago em 12 parcelas mensais de R$ 6.712,36.

Ou seja, os locativos foram fixados em R$ 6.712,36 e diziam respeito aos equipamentos e manutenção.

A sentença arbitrou os alugueres em R$ 3.200,00, ou seja, no mesmo valor da proposta de renovação contratual de fl. 309/312, enviada pela locadora.

Tal valor não é elevado, nem pode ser considerado irrisório, tendo em conta, especialmente, que o magistrado observou para a sua fixação a alegada depreciação dos equipamentos e, ainda, a alegada falta de manutenção dos equipamentos por parte da locadora.

E não era caso de se determinar a realização de prova pericial, diante da própria proposta enviada pelo locador, que não foi impugnada.

A devolução dos equipamentos é de rigor, pela rescisão judicial da avença.

A alegação de que o termo inicial dos juros deve ser contado a partir da data em que recebida a notificação extrajudicial, não pode ser acolhida, pois que a parte foi constituída em mora pela citação.

Ademais, a correção monetária deve incidir a partir de cada vencimento.

Consequentemente, fica mantida a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos, com observação.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso, com observação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009870-18.2012.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS S/A, é apelado PRÁTICOS SERVIÇOS DE PRATICAGEM DO PORTO DE SANTOS E DA BAIXADA SANTISTA SS. LTDA.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 16097)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente sem voto), LINO MACHADO e CARLOS RUSSO.

São Paulo, 9 de novembro de 2016.

MARIA LÚCIA PIZZOTTI, Relatora

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO REGRESSIVA - DANOS EM EMBARCAÇÃO - SEGURO MARÍTIMO - ACIDENTE MARÍTIMO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO PRÁTICO - EXCEÇÃO - CONDUTA CULPOSA REPELIDA - NEXO DE CAUSALIDADE AFASTADO - DEVER DE INDENIZAR NÃO APURADO - RESPONSABILIDADE DO ARMADOR E DO COMANDANTE - NORMAS MARÍTIMAS - ÔNUS DA PROVA - HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA - REDUÇÃO - EQUIDADE.

- Praticagem que consiste em assessoria ao Comandante, para a segurança no atracamento de embarcações - serviço essencial, de natureza pública e obrigatório (art. 12, da Lei n. 9.537, de 1997). Prático que se submete à autoridade do Comandante (art. 9º, da LESTA), responsável pela embarcação independente da presença do auxiliar, que inclusive pode ser contrariado (NORMAM n. 12);

- Responsabilidade do armador ou do comandante que não torna o prático imune de responsabilidade - sujeição ao ordenamento pátrio (artigos 186 e 927, do Código Civil). Atividade sujeita às normas marítimas

Acesso ao Sumário

e, principalmente, às consequências jurídicas de seus atos, plenamente possível a ação regressiva do armador (seguradora), com fundamento no artigo 934, do Código Civil desde que apurada com precisão a culpa e o nexo de causalidade (teoria da causalidade adequada - doutrina);

- Decisão do Tribunal Marítimo que ostenta natureza de elemento de prova dos fatos e circunstâncias colhidos na esfera administrativa, passível de revisão judicial e dotada de presunção relativa (art. 18, da Lei n. 2.180, de 1954) - higidez da conclusão não elidida pelas outras produzidas em juízo (art. 373, inciso II, do NCPC);

- Ausência de demonstração da responsabilidade (culpa) do prático no sinistro. Condições não elucidadas na esfera administrativa, ausente prova da conduta ("erro específico") do prático - responsabilidade do comandante, cuja nacionalidade não o desobriga de conhecer a legislação e cumpri-la (art. 8º, da LESTA, e art. 3º, da LINDB);

- Inviável a demanda regressiva por força da culpa exclusiva da própria segurada (armadora), por força do art. 932, inciso III, do Código Civil. Erro genérico não imputável ao prático alegado descumprimento da NORMAM n. 08 que não se mostrou decisivo para o sinistro (teoria da causalidade adequada);

- Interação hidrodinâmica que é causa hipotética do sinistro - despropositada a fixação do dever de indenizar com base em nexo hipotético de causalidade (art. 186, do Código Civil) - responsabilidade exclusiva do Comandante;

- Honorários advocatícios - valor da causa excessivo, necessária redução de acordo com os critérios da lei (artigo 20, §3º, do CPC73 / art. 85, §2º, do NCPC). Cognoscível a fixação por equidade (art. 20, §4º, do Código Buzaid), reduzindo o montante para 5% do valor atualizado da causa;

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Cuida-se de recurso de **apelação** interposto contra a r. sentença de fls. 2.452/2.461, cujo relatório adota-se, que julgou **IMPROCEDENTE** o pedido inicial, condenando a autora ao pagamento das custas e honorários - estes últimos arbitrados em 10% do valor atualizado da causa. Fundamentou que não há como admitir a **responsabilidade** do **prático**, que exerce a ***"assessoria ao Comandante"*** da embarcação, não tendo comprovado o **erro específico** que caracterize sua **culpa**.

Vencida, insurge-se a demandante, Sul América Companhia Nacional de Seguros S.A. Repetiu que o acidente e o **prejuízo** segurado decorreram da **culpa** do prático, que não observou as normas de navegação e causou o "desgoverno" da embarcação - impositiva, portanto, a procedência e condenação da ré pelas despesas pagas ao segurado.

Disse que as ordens do prático (Orlando Couto Junior) contrariam a legislação marítima, tendo sido alertado pelo mestre rebocador do risco da manobra; evidenciada a responsabilidade nas conclusões do ***expert*** que afirmou: ***"o cenário produzido pelo navio foi totalmente contrário a regra marinheira"***. Arguiu que a MM. Magistrada **não** levou em consideração o laudo pericial, limitando-se a reiterar as conclusões do Tribunal Marítimo, de natureza administrativa.

Reiterou, ainda, que o comandante (polonês) não tinha condições ou obrigação de conhecer as normativas da Marinha Brasileira, evidente a **responsabilidade** do prático que, alertado, ignorou os riscos da manobra e a contrariedade da normativa - causando o sinistro e, consequentemente, os prejuízos experimentados. Alternativamente, indicou o **excesso** dos honorários recursais fixados. Pugnou, assim, pela reforma da decisão.

Regularmente processado, vieram contrarrazões e os autos foram remetidos a este E. Tribunal. Nesta Instância, a C. 8ª Câmara de Direito Privado **declinou** a competência recursal, determinando a redistribuição do feito.

É o relatório.

Sul América Companhia Nacional de Seguros S.A. (ora apelante) ajuizou **ação regressiva** em face de Práticos Serviços de Praticagem do Porto de Santos e Baixada Santista Sociedade Simples Ltda. Narrou, em apertada síntese, que figura como **seguradora** da Sulnorte - empresa responsável pela atracação do navio NM MV Nordborg.

A atracação no porto de Santos dependia da **inversão de sentido** da embarcação, com o giro de 180º auxiliado por **rebocadores** e pelo serviço de **praticagem**. O prático Orlando Couto Junior, no entanto, teria realizado **manobra irregular**, em desacordo com a legislação marítima, e que culminou

Acesso ao Sumário

com o sinistro coberto pela seguradora. Com efeito, requereu a condenação da ré ao pagamento dos **prejuízos** experimentados em regresso.

Por sentença (fls. 2.452/2.461), a MMª. Magistrada julgou **IMPROCEDENTE** o pedido inicial. Fundamentou que o prático age como *"**conselheiro**"* do comandante do navio, não evidenciada a **responsabilidade** daquele pelo sinistro; evidente a responsabilidade do comandante pela ***"atracação de um navio em perfeita segurança"***, agindo o prático como ***"mero assessor"***. Asseverou, também, que o prático responde pelos ***"erros específicos"***, quando suas ***"sugestões"*** se qualificam como impróprias, em ***"erro que escapa dos limites normais do conhecimento do Comandante"***.

A sentença da R. Primeira Instância consigna que o Tribunal Marítimo **eximiu** o mestre do rebocador de responsabilidade, apontando que não ficou evidenciada a ***"causa determinante do evento".*** Deste modo, não demonstrados os **fatos constitutivos** do direito (culpa do preposto da ré), impõe-se a improcedência do pedido regressivo. Contra a r. decisão, insurge-se a demandante reiterando as razões da exordial, especialmente consideradas as ilações a partir do laudo pericial.

A controvérsia devolvida a esta Instância está adstrita à **prova** sobre a **responsabilidade** pela manobra e, principalmente, o nexo causal entre a conduta do prático e o sinistro coberto pela seguradora. As demais questões suscitadas na R. Primeira Instância não foram **devolvidas** a este E. Tribunal de Justiça (art. 1.013, do Novo Código de Processo Civil) - desnecessário, portanto, tecer quaisquer considerações sobre a legitimidade de parte e possibilidade da pretensão indenizatória.

A Lei que regulamenta a **segurança** do tráfego aquaviário no país (Lei n. 9.357, de 1997), estabelece, no artigo 12, que a **praticagem** consiste no ***"conjunto de atividades profissionais de assessoria ao Comandante requeridas por força de peculiaridades locais que dificultem a livre e segura movimentação da embarcação"***. Cuida-se de **serviço essencial** de interesse público e utilização **obrigatória** pelos armadores; o prático é um **auxiliar técnico** do Comandante.

Segundo o artigo 9º, da Lei n. 9.537, de 1997, ***"todas as pessoas a bordo estão sujeitas à autoridade do Comandante"***. Neste sentido, o prático se **submete à autoridade do comandante** - responsável por toda a ***"operação e manutenção de embarcação, em condições de segurança"*** (Lei n. 9.537, de 1997 - art. 2º, inciso IV); a quem compete, **exclusivamente**, a responsabilidade pelo comandante. Ao contrário do direito alemão, o prático **não** assume o comando ao tempo da praticagem[1], o que o tornaria **imune** ao dever de indenizar - imputável exclusivamente ao armador ou ao comandante

1 SANTOS, Theophilo de Azeredo. *Direito da Navegação (Marítima e Aérea): Doutrina, jurisprudência, legislação.* Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 173.

Acesso ao Sumário

('culpa in eligendo').

Aqui, importante destacar que a relação entre as partes (Associação de Práticos) e a armadora (segurada) **não** apresenta natureza **contratual** - despropositado enquadrar a prática como **consumerista**. Não se pode confundir prestação de serviços com a simples aplicação da Lei n. 8.078, de 1990, evidente a inviabilidade de subsunção da relação jurídica aos critérios subjetivos dos artigos 2º e 3º. Se por um lado carece **liberdade** do armador para contratar, o "serviço" prestado pelo prático não apresenta **equilíbrio**, já que prestado ***"sob a autoridade hierárquica do comandante"***[2].

Corrobora a Norma da Autoridade Marítima n. 12, que prevê que ***"a presença do prático a bordo não desobriga o Comandante e sua tripulação dos seus deveres e obrigações para a com a segurança da embarcação, devendo as ações do Prático serem monitoradas permanentemente"*** (item 230, ***alínea 'a'***). Ainda, a NORMAM 12 estabelece que o Comandante pode ***"dispensar a assessoria do Prático, quando convencido que o mesmo está orientando a faina de praticagem de forma perigosa"*** (alínea ***'b'***-4). Resume Luiz Carlos de Araújo Salviano - juiz do Tribunal Marítimo:

> ***"Em parecer emitido pelo Egrégio Tribunal Marítimo, em 1991, aquela Colenda Corte de justiça Marítima já afirmava que o armador era civilmente responsável pela reparação de danos decorrentes de fatos e acidentes da navegação previstos em sua Lei Orgânica, ou seja, na Lei nº 2.180, de 5 de fevereiro de 1954, provocados por erro de práticos no exercício de suas atividades laborativas a bordo. (SALVIANO, 2000, p. 11)"***[3].

Supor a **responsabilidade objetiva** ou mesmo a flexibilidade da culpa ou do nexo significaria arriscado ***spreading*** econômico sobre o serviço portuário (já notoriamente oneroso). A transferência indistinta da responsabilidade aos práticos contraria a obrigação **legal** imposta aos Comandantes e Armadores.

Não à toa, os Estados Unidos da América estabeleceram regramento distinto para a responsabilidade do prático (***'dual rate'***) como lecionam Xavier e Fernandes: ***"este sistema adotava dois valores para o serviço de praticagem; o primeiro, sem qualquer acréscimo, responsabilizava o armador por qualquer dano ocorrido durante a faina de praticagem, já o segundo, tinha um custo muito maior, pois os práticos assumiriam a responsabilidade civil, assim obrigavam estes profissionais a terem seguro e isso refletia diretamente no montante arcado pelos armadores"***[4].

Acesso ao Sumário

2 PIMENTA, Matusalém Gonçalves. *Responsabilidade Civil do Prático*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007, p. 126.

3 *Apud* PIMENTA, 2007, p. 144.

4 XAVIER, Jéssica Hellen da Silva; FERNANDES, Brenda Camilli Alves. "A Responsabilidade Civil do Prático: Dos Diplomas Legais à Prática do Porto de Natal" in *Observatório em Comércio Exterior*, ano 7, Vol. 1, 2014, p. 18.

Aliás, a obra doutrinária do Ilustre Patrono da recorrente indica: ***"nenhum comandante autorizará uma manobra com o navio, sob seu comando e responsabilidade, se não estiver convicto de que estão resguardadas as condições satisfatórias de segurança da navegação"***[5]. Em suma não há dúvida de que a **responsabilidade do capitão** é ***"máxima"***, pois assim é sua autoridade a bordo[6]. Consequentemente, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código Civil, a responsabilidade é, **em regra**, do armador.

No entanto, não há como **eximir** o prático de **qualquer** responsabilidade, sob pena de negar vigência às regras elementares do direito pátrio (artigos 186 e 927, ambos do Código Civil)

Apesar do entendimento **majoritário** da doutrina e dos precedentes do Tribunal Marítimo[7], não se pode cogitar uma **imunidade absoluta** dos práticos. O serviço de praticagem, seja pelos profissionais habilitados, seja pelo órgão gestor, se sujeita às **normas** marítimas e, especialmente, às consequências de seus atos. Não há como supor que os práticos gozem de **imunidade** civil; o fato de responderem como "assessores" do Comandante **não** os exime da **responsabilidade** por seus atos - se verificada **culpa grave** ou **dolo**.

A função do prático tem **razão de ser**, qual seja, fornecer **conhecimento técnico** do local da atracação ao Comandante. Se houver falha **neste** desiderato, não há porque repelir o direito de **regresso** do armador contra o prático ou a associação. O Comandante (estrangeiro) não apresenta conhecimento técnico sobre o **local** e condições específicas da atuação do prático, razão pela qual até mesmo sua autoridade sobre este encontra **limite** no seu conhecimento.

Nos termos do artigo 934, do Código Civil, possível cogitar a **ação de regresso** entre o armador e o prático. A hipótese se justifica quando há **erro específico** do prático. Leciona a doutrina especializada de Matusalém Gonçalves Pimenta:

> ***"Assim, conclui-se que o limite para a responsabilidade civil do prático passa por uma ação de regresso a ser proposta pelo armador, quando, e somente quando, ficar estabelecido que a causa determinante do dano foi erro específico do prático, tendo em vista que os erros genéricos levam à responsabilização do comandante, em consonância com a Teoria da Causalidade Adequada"***[8].

Com efeito, é **possível** a responsabilidade civil do prático, de forma **excepcional**, quando verificados de forma inequívoca os requisitos do dever de

Acesso ao Sumário

5 CREMONEZE, Paulo Henrique. Prática de Direito Marítimo : o contrato de transporte marítimo e a responsabilidade civil do transportador, 3ª Ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Aduaneiras, 2015, p. 76.

6 GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. Teoria e Prática do Direito Marítimo, p. 99.

7 Decisões de natureza "probatória", sujeitas à revisão jurisdicional pelo Poder Judiciário (art. 18, da Lei n. 2.180, de 1954).

8 Ob. Cit., p. 147.

indenizar, especialmente o nexo de causalidade e a culpa para o sinistro marítimo. Assim, impositiva a análise das provas trazidas à colação e produzidas.

De plano, cumpre reiterar a **validade probatória** da conclusão do Tribunal Marítimo. A presunção relativa das conclusões do ente administrativo não foi elidida por quaisquer outros elementos de prova, inafastável a conclusão de que **não** foi elucidada a dinâmica fática a fim de demonstrar a culpa - manifestou-se aquele colegiado que ***"a causa determinante não restou apurada com a devida precisão"***, eximindo o rebocador de qualquer responsabilidade (fl. 1.943).

Ainda segundo o Acórdão n. 24.074, ***"restou demonstrado nos autos que ocorreu algo inesperado na manobra que estava sendo executada, uma vez que o rebocador recebeu os cabos e afastou-se normalmente do navio, cerca de 25 metros"*** (fl. 1.945); plausível a tese de a perda do controle teria origem no cabo para reboque que ***"tesou inesperadamente"*** desgovernando a embarcação menor.

Não bastasse a conclusão do Tribunal Marítimo, as provas colacionadas **não** permitem concluir a **culpa** do prático para o sinistro. Nas exatas palavras da decisão da R. Primeira Instância, não ficou demonstrado o **"erro específico"** vinculado à atividade do prático - inviável, portanto, a responsabilidade regressiva.

Não há dúvida de que a manobra foi **planejada** e realizada pelo Comandante do navio N/M Nordobrg com o prático Orlando Couto Junior. A nacionalidade do comandante, porém, não serve de arrimo para a transferência da responsabilidade ao prático - já que nada o desobriga a ***"conhecer as peculiaridades"*** do porto destinatário (art. 8º, inciso I, da LESTA). Inolvidável, aqui, que ***"ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece"*** (art. 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Ainda que não seja obrigado a conhecer as **normativas** da Marinha Brasileira, o Comandante a elas se **sujeita** (fl. 2.291). O sinistro ocorreu de **erro genérico**, imputável ao responsável pela embarcação e, consequentemente ao armador - isto é, culpa **exclusiva** da própria vítima (segurada), em que a recorrente se sub-rogou, tornando inviável a pretensão regressiva.

Acesso ao Sumário

De fato, o rebocador não deveria "pegar os cabos arraidos pela proa do navio, devendo essa passagem ser feita por meio de retinida" (fl. 2.293). Ocorre que a alegada violação da NORMAM n. 08 (Capítulo 3) não se mostrou **causa** do acidente, já que a perda do controle do rebocador ocorreu quando já estava há mais de **25 ou 30 metros** do cargueiro. As forças da hidrodinâmica são causa **hipotética** do sinistro, não elucidado pelas provas colhidas, razão pela qual a responsabilidade é **exclusiva** do Comandante.

Aqui, não se pode admitir que a NORMAM que proscreve a **aproximação**

de embarcações, para evitar a hidrodinâmica, seja **inédita** para o Comandante. Salvo melhor juízo, os efeitos da física e, consequentemente, da hidrodinâmica são uniformes nos mares internacionais, logo, se houve falha na manobra planejada, com risco à embarcação, deveria o Comandante tê-la vetado, como lhe permite a legislação, a mesma que lhe impõe a **completa** e **absoluta** autoridade sobre a embarcação, tripulantes e o próprio prático. Aliás, o perito conclui de forma exaustiva que ***"o abalroamento não se deu por interação hidrodinâmica"*** (fl. 2.308).

O Comandante refutou que tenha havido qualquer problema de **comunicação** (fl. 2.316). A manobra supostamente recusada pelo rebocador **não** foi a causa do acidente. Nas palavras do ***expert***, ***"não houve problemas por parte do rebocador para receber os cabos do navio na posição roda roda"*** (fl. 2.319). A **aparente** causa foi o "tesamento dos cabos", não relacionada à alegada violação.

Ao contrário do alegado pela recorrente, não há **erro específico** do prático. A perícia afirmou de forma expressa que a causa **não** foi a manobra gerida pelo prático e, ainda que fosse, a responsabilidade seria do **Comandante**, já que não há qualquer **especificidade** da obrigação do prático que tenha sido descumprida. Os quesitos suplementares e impugnação da requerente não tiveram o condão de alterar as conclusões do ***expert***. Resume:

> ***"Correto é o fato de que o lançamento do cabo de reboque sem uso de retinida é irregular, como amplamente relatado no laudo pericial. Entretanto, como relatamos no laudo, apesar da irregularidade, não houve interação hidrodinâmica nesta fase da manobra. O abalroamento se deu, após a passagem dos cabos, e no momento que o rebocador se afastava do navio, ocorreu tesamento inesperado do cabo de reboque (cabo deixou de correr livremente, impossibilitando o afastamento das embarcações)"*** - fl. 2.394.

Assim, não há dúvida da **improcedência** do pedido regressivo. Destarte, a sentença da R. Primeira Instância deve ser prestigiada, por seus próprios e bem lançados fundamentos.

Para tanto, valho-me do artigo 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça. Referido dispositivo estabelece que ***"Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la".***

O COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA tem prestigiado este entendimento quando predominantemente reconhece ***"a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum"*** (REsp n° 662.272-RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. de 4.9.2007; REsp n° 641.963-

Acesso ao Sumário

ES, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. de 21.11.2005; REsp n° 592.092-AL, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.12.2004 e REsp n° 265.534- DF, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j de 1.12.2003).

Comporta, contudo, **singela** alteração a sentença quanto às **verbas de sucumbência**. O valor da causa atualizado ultrapassa **três milhões** de reais, evidente a **desproporção** entre o labor exercido, a natureza da demanda e complexidade com os **honorários** fixados. Já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça que o juiz **não está vinculado aos limites percentuais do artigo 20, parágrafo 3º**, do Código Buzaid quando o valor for **irrisório ou excessivo**, em desconformidade com as alíneas do referido parágrafo ou mesmo com vista na equidade que determina o parágrafo 4º.

Cita-se o Agravo Regimental no Recurso Especial n. 754.049-PI, de relatoria do Ministro Vasco Della Giustina, em que foi determinada a aplicação de percentual menor ao mínimo legal (10%), considerado o local de prestação do serviço, o grau de zelo do patrono e, principalmente, a natureza e importância da causa. Transcrevo, ainda, excerto jurisprudencial do STJ:

> "PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 20, §4º, CPC. RECURSO ESPECIAL. REQUERIDA MAJORAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. I - Os honorários advocatícios foram fixados, *in casu*, tendo-se em conta o princípio da eqüidade, conforme explicitado no aresto *a quo*. Assim sendo, incide a Súmula n. 7/STJ, no particular, eis que descabe, nesta via extraordinária, o julgamento acerca do disposto nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do §3º do artigo 20 da Lei Instrumental Civil. II - A propósito, confira-se: 'A jurisprudência desta Corte está de acordo em que a teor do estabelecido no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, não está o juiz adstrito aos limites indicados no § 3º do referido artigo (mínimo de 10% e máximo de 20%), porquanto a alusão feita pelo § 4º do art. 20 do CPC é concernente às alíneas do § 3º, tão-somente, e não ao seu caput. Se o Tribunal *a quo* fixou os honorários de acordo com o §4º do artigo 20 do CPC, fazendo-o consoante apreciação eqüitativa, em atenção às normas das alíneas constantes do § 3º daquele dispositivo legal, torna-se impossível contestar tal fixação, uma vez ser indispensável, para tanto, o reexame dos requisitos considerados pelo julgador. Incide na espécie a Súmula nº 7/STJ'. (REsp 741776/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ de 05/12/2005). III - Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1034385/ES, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/04/2008, DJe 15/05/2008)

Neste propósito, o Novo Código de Processo Civil também autoriza a fixação por **equidade** no artigo 85, §8º. Deste modo, considerando os critérios especificados na própria legislação processual (zelo profissional, prestação do

Acesso ao Sumário

serviço, natureza e importância da causa e labor exercido), entendo que a verba honorária deve ser **reduzida** para 5% **(cinco por cento)** do valor atualizado da causa.

E, ante a adoção dos termos da sentença, mais, creio, é desnecessário.

Diante do exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, apenas para **reduzir** os honorários de sucumbência para 5% do valor atualizado da causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1023507-13.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA., é apelado ADILSON JOSÉ VIEIRA PINTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 25ª 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 34.558)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores KIOITSI CHICUTA (Presidente), MARCONDES D'ANGELO e MELO BUENO.

São Paulo, 18 de novembro de 2016.

KIOITSI CHICUTA, Relator

Ementa: Prestação de serviços. TV a cabo. SKY. Recusa da ré na prestação de serviços sob argumento de pendência anterior não solvida. Não restituição dos aparelhos cedidos ao término do vínculo contratual. Fato ocorrido há anos atrás e em cidade diversa. Sentença de procedência de nulidade do débito e condenação do réu ao pagamento de dano moral de R$ 6.000,00. Ré que não oferta subsídios em relação ao vínculo anterior e no qual anota não devolução dos equipamentos pelo usuário. Dano moral, porém, não caracterizado. Anotação interna nos arquivos da própria prestadora de serviços e sem publicidade para terceiros. Não equiparação a casos de anotações em órgãos de proteção ao crédito. Situação de mero aborrecimento. Recurso provido em parte.

Não comprovando a existência de débito do autor por

Acesso ao Sumário

fato ocorrido há muitos anos e em cidade diversa, anotando o autor que se cuida de não devolução dos equipamentos no ato do rompimento do vínculo anterior, a inexigibilidade restou corretamente reconhecida.

No entanto, não havendo publicidade do fato, tanto que não anotado o nome do autor em órgãos de proteção ao crédito, limitando-se a prestadora de serviços a anotar a circunstância em seus arquivos, a qual foi utilizada para recusar novo contrato pelo autor solicitado, não há ofensa a direito de personalidade, cuidando-se de aborrecimento e que não autoriza indenização.

VOTO

Trata-se de recurso interposto contra r. sentença de fls. 79/82 que julgou procedentes os pedidos, declarando inexistente a dívida e condenando a ré ao pagamento de indenização por danos morais de R$ 6.000,00, acrescida de correção monetária a partir da propositura da ação e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação, impondo à vencida o pagamento das custas, despesas processuais e honorários de advogado 20% do valor da condenação.

Alega a apelante que não prova de ofensa a direito de personalidade, caracterizando quando muito, aborrecimento. Pede inversão do julgado ou redução do montante arbitrado.

Processado o recurso com preparo e contrarrazões, os autos restaram encaminhados a este E. Tribunal.

É o resumo do essencial.

Inicialmente, observa-se que a r. sentença apelada foi prolatada em 30/09/2013 e disponibilizada no DJE em 07/10/2013 e considerada publicada no primeiro dia útil subsequente a esta data, logo, está sob a égide do Código de Processo de Civil de 1973, razão pela qual o recurso será analisado à luz desse diploma legal, o que está em consonância com o enunciado administrativo número 2 do C. STJ: *"aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça"*.

No mérito, bem se vê que a ré não oferta fundamentos contrapostos ao da sentença na parte em que se reconheceu a inexigibilidade da dívida, observando que na defesa se limita a dizer que em seus arquivos não há anotação de que os equipamentos anteriormente cedidos ao autor foram devolvidos por ocasião do rompimento do vínculo, acenando, contudo, com possibilidade de equívoco

Acesso ao Sumário

de seus prepostos. Com esses ingredientes, não há como negar correção da r. sentença na parte em que declarou inexigível a obrigação.

Quanto aos danos morais, sustenta o autor que, ao instalar residência em São Paulo, buscou contratar os serviços da ré, o que não obteve em face da informação de existência de pendência anterior não solvida e em cidade diversa.

O cadastro negativo e sobre o qual a r. sentença reconheceu como ofensivo a direito de personalidade, porém, é apenas interno e para uso apenas pela prestadora de serviços, não havendo publicidade em relação a terceiros. A vida em sociedade, com multiplicidade de vínculos em todos os setores, pode gerar conflitos como aquele narrado na inicial, mas não ultrapassa, com a devida vênia, limite de mero aborrecimento ou contrariedade.

Não há sentido equipar a anotação interna em bancos de dados da ré com aquela feita em órgão de proteção ao crédito. A informação é restrita e o fato da prestadora recusar a firmar contrato de fornecimento de sinal de televisão a cabo não constitui situação excepcional e humilhante. Há outras empresas que atuam no setor e a parte poderia perfeitamente ter se socorrido de terceiros.

A ausência de especificação na lei de critérios objetivos para seu reconhecimento tem levado inúmeros cidadãos a postularem danos morais com base em simples aborrecimento banal ou de mera suscetibilidade ferida, exigindo, como anota Sergio Cavalieri Filho, "regras de boa prudência, do bom senso prático, da justa medida das coisas, da criteriosa ponderação das realidades da vida" (cf. Programa de Responsabilidade Civil, pág. 104). Cumpre, pois, ao Juiz seguir a trilha da lógica do razoável, analisando a gravidade do dano em função da tutela do direito e que, no caso, é a dignidade humana.

Pelo que se depreende dos autos, verifica-se que o autor não teve a sua honra atingida, nem foi submetido à situação humilhante e vexatória passível de indenização. O transtorno e o aborrecimento pelos quais passou não são suficientes para gerar o dever de indenizar. Antonio Jeová dos Santos (*in* Dano Moral Indenizável, p. 36) sustenta que "o mero incômodo, enfado e o desconforto de algumas circunstâncias que o homem médio tem que suportar em razão do viver cotidiano, não servem para a concessão de indenização, ainda que o ofendido seja alguém em que a suscetibilidade aflore com facilidade".

Nessa esteira de raciocínio, os fatos vivenciados pelo autor em razão da inscrição restritiva no sistema interno da ré são consequências e não causas e ficam subsumidas pela declaração de inexistência da dívida e que, no caso, restou invocada e concedida. Não houve publicidade do ilícito para o mundo exterior.

Bem por isso, não restando configurado nos autos constrangimento relevante para o autor, nem a ocorrência de sofrimento e humilhação alegados na inicial, não há que se falar em indenização por dano moral.

Acesso ao Sumário

Ao recurso, assim, se dá provimento parcial para afastar da condenação a indenização por dano moral, reconhecendo sucumbência recíproca e em igual intensidade, arcando cada qual com os honorários dos respectivos advogados, repartidas as custas e as despesas do processo.

Isto posto, dá-se parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1010637-52.2015.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante ADRIANA RIBEIRO MASSARICO DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO ITAULEASING S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 29ª 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 11.372)**

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

São Paulo, 22 de novembro de 2016.

CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN, Relator

Ementa: EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - Ação cautelar julgada extinta com fundamento no artigo 269, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973 - Sucumbência recíproca - Apelo da requerente - Pedido prévio de exibição não atendido - Matéria dirimida em recurso repetitivo - Documento apresentado apenas em juízo e após a citação - Princípio da causalidade - Aplicação do artigo 20 do Código de Processo Civil de 1973 - Condenação do requerido a suportar os ônus da sucumbência - Arbitramento dos honorários advocatícios nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil de 1973 - Apelação provida.

Acesso ao Sumário

VOTO

A sentença de fls. 53/56, cujo relatório é adotado, julgou extinto o processo com fundamento no artigo 269, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973,

deixando de impor condenação ao pagamento dos encargos de sucumbência.

Apela a requerente (fls. 60/106) pleiteando, em preliminar, o conhecimento de agravo retido. No mérito, afirma que se trata de cautelar satisfativa ajuizada em razão da recusa administrativa em apresentar o contrato celebrado pelas partes, impugnando especificamente a ausência de condenação do requerido ao pagamento das verbas de sucumbência.

O recurso foi regularmente processado e respondido.

É o relatório.

Equivocado o pedido formulado no apelo, voltado a se conhecer agravo retido, considerando que não houve interposição de tal modalidade de recurso.

Trata-se de ação cautelar de exibição de documentos na qual a apelante alega ter celebrado com o apelado contrato de arrendamento mercantil para aquisição de veículo, obrigando-se ao pagamento de 48 (quarenta e oito) parcelas de R$ 376,89 (trezentos e setenta e seis reais e oitenta e nove centavos), sendo a primeira com vencimento em 10 de junho de 2008. Afirma que, apesar de ter solicitado o contrato, não obteve resposta, razão pela qual valeu-se da presente ação.

Ao contestar a ação, o requerido apresentou o contrato (fls. 35/37). Em seguida, a sentença extinguiu a ação, entendendo o magistrado de origem ser recíproca a sucumbência.

O recurso é exclusivo da requerente, que pretende sejam as verbas de sucumbência atribuídas exclusivamente ao requerido.

Preservado o entendimento do MM. Juiz de primeiro grau, o apelo comporta acolhimento.

A viabilidade jurídica da pretensão aqui deduzida está condicionada ao exame da utilidade da ação cautelar, sob o enfoque da instrumentalidade, como forma de se garantir a eficácia do provimento jurisdicional a ser obtido com a ação principal.

A requerente tem legítimo interesse na exibição do contrato de arrendamento mercantil celebrado com o requerido, e apesar de este ter apresentado o documento, sem oferecer resistência ao pedido inicial (fls. 35/37), a exibição operou após a citação.

Tal particularidade, porém, não estaria, ainda que à luz do princípio da causalidade, a justificar a condenação do requerido ao pagamento dos encargos de sucumbência, conforme precedente desta Câmara:

> *APELAÇÃO. Ação cautelar de exibição de documento. Sentença que julgou procedente o pedido, mas não condenou o requerido em honorários. Interposição da apelação pelo requerente, postulando a condenação do requerido aos encargos sucumbenciais. Descabimento. Condenação ao pagamento dos encargos sucumbenciais que somente é cabível*

Acesso ao Sumário

quando houver a comprovação da resistência em exibir o documento pretendido. Requerido que, em juízo, apresentou, voluntariamente, o contrato solicitado pelo requerente. Afastamento do pedido de condenação do requerido ao pagamento dos encargos sucumbenciais. Apelação não provida. (Apelação nº 0906042-60.2012.8.26.0506, Relator Desembargador Carlos Dias Motta, julgado em 04.05.2016)

Ocorre, no entanto, que houve resistência injustificada do requerido a promover a exibição do documento, circunstância que enseja a imposição da condenação ao pagamento dos encargos de sucumbência.

Por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.349.453-MS, em 10 de dezembro de 2014, pelo rito dos recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a necessidade de se condicionar a exibição judicial de documentos ao preenchimento de alguns requisitos, tais como a prévia comprovação de pedido administrativo, não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual.

No caso presente, a apelante comprovou ter enviado pedido administrativo ao requerido em 7 de novembro de 2014 (fls. 12/13) e afirma não ter sido atendida, razão pela qual preenche os requisitos atinentes à hipótese do precedente supramencionado.

A condenação exclusiva do apelado nos encargos de sucumbência está fundada então no não atendimento da solicitação extrajudicial feita pela apelante, que precisou valer-se de medida judicial para obter o documento. Ou seja, houve resistência à exibição antes da propositura da ação, o que justifica a condenação do requerido ao pagamento dos encargos de sucumbência, ainda que tenha sido exibido o contrato em juízo.

Uma vez caracterizado que o requerido deu causa ao ajuizamento da ação, sobretudo diante do não atendimento do pedido formulado pela requerente na esfera administrativa, e considerando também que a requerente alcançou a finalidade perseguida, deve o requerido ser condenado ao pagamento dos encargos de sucumbência, consoante precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ARTIGO 544 DO CPC) - AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - DECISÃO MONOCRÁTICA CONHECENDO DO AGRAVO PARA NEGAR-LHE PROVIMENTO. IRRESIGNAÇÃO DA RÉ. 1. Honorários advocatícios fixados em cautelar de exibição de documentos. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a ação cautelar de exibição de documentos possui natureza contenciosa e, na hipótese de sua procedência, deve o vencido arcar com o ônus sucumbencial, em razão do princípio da causalidade. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp nº 11.506/PR, 4ª Turma, Relator Ministro

Marco Buzzi, 6.2.2014)

CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. (...) A medida cautelar de exibição de documentos, por possuir natureza de ação, e não de mero incidente processual, enseja a condenação da parte vencida ao pagamento da verba honorária, tendo em vista a aplicação do princípio da causalidade. (AgRg no Ag nº 1.351.571/SC, 4ª Turma, Relator Ministro João Otávio de Noronha, 8.2.2011)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. LITIGIOSIDADE. PROCEDÊNCIA. SUCUMBÊNCIA DEVIDA. CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DE QUE A RÉ DEU CAUSA À DEMANDA, POR NÃO HAVER ATENDIDO A PEDIDO ADMINISTRATIVO. MATÉRIA DE FATO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ. INCIDÊNCIA. Possuindo natureza contenciosa a ação cautelar de exibição de documentos, julgada ela procedente dá ensejo à condenação da parte vencida na verba honorária sucumbencial, pela aplicação do princípio da causalidade. Precedentes do STJ. (AgRg no REsp nº 1.067.284/RS, 4ª Turma, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, 6.10.2009)

Muito embora o trabalho dos advogados tenha importado em desfecho favorável à requerente, a causa em questão não foi de alta complexidade, nem exigiu labor excessivo, inclusive diante da ausência de realização de audiência e da produção de outras provas, devendo tais aspectos ser levados em consideração para a adequada fixação dos honorários advocatícios.

Desse modo, a verba honorária advocatícia fica arbitrada em R$ 1.000,00 (mil reais).

Ante o exposto, o voto é no sentido de se dar provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1087007-19.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado BANDEIRANTES ENERGIAS S/A, é apelado/apelante RAIMUNDO LOPES DE OLIVEIRA.

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 da ré e deram parcial provimento ao apelo do autor. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

Acesso ao Sumário

(Voto (D) nº 11.591)

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente) e NESTOR DUARTE.

São Paulo, 30 de novembro de 2016.

ANTONIO TADEU OTTONI, Relator

Ementa: DIREITO PRIVADO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PARCIAL PROCEDÊNCIA - APELAÇÃO DA RÉ - INEXIGIBILIDADE DO DÉBITO - Cabimento - Autor que juntou os comprovantes de pagamentos das faturas que geraram a inscrição do nome dele nos cadastros de inadimplentes, não trazendo a ré qualquer elemento que refutasse a quitação das faturas - Manutenção da declaração de inexigibilidade da dívida e da exclusão da inscrição - APELAÇÃO DO AUTOR - DANO MORAL - CONFIGURAÇÃO - Ilegítima manutenção da inscrição do nome do autor em cadastros restritivos de crédito - Obrigação do credor em requerer a exclusão do apontamento após o pagamento, no prazo de 5 dias úteis (REsp nº 1.424.792/BA e Súmula 548 do S.T.J.) - Indenização devida - Valor indenizatório arbitrado em R$ 9.000,00, para atender sua dupla finalidade, sem enriquecer indevidamente a vítima, afastando-se o montante pretendido pelo autor - Sentença reformada, nessa parte - Redistribuição dos ônus sucumbenciais - Recurso da ré desprovido, apelo do autor parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

1) RELATÓRIO

Trata-se de apelações das partes contra a r. sentença de fls. 95/97, cujo relatório é adotado, que **julgou parcialmente procedente** a ação, confirmando a tutela antecipada, para declarar a inexigibilidade do débito apontado na inicial, afastando, todavia, o pleito indenizatório, reconhecendo a sucumbência recíproca.

Inconformado, o autor opôs embargos de declaração (fls. 101/104), que foram rejeitados (111).

Em apelo (fls. 118/127), sustentou fazer jus aos danos morais, eis que, mesmo pagando o débito em atraso, a inscrição de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito permaneceu por muito tempo.

Por sua vez, em recurso (fls. 105/109), a ré alegou não ser o caso de se reconhecer a inexigibilidade do débito, porquanto não consta em seu sistema o pagamento pelo autor.

Os recursos, preparados (fls. 110, 128/129 e 133/135), foram recebidos (fls. 136) e contra-arrazoados (fls. 113/117 e 138/143).

É o relatório.

2) FUNDAMENTOS

2.1) Do recurso da ré - inexigibilidade dos débitos

O recurso da ré não merece provimento.

Segundo constou da vestibular, o autor teve seu nome inscrito nos órgãos de proteção ao crédito em razão de duas faturas com vencimentos em 07.10.2013 (R$ 60,25) e em 07.04.2014 (R$ 51,67). Alegou que efetuou os pagamentos com atraso, respectivamente, em 21.10.2013 e em 29.07.2014, ingressando com a presente demanda pleiteando a declaração de inexigibilidade dos débitos e a indenização por danos morais.

Importante anotar, inicialmente, que se trata de relação inserta no âmbito do direito do consumidor (artigo 2º, parágrafo único e artigo 17, ambos do Código de Defesa do Consumidor), visto se tratar de típica relação de consumo.

Nessa seara, resta plenamente aplicável ao caso a inversão do ônus da prova, nos termos do disposto no artigo 6º, inciso VIII, do C.D.C., uma vez considerada a hipossuficiência do autor, além de não se poder impor a ele o ônus de prova negativa.

Dito isso, de fato, as faturas com vencimentos em 07.10.2013 (R$ 60,25) e em 07.04.2014 (R$ 51,67) foram pagas com atraso, respectivamente, em 21.10.2013 e em 29.07.2014 (fls. 22 e 23), ressaltando que tais comprovantes não foram impugnados especificamente pela ré.

Ressalte-se, ainda, que eventual falha da instituição financeira não é capaz de elidir a responsabilidade da concessionária em relação ao consumidor, visto se tratar a cobrança por meio do sistema bancário de compensação, de comodidade por ela adotada, não se podendo atribuir ao cliente o ônus por suposta falha de comunicação entre a casa bancária e a fornecedora.

Assim, a empresa ré não trouxe aos autos qualquer prova capaz de refutar as alegações constantes da inicial e corroboradas pelos documentos juntados, ou seja, não ofereceu sequer indícios, a não ser imagens do seu sistema interno (fls.

Acesso ao Sumário

59/73), insuficientes a tal desiderato, porquanto produzidas unilateralmente e sem o crivo do contraditório ou observância da ampla defesa, constitucionalmente assegurados.

Dessa forma, embora legítima a inscrição do nome do autor nos órgãos de proteção ao crédito, o autor comprovou o pagamento, em atraso, de forma que a exclusão de seu nome e a declaração de inexigibilidade da dívida discutida nos autos são de rigor, razão pela qual **nega-se provimento ao recurso da ré**.

2.2) Do recurso do autor - dano moral

Melhor sorte merece o recurso do requerente.

Com efeito, após o pagamento da dívida, manteve a ré o nome do autor nos cadastros de inadimplentes por tempo superior ao admitido pela jurisprudência.

Isso porque, como visto, as faturas com vencimentos em 07.10.2013 (R$ 60,25) e em 07.04.2014 (R$ 51,67) foram pagas, respectivamente, em 21.10.2013 e em 29.07.2014 (fls. 22 e 23), sendo que a medida judicial concedida *in limine* para exclusão do nome do requerente se deu em 09.10.2014 (fls. 46), mais de 2 meses após o último pagamento, extrapolando os limites do razoável.

E a respeito da situação aqui verificada, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento submetido à sistemática dos Recursos Repetitivos, decidiu que **cabe ao credor pedir a exclusão do nome do devedor de cadastro de inadimplentes, no prazo de cinco dias úteis**, *in verbis*:

> "*INSCRIÇÃO DO NOME DO DEVEDOR EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. QUITAÇÃO DA DÍVIDA. SOLICITAÇÃO DE RETIFICAÇÃO DO REGISTRO ARQUIVADO EM BANCO DE DADOS DE ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. INCUMBÊNCIA DO CREDOR. PRAZO. À MÍNGUA DE DISCIPLINA LEGAL, SERÁ SEMPRE RAZOÁVEL SE EFETUADO NO PRAZO DE 5 (CINCO) DIAS ÚTEIS, A CONTAR DO DIA ÚTIL SUBSEQUENTE À QUITAÇÃO DO DÉBITO.*
>
> *1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: 'Diante das regras previstas no Código de Defesa do Consumidor,* ***mesmo havendo regular inscrição*** *do nome do devedor em cadastro de órgão de proteção ao crédito,* ***após o integral pagamento da dívida, incumbe ao credor requerer a exclusão do registro desabonador, no prazo de 5 (cinco) dias úteis****, a contar do primeiro dia útil subsequente à completa disponibilização do numerário necessário à quitação do débito vencido'.*
>
> *2. Recurso especial não provido.*" (REsp 1.424.792/BA, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, j. em 10.09.2014 e publicado no DJe em 24.09.2014).

Aliás, sobre o tema, foi editada, recentemente, a súmula nº 548 pelo C.

Acesso ao Sumário

S.T.J., cujo enunciado estipula que "*incumbe ao credor a exclusão do registro da dívida em nome do devedor no cadastro de inadimplentes no prazo de cinco dias úteis, a partir do integral e efetivo pagamento do débito*".

Assim, caberia à ré comprovar a legitimidade da demora da exclusão da inscrição, cuja obrigação era sua, o que não foi feito, não se desincumbindo, portanto, do ônus de demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II, C.P.C./73).

Reconhecido o adimplemento do débito e, daí, a ilegítima manutenção dessa anotação do nome do autor em cadastros restritivos de crédito, meses após o efetivo pagamento da dívida, tem a ré o dever de suportar as consequências desse fato.

Assim, existente abalo à honra decorrente da conduta da requerida, cabível direito do autor à reparação por dano moral.

Nesse contexto, é de se considerar a existência de ato ilícito a provocar, na ocasião em que perpetrado pela ré, injusta ofensa decorrente da manutenção indevida da negativação do nome do autor em cadastros de inadimplentes.

Em decorrência, houve dano ao nome e à credibilidade do requerente, constituindo atitude passível de indenização por dano moral, eis que o dano, nesses casos, decorre do só fato da coisa (*in re ipsa*).

Nesse sentido, o entendimento desta Colenda Câmara:

"*Ação declaratória c.c. indenização por danos morais. Defeituosa prestação de serviços. **Manutenção de restrição creditícia após quitação do débito**. Omissão da prestadora de serviços no levantamento da restrição que caracteriza ato ilícito. **Dano moral caracterizado pelo só fato da coisa ('in re ipsa')**. Sentença de procedência parcial. Indenização majorada para R$ 8.800,00, equivalente a dez salários mínimos na data do acórdão, a fim de dar conta da dupla finalidade da reparação, qual seja, compensatória e inibitória. Juros de mora e correção monetária a fluírem a partir do aresto. Verba honorária mantida em 20% da condenação. Apelo do autor provido em parte.*" (Apelação nº 4011565-57.2013.8.26.0576, Rel. Soares Levada, São José do Rio Preto, 34ª Câmara de Direito Privado, j. em 11/05/2016, v.u. destaquei em negrito).

"*Apelação. Ação Declaratória de Inexigibilidade de Débito c/c Indenização por Danos Morais.*

1. A relação jurídica existente entre as partes é de consumo, nos termos do disposto nos artigos 2º e 3º, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

*2. **Manutenção do nome da apelada nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito mesmo após o efetivo pagamento do débito. Dano moral in re ipsa caracterizado**.*

Acesso ao Sumário

3. O valor arbitrado em primeira instância, correspondente a R$ 7.000,00 (sete mil reais), mostra-se razoável e proporcional aos transtornos suportados pela apelada no caso vertente.

4. Manutenção dos honorários advocatícios fixados na sentença. Recurso não provido." (Apelação nº 0935551-36.2012.8.26.0506, Rel. Kenarik Boujikian, Ribeirão Preto, 34ª Câmara de Direito Privado, j. em 13/04/2016, v.u. - destaquei em negrito).

"*PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TELEFÔNICOS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. LANÇAMENTO DO* ***NOME DA AUTORA NO CADASTRO DE DEVEDORES APÓS PAGAMENTO DA DÍVIDA. DANO MORAL CARACTERIZADO****. INDENIZAÇÃO DEVIDA E BEM DOSADA MONOCRATICAMENTE. SENTENÇA MANTIDA.*

Apelação improvida." (Apelação nº 0004644-98.2009.8.26.0477, Rel. Cristina Zucchi, Praia Grande, 34ª Câmara de Direito Privado, j. em 09/03/2016, v.u. - destaquei em negrito).

Reconhecido, portanto, o direito do autor em ser indenizado, cabe a fixação do *quantum*.

Com efeito, o valor do ressarcimento deve atender à finalidade compensatória e, ao mesmo tempo, de desestímulo à reiteração do ilícito, sem implicar enriquecimento indevido do autor da demanda, tudo dentro de um critério de prudência e razoabilidade.

Nunca é demasiado repisar que a prestação pecuniária, no caso, tem função meramente satisfatória, procurando suavizar o mal, não por sua própria natureza, mas pelo conforto que o dinheiro pode proporcionar, compensando até certo ponto o dano que foi injustamente causado.

É certo que não há critérios para que se estabeleça o *pretium doloris*, não há caminhos exatos para se chegar à quantificação do dano extrapatrimonial, porém, nesse passo faz-se de primordial importância a atuação ponderada do magistrado, com o desiderato de alcançar valor equilibrado e na conformidade com o caso concreto.

Acesso ao Sumário

Nesse contexto, e levando-se em conta as circunstâncias específicas do caso concreto, mais precisamente, o grau de culpa da ré, os prejuízos morais ao autor e a possibilidade econômica da ofensora, fixa-se o valor da indenização em R$ 9.000,00 (aproximadamente 10 salários mínimos), adequado para atender a dupla finalidade da indenização por dano moral, estando em consonância com os valores normalmente estabelecidos por esta C. Câmara em casos semelhantes.

Assim, a procedência passa a ser total (Súmula 326 do S.T.J.), condenando-se a ré ao pagamento de indenização a título de dano moral no valor de R$

9.000,00 (nove mil reais), corrigidos monetariamente pela Tabela Prática deste E. Tribunal desde a publicação deste acórdão (Súmula 362 do S.T.J.) e acrescido de juros moratórios de 1% ao mês, que fluirão desde a citação (art. 219 do C.P.C./73).

2.3) Dos ônus sucumbenciais

Por fim, cumpre consignar-se que a fixação de honorários advocatícios rege-se pela lei vigente no momento em que proferida a sentença.

A propósito, na obra "*Coleção Grandes Temas do Novo CPC*", sob coordenação do Prof. Fredie Didier Jr., ao comentar o artigo 85, esclarece que:

> *"Desta maneira, quanto à vedação à compensação, por se tratar de mandamento novo e inclusive conflitante com o teor do dispositivo revogado, a sua aplicação deverá ser admitida apenas para os processos em que ainda não tiver sido proferida sentença no momento em que entrou em vigor o Novo Código." ("Coleção Grandes Temas do Novo CPC"*, V.2, Honorários Advocatícios, coordenador geral Fredie Didier Jr. - LIMA, Lucas Rister de Sousa, 1ª ed., Ed. JusPodium, 2015, pág. 193).

Assim, aplica-se ao caso o regramento do Código de Processo Civil de1973.

Feita essa ponderação e, em razão da reforma da r. sentença, com a procedência de todos os pleitos iniciais, a sucumbência passa a ser integralmente da ré, de forma que deverá ela arcar com as custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios de 15% a incidir sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do C.P.C./73, aplicável na espécie.

3) CONCLUSÃO

Posto isso, nego provimento ao recurso da ré (item 2.1) e dou parcial provimento ao apelo do autor para condenar a requerida ao pagamento de danos morais (item 2.2), redistribuindo-se a sucumbência (item 2.3), mantida, no mais, a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso da ré e dou parcial provimento ao apelo do autor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4000980-43.2013.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante ACRILEX TINTAS ESPECIAIS S/A, é apelada AMANDA FÁBIO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 25ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir

Acesso ao Sumário

a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.589/2016)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores KIOITSI CHICUTA (Presidente sem voto), MELO BUENO e RUY COPPOLA.

São Paulo, 30 de novembro de 2016.

MARCONDES D'ANGELO, Relator

Ementa: RECURSO - APELAÇÃO CÍVEL - BEM MÓVEL - QUEIMADURA LOGO APÓS PINTURA NA FACE COM USO DE TINTA ESPECIAL PARA APLICAÇÃO EM TECIDOS - REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS - AÇÃO DE COBRANÇA. Requerente que sofreu queimaduras após pintura de sua face com tinta especial para aplicação em tecidos. Pleito para reparação de danos morais, fundado em ausência do dever de informação pela fabricante do produto. Sentença de procedência. Apelo da fabricante requerida. Alegação de utilização manifestamente indevida do produto, a afastar o dever de indenizar, constando do rótulo informação clara sobre sua destinação. Culpa exclusiva da consumidora configurada. Utilização do produto para finalidade imprópria. Informação clara e suficiente a alertar sobre o risco do emprego inadequado. Dano moral afastado. Inversão do ônus sucumbencial. Improcedência. Sentença reformada. Recurso de apelação da requerida provido para julgar improcedente a ação, melhor distribuídas as verbas sucumbenciais.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação tirada contra a respeitável sentença de folhas 116 *usque* 119, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação de reparação de danos morais (fundada em fato do produto) movida por **AMANDA FÁBIO** contra **ACRILEX TINTAS ESPECIAIS SOCIEDADE ANÔNIMA**. A demandada foi condenada ao pagamento de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais, quantia atualizada monetariamente da sentença e juros de mora de 01% (um por cento) ao mês a partir da citação. Sucumbente, a demandada ficou incumbida de custear as despesas processuais, além da verba honorária

advocatícia fixada em 15% (quinze por cento) sobre o valor total da condenação.

Inconformada recorre a requerida objetivando a reforma do julgado (folhas 122/132). Alega que a requerente não fez uso adequado do produto ao aplicar sobre a pele do rosto tinta especial para pintura de tecidos. Sustenta haver informação clara no rótulo do produto sobre sua destinação específica. Impugna ter a requerente sofrido queimadura na pele, constando do laudo médico dermatite de contato de grau superficial. Defende inexistir vício do produto, tratando-se de fato decorrente de culpa exclusiva da vítima. Pede a improcedência da ação. Subsidiariamente, requer a redução do valor do dano moral.

Recurso tempestivo, devidamente processado, bem preparado (folha 133) e respondido (folhas 136/160), subiram os autos.

Os autos do processo foram recebidos por este Relator por força da redistribuição ordenada pela Resolução nº 737/2016 deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Este é o relatório.

Narra a requerente que, em 18 de junho de 2013, quando participava de passeata pintou seu rosto com tinta de fabricação da requerida.

Ocorre que a tinta causou queimaduras em sua face. Motivado por esse episódio, pleiteia reparação do dano moral suportado, com base em suposto fato do produto.

A respeitável sentença recorrida julgou procedente a ação para condenar a fabricante requerida ao pagamento de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

A requerida se insurge, alegando constar do rótulo do produto informação clara sobre a destinação para pintura de tecidos.

Do quanto visto, resta inequívoca a lesão na face da requerente pela aplicação da tinta fabricada pela demandada.

Consoante o mencionado, o produto foi utilizado sobre a pele da requerente durante participação em manifestação de rua, vindo a secar causando lesão por queimadura (laudo fotográfico de folhas 24/34).

Para melhor elucidar o caso, mister a leitura do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Acesso ao Sumário

§ 1° O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação;

II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi colocado em circulação.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

§ 3° O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro."

Na hipótese descrita, denota-se causa de exclusão de responsabilidade do fabricante.

Isto porque, a requerente, notoriamente, fez uso inadequado do produto que se presta unicamente para pintura de tecidos, não sendo apropriado para aplicação sobre a pele.

Descabida, de tal modo, a alegação de fato do produto, o que restaria configurado em caso de acidente de consumo decorrido em meio à utilização adequada do bem, o que não ocorreu.

Nem se cuida de responsabilidade da requerida fabricante por ausência de informação.

A uma, pois no rótulo do produto consta informação clara sobre a destinação, qual seja, tintura de tecidos.

A duas, resulta lógico o potencial risco de aplicação de tal produto sobre a pele, pois sua utilização volta-se para pinturas ornamentais de caráter permanente, ou seja, que não são facilmente removíveis.

Acesso ao Sumário

Assim, para a finalidade em tela, caberia à consumidora utilizar-se de produto distinto e de fácil remoção.

Resumindo: aplica-se ao caso hipótese excludente de responsabilidade, a saber, culpa exclusiva da vítima, presente informação suficiente no produto a alertar sobre possíveis riscos da utilização indevida.

Ausente a reponsabilidade da requerida pelo fato, afasta-se o dano moral cominado em Primeira Instância.

Improcedente a ação, inverte-se o ônus sucumbencial com honorários advocatícios aos patronos da requerida fixados em R$ 1.000,00 (mil reais).

Ante o exposto, dá-se integral provimento ao recurso de apelação da requerida para julgar improcedente a ação, melhor distribuídas as verbas sucumbenciais, nos moldes desta decisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0024249-02.2011.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ROBERTO DE SOUZA LIMA e GABRIELA GUERRERO PEREIRA, são apelados JAIRO GURMAN, GLADYS AJZENBERG, IDA DACHEVSKY GURMAN e NILTON GURMAN.

ACORDAM, em 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Em julgamento originário, não conheceram do agravo retido por V.U. e, por maioria de votos, deram parcial provimento às apelações, vencido o relator parcialmente, que a elas dava provimento em maior extensão, no tocante ao valor das indenizações por danos morais e, por maioria de votos, julgaram improcedente a ação proposta pela progenitora, dando provimento às apelações, também por maioria, vencido o relator. Em julgamento ampliado, deram provimento parcial às apelações para reduzir o valor da indenização à progenitora, vencidos o relator e a 4ª juíza, que reduziam também a indenização dos genitores, vencidos o 2º e o 3º juízes, que julgaram improcedente a ação proposta pela progenitora e, vencido o 5º juiz que reduzia em menor extensão o valor da indenização à progenitora. Declararão voto o 2º e o 5º juízes.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.391)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN (Presidente), FABIO TABOSA, SILVIA ROCHA e CARLOS DIAS MOTTA.

São Paulo, 28 de setembro de 2016.

FORTES BARBOSA, Relator

Ementa: Acidente de veículo - Morte da vítima - Responsabilidade solidária dos réus - Caracterização - Culpa "in eligendo" e culpa "in vigilando" - Condução do veículo em velocidade incompatível com o local e sob a influência de álcool - Danos materiais comprovados - Indenização por danos morais - Deferimento à progenitora - Confirmação - Jurisprudência - "Quantum" reduzido - Duzentos

Acesso ao Sumário

salários mínimos para os genitores e cem salários mínimos para a progenitora - Verba honorária mantida - Divergência - Julgamento pelo Colegiado ampliado - Agravos retidos não conhecidos, apelos parcialmente providos.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença emitida pelo r. Juízo de Direito da 1ª Vara Cível do Foro Regional de Pinheiros (Comarca da Capital), que julgou procedente em parte ação indenizatória, para condenar os réus ao pagamento de indenização por danos morais, para cada um dos coautores Jairo Gurman, Gladyz Ajzenberg e Ida Dachevsky Gurman, no valor de R$ 260.000,00 (duzentos e sessenta mil reais), com correção monetária desde o arbitramento e juros de mora legais desde o óbito anunciado na petição inicial, bem como ao pagamento de indenização por danos materiais, em favor do coautor Jairo Gurman, no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) e em favor do coautor Nilton Gurman, no valor de R$ 22.480,00 (vinte e dois mil, quatrocentos e oitenta reais), com correção monetária desde os desembolsos e acrescido de juros de mora legais também desde o óbito. Os réus foram, por fim, condenados ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) do valor da condenação (fls. 1.328/1.333).

O corréu Roberto de Souza Lima aduz que foi fixada indenização por danos morais em "quantum" exagerado e deferida, de forma, equivocada, indenização por danos morais em favor da coautora Ida Dachevsky Gurman, a qual desistiu de receber pensão mensal, por ter se constatado em incidente autônomo, a falsidade da assinatura do "de cujus" em instrumento de contrato de locação que a beneficiava. Argumenta, por outro lado, que os danos materiais não foram comprovados e que a verba honorária também foi arbitrada em valor exagerado. Pretende reforma (fls. 1.375/1.394).

A corré Gabriela Guerreira Pereira pretende, de igual modo, reduzir o "quantum" da indenização por danos morais, o qual, no patamar deferido, segundo propõe, acarretará enriquecimento sem causa dos autores e sua própria insolvência. Finaliza, propondo o valor de R$20.000,00 (vinte mil reais) para cada um dos três autores destinatários da referida indenização (fls. 1.400/1.405).

Em contrarrazões, os apelados pedem o desprovimento dos apelos (fls. 1.417/1.429).

É o relatório.

Os autores, na petição inicial da presente demanda, noticiam que Vitor Gurman, na madrugada de 23 de julho de 2011, quando caminhava pela calçada de pedestres na Rua Natingui, Vila Madalena, Município de São Paulo,

Acesso ao Sumário

Comarca da Capital, foi atingido pelo veículo Range Rover, placas FME 7077, de propriedade do corréu Roberto de Souza Lima e conduzido, na ocasião, pela corré Gabriela Guerreiro Pereira. Noticiam que, em razão dos ferimentos, Vitor Gurman faleceu. Sustentam a culpa dos réus, em razão de condução do veículo em alta velocidade e sob o efeito de bebida alcóolica. Afirmam que os fatos acarretaram danos emergentes para os coautores Jairo Gurman e Gladys Ajzenberg (genitores do falecido), incluindo despesas com sepultamento, com a transmissão de bens e com processo, nos valores de R$ 12.210,30 (doze mil, duzentos e dez reais e trinta centavos) e de R$ 67.385,98 (sessenta e sete mil, trezentos e oitenta e cinco reais e noventa e oito centavos). Alegam que o coautor Nilton Gurman (tio da vítima) também arcou com despesas de sepultamento, no valor de R$ 22.480,00 (vinte e dois mil, quatrocentos e oitenta reais) e que os coautores Jairo Gurman e Ida Dachevsky (avó da vítima) recebiam pensão mensal do falecido, do qual dependiam economicamente, inclusive com pagamento do aluguel. Informam, ainda, que a vítima tinha formação acadêmica em ensino superior na Escola Superior de Propaganda e Marketing (ESPM) e na London School of Economics and Political Science, o que lhe proporcionou o exercício de atividade remunerada de padrão acima da média e a atividade de professor assistente na Escola Superior de Propaganda e Marketing (ESPM) e na Fundação Getúlio Vargas (FGV). Finalizam, requerendo a condenação dos réus, de forma solidária, ao ressarcimento dos danos emergentes nos valores de R$ 12.210,30 (doze mil, duzentos e dez reais e trinta centavos), para o coautor Jairo Gurman, de R$ 67.385,98 (sessenta e sete mil, trezentos e oitenta e cinco reais e noventa e oito centavos), para a coautora Gladys Ajzenberg, e de R$ 22.480,00 (vinte e dois mil, quatrocentos e oitenta reais), para o coautor Nilton Gurman, mais pensão mensal para os coautores Jairo Gurman e Ida Dachevsky, em quantia correspondente a dois terços da última remuneração da vítima, o que resultaria no valor de R$ 12.000,00 (doze mil reais). Requerem, ainda, a condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos morais em favor dos coautores Jairo Gurman, Gladys Ajzenberg e Ida Dachevsky no importe equivalente a 300 (trezentos) salários mínimos para cada um (fls. 02/24).

Foi determinado, em antecipação de tutela, o pagamento, aos coautores Nilton Gurman e Jairo Gurman, dos valores de R$22.480,00 (vinte e dois mil, quatrocentos e oitenta reais) e de R$5.000,00 (cinco mil reais), respectivamente (fls. 557/558).

Em sede de agravo de instrumento, houve o deferimento da liminar para o pagamento de pensão mensal no valor de R$ 3.200,00 (três mil e duzentos reais), em favor da coautora Ida Dachevsky, negando-a ao coautor genitor do "de cujus", por ausência de "prova relevante da dependência econômica" (Processo 0015928-74.2012.8.26.0000 - fls. 625 e 687/694).

O corréu Roberto de Souza Lima, na contestação apresentada, depois

Acesso ao Sumário

de levantar preliminar de ilegitimidade de parte, afirma inexistir prova da embriaguez da condutora do veículo. Finaliza, impugnando o valor dos danos morais, bem como a proposta perda como danos emergentes e aduz inexistir prova da dependência econômica para pagamento de pensão (fls. 875/897).

A corré Gabriela Guerreiro Pereira, em sua contestação, levanta preliminar de impossibilidade jurídica, em relação à vinculação do salário mínimo como indexador da indenização por danos morais. No mérito, noticia ter perdido o controle do veículo, ao tentar segurar o corréu Roberto de Souza Lima, que não tinha afivelado seu cinto de segurança. Finaliza, impugnando o "quantum" da indenização requerida e propõe, de igual modo, inexistir comprovação de dependência econômica da coautora Ida Dachevsky (fls. 901/920).

Em incidente de falsidade, a referida corré afirma que a assinatura do falecido foi falsificada no contrato de locação (fls. 922), o que foi constatado pelo perito (fls. 256 do apenso).

Esta Câmara negou provimento ao agravo de instrumento apresentado pelo corréu Roberto Souza Lima contra a decisão que, em antecipação de tutela, determinou o reembolso de valores gastos com funeral e lápide (Processo 0121548-75.2012.8.26.0000 - fls. 976).

Em decisão saneadora, foram rejeitadas as preliminares, fixados os pontos controvertidos e designada audiência para oitiva de testemunhas (fls. 1.090/1.091).

Os autores, irresignados com o indeferimento da oitiva do perito grafotécnico, que atuou no incidente de falsidade (em Apenso), apresentaram agravo retido (fls. 1.116/1.128).

A corré Gabriela Guerrero Pereira também apresentou agravo retido contra a parte da decisão saneadora que indeferiu a realização de pesquisa financeira nas contas dos autores, para comprovar a anunciada dependência econômica do "de cujus" (fls. 1.141/1.146).

Em audiência de instrução e julgamento, foi colhida prova oral, a coautora Ida Dachevsky renunciou ao pedido de pensão mensal e diante de desistência, foi julgado extinto, sem resolução do mérito o incidente de falsidade (fls. 1.208/1.213).

Esta Câmara negou provimento a agravo de instrumento apresentado pela corré Gabriela Guerreiro Pereira contra a decisão que determinou a realização de uma única audiência de instrução para o incidente de falsidade e para a ação principal (Processo 2169750-78.2014.8.26.0000 - fls. 1.250).

A sentença apelada julgou parcialmente procedente a ação.

Irresignados, os réus recorreram e os apelos comportam provimento parcial.

Acesso ao Sumário

De início, não se conhece dos três agravos retidos apresentados pelas partes, por ausência de reiteração.

No mais, os apelantes não negam a culpa pelo acidente que vitimou Vitor Gurman e como já se observou nesta Câmara: "as circunstâncias do evento refletidas nos elementos de prova carreados nos autos pelos autores indicam, de modo relevante, que o sinistro decorreu exclusivamente por culpa dos requeridos, em especial, pela forma como conduziam o veículo em via incompatível com a velocidade aferida por perícia criminal. Frisa-se que o atropelado encontrava-se na calçada quanto foi atingido pelo auto. Assim, no que se refere à culpa dos réus, há prova com grande potencial a confirmar a tese defendida na inicial" (fls. 657).

A narração incluída nas contestações, indicativas de que a perda da direção do automóvel ocorreu quando a motorista pretendia sustentar o passageiro, que mantinha o cinto de segurança aberto com o carro em movimento, não deixa dúvidas acerca da imprudência.

Soma-se ter se constatado, na perícia, que a corré Gabriela Guerreiro Pereira conduzia do veículo alcoolizada (fls. 56).

Frisa-se, por outro lado, que a culpa do corréu Roberto de Souza Lima, na condição de proprietário do veículo envolvido no acidente, é presumida, por não ter cuidado adequadamente de seu veículo e diante da conduta culposa da pessoa que conduzia a coisa ("culpa in vigilando" e "culpa in eligendo").

Nesse sentido, a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"CONTRA O PROPRIETARIO DE VEÍCULO DIRIGIDO POR TERCEIRO CONSIDERADO CULPADO PELO ACIDENTE CONSPIRA A PRESUNÇÃO "IURIS TANTUM" DE CULPA "IN ELIGENDO E IN VIGILANDO", NÃO IMPORTANDO QUE O MOTORISTA SEJA OU NÃO SEU PREPOSTO, NO SENTIDO DE ASSALARIADO OU REMUNERADO, EM RAZÃO DO QUE SOBRE ELE RECAI A RESPONSABILIDADE PELO RESSARCIMENTO DO DANO QUE A OUTREM POSSA TER SIDO CAUSADO" (STJ-4ª Turma, REsp 5756-RJ, Relator CESAR ASFOR ROCHA, j. 8.10.1997)

No mesmo sentido, segue o entendimento deste Tribunal:

"RESPONSABILIDADE CIVIL - Acidente de veículos - Réu que utilizava veículo de propriedade da empresa, da qual era funcionário - Empresa que, na condição de proprietária do veículo, deve responder pelos danos causados a terceiros em razão de acidentes de trânsito causados por seus funcionários - 'Culpa in vigilando' - Possibilidade de ajuizar ação de regresso contra o condutor do veículo - Responsabilidade solidária do proprietário e do condutor do veículo (...) - RECURSOS NÃO PROVIDOS." (TJSP - 25ª Câmara de Direito Privado, Apelação

Acesso ao Sumário

0016183-04.2010.8.26.0032, Relatora Desembargadora Carmem Lúcia da Silva, j. 19.5.16).

Na espécie, está configurada a responsabilidade dos apelantes pelo ato ilícito anunciado na petição inicial.

Há enquadramento do caso concreto nos artigos 186, 927, "caput" e 932, inciso III do Código Civil de 2002, restando plenamente caracterizado o dever de indenizar da parte-ré.

Quanto aos danos materiais deferidos por ocasião da antecipação de tutela (fls. 557/558) e confirmados na sentença, ao contrário do proposto em ambos os apelos, foram devidamente comprovados.

Com a petição inicial, foram apresentados recibos e notas fiscais nos importes de R$5.000,00 (cinco mil reais), R$19.680,00 (dezenove mil e seiscentos e oitenta reais) e de R$2.800,00 (dois mil e oitocentos reais), valores referentes a despesas com sepultamento da vítima e com a aquisição de lápide (fls. 427 e 434/435), sendo de rigor o reembolso por força do disposto no artigo 948, inciso I, do Código Civil.

Confirma-se, assim, a sentença na parte em que determinou o reembolso de tais valores.

Quanto aos danos morais, assiste parcial razão aos apelantes.

Num primeiro plano, observa-se que a progenitora do falecido também tem direito à indenização por danos morais.

Na petição inicial, os autores requererem indenização por danos morais em favor somente dos pais e avó do "de cujus", "pessoas muito próximas à vítima" (fls. 09).

Soma-se que a única testemunha ouvida em audiência, Luiz Altenfelder, psiquiatra, relatou que a da avó do "de cujus", depois do acidente narrado na petição inicial, passou a apresentar grave quadro depressivo, decorrente da perda do neto, com quem ela tinha maior contato, "quem a mais visitava e com quem tinha estreita convivência". Foi relatado, ademais, que até a data da audiência, decorridos quase quatro anos do acidente, a paciente ainda dependia de medicamentos antidepressivos e ansiolíticos para combater a depressão (fls. 1.210).

O fato de ter se reconhecido, em procedimento autônomo, a falsidade da assinatura do "de cujus" em documento que beneficiava sua progenitora, por si só, não descaracteriza essa proximidade entre a vítima e sua avó.

A jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, a propósito, considera ser irrelevante a dependência econômica para caracterização do abalo moral, bastando, isso sim, a convivência íntima, a qual, na espécie, restou comprovada, confirmando o prejuízo extrapatrimonial.

Acesso ao Sumário

Fixou-se, naquela Corte, o entendimento de que os parentes da vítima devem ser indenizados pelo dano que, particularmente, sofrem nessas situações.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. MINISTÉRIO PÚBLICO. CUSTOS LEGIS. INTERESSE DE MENOR. LEGITIMIDADE PARA RECORRER. ORIENTAÇÃO DA TURMA. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE. DANO MORAL. LEGITIMIDADE E INTERESSE DOS IRMÃOS DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. IRRELEVÂNCIA. LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO. PEDIDOS CUMULADOS E DISTINTOS. DESNECESSIDADE DE QUE OS LITISCONSORTES POSSUAM LEGITIMIDADE PARA TODOS OS PEDIDOS. DOUTRINA. RECURSO PROVIDO.

I - Consoante entendimento fixado pela Turma, o Ministério Público detém legitimidade para recorrer nas causas em que atua como custos legis, ainda que se trate de discussão a respeito de direitos individuais disponíveis e mesmo que as partes estejam bem representadas.

II - A indenização por dano moral tem natureza extrapatrimonial e origem, em caso de morte, na dor, no sofrimento e no trauma dos familiares próximos das vítimas. Irrelevante, assim, que os autores do pedido não dependessem economicamente da vítima.

III - Os irmãos possuem legitimidade para postular reparação por dano moral decorrente da morte de irmã, cabendo apenas a demonstração de que vieram a sofrer intimamente com o trágico acontecimento, presumindo-se esse dano quando se tratar de menores de tenra idade, que viviam sob o mesmo teto.

IV - A lei não exige, para a formação do litisconsórcio, que os autores possuam legitimidade em todos os pedidos deduzidos na inicial, bastando que estejam presentes as condições do art. 46, CPC." (REsp 160125/DF, Rel. Min. Salvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 24/05/1999).

"PROCESSUAL CIVIL E RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE. DANO MORAL. LEGITIMIDADE E INTERESSE DE IRMÃOS E SOBRINHOS DA VÍTIMA. CIRCUNSTÂNCIAS DA CAUSA. CONVÍVIO FAMILIAR SOB O MESMO TETO. AUSÊNCIA DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. IRRELEVÂNCIA. PRECEDENTE DA TURMA. DOUTRINA. RECURSO PROVIDO.

I - A indenização por dano moral tem natureza extrapatrimonial e origem, em caso de morte, no sofrimento e no trauma dos familiares próximos das vítimas. Irrelevante, assim, que os autores do pedido não dependessem economicamente da vítima.

II - No caso, em face das peculiaridades da espécie, os irmãos e sobrinhos

Acesso ao Sumário

possuem legitimidade para postular a reparação pelo dano moral." (REsp 239.009/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 04/09/2000).

"RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR MORTE. LEGITIMIDADE PARA PROPOR AÇÃO. NÚCLEO FAMILIAR. DANO MORAL CABÍVEL.

Os danos morais causados ao núcleo familiar da vítima, dispensam provas. São presumíveis os prejuízos sofridos com a morte do parente." (REsp 437.316/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, DJ 21/05/2007).

Nesse sentido, o ato ilícito está caracterizado e o dano moral decorrente remete à necessidade de deferimento da pretensão dos autores.

Com relação ao valor a ser arbitrado a título de indenização por danos morais, há que se levar em conta o princípio da proporcionalidade, bem como as condições das partes litigantes.

Além disso, é necessário observar a reprovabilidade da conduta ilícita praticada e, por fim, que o ressarcimento do dano não pode ser transformado em fonte de ganho desmesurado.

Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho discorre sobre este tema, afirmando que:

"Creio que na fixação do 'quantum debeatur' da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.

Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes." (Programa de Responsabilidade Civil, 6ªEd.,

Acesso ao Sumário

Malheiros Editores, São Paulo, 2005, p.115-6).

Assim, a indenização deve ter um caráter preventivo, com a finalidade de evitar a reprodução da conduta danosa, somando-se um caráter sancionatório, visando a reparação pelo dano sofrido.

Os três primeiros requerentes (genitores e progenitora da vítima), em virtude da dor que o ocorrido lhes proporcionou, devem ser ressarcidos, tendo sido privados prematuramente da convivência com ente querido, que contava com apenas vinte e quatro anos quando de sua morte, tendo prejuízos outros que não os trazidos por um desfalque material, em especial diante das circunstâncias trágicas noticiadas nos autos e que cercaram o evento em pauta. A indenizabilidade da consternação causada pela morte do "de cujus" está desvinculada de eventual crédito atinente a verbas referentes aos danos materiais.

Nesse sentido, tendo em conta a extensão do prejuízo e a natureza da conduta analisada, o "quantum" arbitrado deve ser reduzido para o equivalente a duzentos salários mínimos para cada um dos genitores e de metade desse valor para a progenitora, o que se mostra adequado e suficiente para a correta repressão do ilícito praticado e para prevenir situações futuras, não criando uma situação de iníquo enriquecimento dos autores, considerados em seu conjunto, englobadamente.

Considerado o valor do salário mínimo vigente quando da data da sentença, de R$ 880,00 (oitocentos e oitenta reais), a indenização por danos morais fica, então, fixada em R$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais), para cada um dos genitores, e em R$ 88.000,00 (oitenta e oito mil reais) para a progenitora.

Observa-se que a correção monetária incide a partir do arbitramento, ou seja, da data sentença (Súmula 362 do E. Superior Tribunal de Justiça), sendo devidos juros moratórios desde a data do evento danoso (Súmula 54 do E. Superior Tribunal de Justiça).

Os honorários advocatícios não comportam redução, pois se considerou, nos termos do artigo 85, § 2º, do CPC de 2015, o teor dos atos processuais praticados, a longevidade da causa e a magnitude do trabalho profissional desenvolvido.

Pelo meu voto, reforma-se, assim, a sentença, apenas para reduzir o "quantum" da indenização por danos morais para os valores acima referidos.

Cabe, finalmente, ressalvar que este Relator ficou vencido em parte, seja quando do julgamento originário, seja quando do julgamento pelo colegiado ampliado.

Frente ao teor dos votos proferidos no colegiado ampliado, ressalvado o entendimento pessoal expresso por este Relator e conforme os votos declarados em separado, prevaleceu o voto médio, por via do qual é mantida a indenização

Acesso ao Sumário

já fixada em primeira instância para os pais da vítima (Jairo Gurman e Gladyz Ajzenberg), bem como foi reduzida a indenização deferida para a progenitora (Ida Dachevsky Gurman), conforme o patamar fixado no voto deste Relator, em R$ 88.000,00 (oitenta e oito mil reais), corrigido monetariamente a partir da data da sentença, com juros mora legais incidentes deste do evento danoso.

Não se conhece dos agravos retidos e dá- se, enfim, provimento parcial aos apelos.

DECLARAÇÃO DE VOTO PARCIALMENTE VENCIDO

(Voto nº 10686)

Vistos.

Não obstante os relevantes fundamentos da douta maioria, apresento divergência no que tange ao montante da indenização atribuída à progenitora da vítima do acidente.

Nos termos da fundamentação do voto vencido do D. Segundo Juiz, concordo com o valor dos danos morais arbitrados aos genitores da vítima do acidente, no valor de R$ 260.000,00 para cada um.

No que diz respeito à indenização por danos morais pleiteados pela progenitora, sigo linha da douta maioria, no sentido de que ela é devida, e em montante menor.

Porém, entendo que a redução da indenização arbitrada na sentença para R$ 88.000,00 é excessiva, devendo, no meu entendimento, ser reduzida apenas pela metade.

Isso porque verifica-se, a partir da fundamentação do próprio E. Relator, que a progenitora mantinha estreitos laços afetivos com o neto, vítima fatal do acidente.

Conforme consignado no voto do E. Relator, o psiquiatra da progenitora, na posição de testemunha, relatou que, após a perda do neto, ela passou a apresentar grave quadro depressivo, que persistiu mesmo depois de decorridos quatro anos do acidente.

Daí, possível notar a gravidade e profundidade dos efeitos do acidente.

O abalo emocional pelo qual passou, e ainda passa, a família é indubitável, e, no caso particular da progenitora, o seu sofrimento agudo ficou suficientemente evidenciado nos autos.

Diante do caso concreto, apesar de separados por dois graus de parentesco, não se pode ignorar a comprovada proximidade e os estreitos laços afetivos que uniam avó e neto.

Assim, entendo, no mesmo sentido da douta maioria, que a avó deve

Acesso ao Sumário

receber indenização por dano moral, e em montante inferior ao arbitrado pela r. sentença, porém, reduzida pela metade (R$ 130.000,00), e não para dez salários mínimos.

Dessarte, pelo meu voto, dava parcial provimento aos apelos, para manter o valor arbitrado a título de danos morais aos genitores e para reduzir o valor da indenização por danos morais atribuídos à progenitora para metade do montante arbitrado pela r. sentença.

CARLOS DIAS MOTTA, Desembargador, 5º Juiz

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 11.427)

Respeitado o entendimento da douta maioria, ouso divergir no que diz respeito à concessão de indenização por dano moral à avó da vítima.

Não se trata, deve ficar claro, de consideração que se faça no plano da legitimação *ad causam*, já que, demonstrado o laço de parentesco alegado e afirmando-se a coautora Ida particularmente atingida pela perda do neto, com quem afirma a existência de laço particularmente intenso de afetividade, não se discute a pertinência subjetiva, no âmbito processual, para a pretensão indenizatória em face disso formulada; o problema, diversamente, reside no plano substancial, cuidando-se de perquirir da possibilidade ou não de se deferir verba reparatória a parente de tal grau, mormente sendo vivos e também comparecendo como interessados em nome próprio os pais da vítima.

A determinação dos habilitados ao recebimento de reparação por dano moral, em caso de falecimento da vítima, é como sabido um dos temas mais árduos ligados à disciplina desse instituto, principalmente se considerado o caráter indefinido e a princípio incontrolável das repercussões que podem advir a pessoas de alguma forma ligadas ao falecido, conforme a natureza dos vínculos e a maior ou menor proximidade para com a vítima (basta lembrar o exemplo clássico do sofrimento eventualmente causado numa legião de fãs pela morte de um grande astro do esporte ou do meio artístico).

O tema não é resolvido, no direito brasileiro, por critérios legais expressos, diferentemente do que se dá por exemplo no Código Civil Português, o qual estabelece, em seu art. 496, nº 2, uma escala de sucessivos e excludentes titulares do direito correspondente, nos seguintes termos: "*Por morte da vítima, o direito à indenização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representem*".

Acesso ao Sumário

Nem por isso deixa de ser necessária a busca por parâmetros que orientem a atividade jurisprudencial no tocante ao tratamento do tema, tudo de forma a evitar a excessiva ampliação do rol de beneficiados ou a transformar a definição desses em algo totalmente lotérico e descontrolado. É necessário, enfim, o estabelecimento de determinados critérios limitativos, inclusive para não acarretar encargo desproporcional ao ofensor.

E, sob essa perspectiva, acaba por se sobrepor ao tema da prova do dano moral, ou mesmo da existência em concreto de situação de sofrimento pessoal, a definição de limites objetivos que abstraiam essas circunstâncias. Desse modo, não se exclui que, à vista desses limites, mesmo interessados comprovadamente afetados pelo evento em termos individuais acabem por se ver privados do direito à compensação financeira.

Nesse sentido, razoável a restrição do direito à indenização aos parentes mais próximos, notadamente pais, cônjuges ou companheiros e filhos, de algum modo ajustando-se o direito correspondente à linha de vocação hereditária. Por oportuno, cita-se julgado do E. Superior Tribunal de Justiça em linha assemelhada (conquanto tratando a questão, diferentemente do que aqui fazemos, como questão de legitimidade):

> "*Ou seja, a legitimação para a propositura de ação de indenização por dano moral em razão de morte deve mesmo alinhar-se, mutatis mutandis, à ordem de vocação hereditária, com as devidas adaptações (como, por exemplo, tornando irrelevante o regime de bens do casamento), porquanto o que se busca é a compensação exatamente de um interesse extrapatrimonial.*
>
> *Afirma-se isso não em razão de uma escolha arbitrária acerca da regra aplicável, mas porque, à falta de dispositivo próprio sobre do tema, ancoro-me no apotegma romano segundo o qual onde houver a mesma razão, haverá o mesmo direito - ubi eadem ratio ibi idem jus.*
>
> *É que eventual rol de legitimados para a propositura de ação indenizatória por dano moral em razão de morte - assim como há no direito português - não poderia levar em consideração senão as afeições existentes (ou presumidamente existentes) entre o falecido e o ente sobrevivente, tal como o que ocorre com as disposições legais sobre a vocação hereditária.*
>
> *Vale dizer, se é verdade que, tanto na ordem de vocação hereditária quanto na indenização por dano moral em razão de morte, o fundamento axiológico são as legítimas afeições nutridas entre quem se foi e quem ficou, para se proceder à indispensável limitação da cadeia de legitimados para a indenização, nada mais correto que conferir aos mesmos sujeitos o direito de herança e o direito de pleitear a compensação moral.*

Acesso ao Sumário

(...)

Portanto, parece razoável estabelecer o mesmo fundamento para a criação de uma ordem de legitimados para receber indenização pela dor moral decorrente da morte de ente querido, porque aqui também o valor jurídico justificador se alinha aos valores inseridos na ordem de vocação hereditária.

Assim, tendo em vista a analogia com os já citados arts. 12 e 948 do Código Civil de 2002; art. 76 do Código Civil de 16; e art. 63 do Código de Processo Penal, aos quais acrescento o art. 1.829 do Código Civil - que trata da ordem de vocação hereditária -, a título de regra a ser assumida para a ordem de legitimados a pleitear indenização por dano moral por morte, independentemente do regime de bens do falecido e do ente sobrevivente, entendo que, de regra, somente podem pleitear a compensação:

I. o cônjuge ou companheiro(a) em concorrência com os descendentes;

II. o cônjuge ou companheiro(a) em concorrência com os ascendentes, na falta de descendentes;

III. o cônjuge ou companheiro(a), na falta de descendentes e de ascendentes;

IV. os colaterais até o quarto grau." (STJ, REsp nº 1.076.160, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10/4/2012, DJe 21/6/2012).

É por tais razões que, com a devida vênia da maioria, e sem de modo algum colocar em dúvida o sofrimento alegado pela coautora Ida, que considero não fosse o caso de se deferir a ela reparação por dano moral juntamente com os pais da vítima fatal, julgando assim improcedente a demanda nesse particular e reformando a r. sentença em tal capítulo.

Por derradeiro, no tocante ao valor da indenização fixado para cada um dos pais (R$ 260.000,00), não o considero excessivo, correspondendo a pouco menos de 300 salários mínimos na data da r. sentença e se afigurando compatível com o normalmente fixado em relação a eventos dessa natureza, mormente se considerada a condição pessoal da família da vítima e mesmo a dos ofensores, que estão longe de ser hipossuficientes.

Assim, pelo meu voto, com reiterada vênia ao entendimento da douta maioria, julgo improcedente a demanda proposta pela progenitora e mantenho o valor arbitrado a título de danos morais, restrito contudo aos pais da vítima, dando **PARCIAL PROVIMENTO** aos recursos.

FABIO TABOSA, Desembargador, 2º Juiz

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3004429-68.2013.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante ANTÔNIO CARLOS MARTINS, é apelado COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO SABESP.

ACORDAM, em 33ª 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 33838)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (Presidente) e SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA.

São Paulo, 5 de dezembro de 2016.

MARIO A. SILVEIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - Interposição contra a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação de inexigibilidade de contribuição previdenciária c.c. restituição de indébito com pedido de tutela antecipada. Preliminar. Não acolhimento da exceção de incompetência que se mantém. Competência da Justiça Estadual (Comum). Relação que não se afigura como trabalhista. Mérito. Possibilidade de descontos à razão de 11% (onze por cento) a título de contribuição previdenciária dos inativos, incidentes sobre a complementação de aposentadoria. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Sentença mantida. Agravo retido e apelação não providos.

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 233/240) interposta por Antonio Carlos Martins contra a sentença (fls. 229/230) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 12ª Vara Cível da Comarca de Santos que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação de inexigibilidade de contribuição previdenciária c.c. restituição de indébito com pedido de tutela antecipada, ajuizada por ele contra Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - Sabesp. Suscita preliminar para conhecimento do agravo retido (fls. 201/205) então interposto contra a decisão de fls. 194, que afastou a incompetência absoluta pretendida. Sustenta que a

competência é da Justiça do Trabalho. No mérito, tece considerações a respeito dos fatos. Apega-se à alegação de inexigibilidade dos descontos praticados pela companhia ré, relacionados ao índice de 11% (onze por cento) a título de contribuição previdenciária dos inativos, incidentes sobre a complementação de aposentadoria. Objetiva e requer, em suma, a procedência dos pedidos formulados na exordial. Postula o provimento do apelo e, por conseguinte, a reforma da sentença.

As contrarrazões foram apresentadas pela ré Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - Sabesp (fls. 264/278). Postula a manutenção da sentença e pugna pelo não provimento do apelo.

É o relatório.

Em relação à suscitada preliminar, de rigor seja analisado o agravo retido (fls. 201/205) então interposto contra a decisão de fls. 194, que afastou a incompetência absoluta pretendida.

Nenhuma mácula há na decisão interlocutória supramencionada, que se reporta à bem lançada decisão proferida pelo MM. Juízo da 4ª Vara da Justiça do Trabalho e que acabou por remeter os autos à Justiça Estadual, dita Comum (fls. 182/183).

Isso porque, o Colendo Plenário do Egrégio Supremo Tribunal Federal já inferiu, consoante Recurso Extraordinário n.º 586453 e Recurso Extraordinário n.º 583050, caber à Justiça Estadual (Comum) processar e julgar as questões pertinentes e decorrentes de contrato de previdência complementar, sem distinção entre previdência do sistema aberto ou fechado.

Nesse ponto, o autor não mantém mais vínculo empregatício com a companhia ré, encontra-se aposentado, com isso, no tocante ao supramencionado Recurso Extraordinário n.º 586453/SE - interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho-TST - que então reconhecera a competência da justiça trabalhista para o julgamento da causa - por maioria deu-se provimento ao recurso para se assentar a competência da Justiça Comum. Em tal acórdão da Suprema Corte inferiu-se, no caso e no essencial, que a questão decorrente da complementação de aposentadoria tivera como origem contrato de trabalho já extinto, e que, apesar de a instituição ex-empregadora ser garantidora da entidade fechada de previdência, o beneficiário não mais manteria com ela, nem como fundo de previdência, relação de emprego. Ao destacar que a relação entre o associado e a entidade de previdência privada não seria trabalhista, por estar disposta em regulamento (artigo 202, § 2º, da Constituição Federal, disciplinado pelo artigo 68 da Lei Complementar n.º 109/2001), concluiu que a competência não poderia ser definida tendo em conta o contrato de trabalho já extinto, e que caberia à Justiça Comum o exame da causa, ante a inexistência de relação trabalhista entre o beneficiário e a entidade fechada de previdência

Acesso ao Sumário

complementar.

Além disso, ainda que o autor não tenha ajuizado a ação contra a instituição de previdência privada e sim contra a ex-empregadora, tal fato não leva à conclusão de que o pedido formulado tenha por base o contrato de trabalho, eis que o pedido volta-se à contribuição previdenciária, com pagamentos não em razão do vínculo empregatício mas sim em decorrência de leis estaduais.

Sobre o assunto, a jurisprudência desta 33ª Câmara de Direito Privado, conforme acórdão da lavra do insigne Des. Sá Duarte, conforme segue: *Exceção de incompetência. Previdência privada. Pretensão declaratória de inexigibilidade de contribuição previdenciária. Exceção visando à remessa do processo à Justiça Comum do Trabalho rejeitada. Decisão que se reputa acertada, reafirmada a competência da Justiça Comum. Precedentes. RExt 586.453/SE. Agravo de instrumento não provido*. (Agravo de Instrumento n.º 2223476-64.2014.8.26.0000/Santos, v.u., J. 02/03/2015).

Desse modo, viável a decisão que determinou a manutenção do processamento e julgamento pela Justiça Estadual.

Vai-se ao mérito.

A sentença, devidamente motivada, bem como fundamentada, não comporta modificação.

Com efeito, a insurgência do autor lançada na exordial volta-se aos descontos à razão de 11% (onze por cento) a título de *contribuição previdenciária dos inativos, incidentes sobre a complementação de aposentadoria* e sustenta que tais descontos não podem persistir.

Ocorre que, ainda que diante da legislação mais recente e a respeito não tenha havido interrupção dos descontos realizados junto aos proventos de aposentadoria de titularidade do autor, não se pode olvidar que a Lei Complementar Estadual n.º 943/2003 compatibilizou com o disposto na Carta Magna, porquanto instituiu contribuição previdenciária devida pelos servidores públicos e destinada à cobertura de despesas com suas aposentadorias.

Acesso ao Sumário

Sem discrepar, foi criada ulteriormente a Lei Complementar Estadual n.º 954, de 31/12/2003, que dá conta que na contribuição previdenciária de 11% está compreendida a alíquota de 5% (cinco por cento) instituída pela Lei Complementar Estadual n.º 943/2003 e a contribuição de 6% (seis por cento) prevista no artigo 137 da Lei Complementar n.º 180/1978. Além disso, estendeu aos inativos, pensionistas e aqueles que percebem complementação de aposentadoria e pensão, a responsabilidade solidária pela contribuição.

Nesse ponto, destacam-se as disposições contidas nos artigos 1º e 3º da Lei Complementar n.º 954/2003 (Dispõe sobre a contribuição previdenciária mensal de inativos e pensionistas do Estado).

Há de se destacar que as Leis Complementares Estaduais n.º 943/2003

e n.º 954/2003 foram editadas em observação ao disposto no artigo 40 da Constituição Federal, o qual tem o propósito de custear e sustentar um regime de previdência de caráter contributivo e solidário, sem descurar das bases pertinentes à preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, o que persistiu até à entrada em vigor da Lei Complementar Estadual n.º 1.012/2007.

De todo modo, com o advento da mencionada Lei Complementar Estadual n.º 1.012/2007, destacadamente diante das disposições dos artigos 8º, 9º e 15 de referida, a legislação superveniente revogou as contribuições previdenciárias então previstas na Lei Complementar Estadual n.º 954/2003, todavia, apenas em relação às espécies de contribuição expressamente consignadas nos artigos 8º e 9º, da Lei Complementar Estadual n.º 1.012/2007 e não integralmente.

Assim, de forma pragmática, a Lei Complementar Estadual n.º 1.012/2007, ateve-se a inovar em relação às contribuições previdenciárias devidas pelos *servidores públicos titulares de cargos efetivos, ativos e dos militares* (artigo 8º), bem como dos respectivos *aposentados e pensionistas* (artigo 9º), sem interferência em relação aos beneficiados com a complementação de pensão e proventos a cargo do Estado, situação da qual se insere o autor, porquanto mantida a submissão de referidos aos termos do artigo 1º, da Lei Complementar Estadual n.º 954/2003.

Reforça tal fato a situação de a Lei Complementar n.º 1.012/2007 ter se voltado à regulamentação da contribuição previdenciária a ser cobrada pela SPREV, autarquia estadual instituída em substituição ao IPESP, cujas atividades se restringem aos servidores públicos efetivos e aos militares do Estado (ativos, inativos/reformados e pensionistas), contudo, sem se referir à regência de administração das contribuições sociais dos *complementados* alcançados pela Lei n.º 4.819/58, que são suportadas diretamente pela Administração Direta do Estado, através do Departamento de Despesa de Pessoal do Estado.

Com isso, por tudo quanto acima expendido, de forma contextualizada dos autos, em relação às complementações de pensões e aposentadorias, nos termos da Lei n.º 4.819/58, prepondera o disposto no artigo 1º, da Lei Complementar Estadual n.º 954/2003, que se refere às contribuições sociais dos *complementados* para fins de custeio do sistema de previdência social, em detrimento das disposições da Lei Complementar Estadual n.º 1.012/2007, resultando que não há mácula nos descontos tratados nos autos e praticados pela companhia ré.

Portanto, uma vez aposentado o autor, o desconto de 11% a título de *contribuição previdenciária dos inativos* não se encontra maculado. Aliás, tal desconto se impõe, porquanto se presta a custear o sistema de complementação de aposentadoria, que, no caso, é suportado pelo Fundo Assistencial criado pelo Governo Estadual.

Acesso ao Sumário

A respeito, a jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - também acerca do desconto previdenciário de 11% e contra a Sabesp -, no essencial, conforme segue: *Previdência Privada. Desconto Previdenciário. Direito adquirido a não incidência de desconto previdenciário. Inaplicável o desconto previdenciário de 11% a empregados públicos. Sentença de parcial procedência, para determinar que a requerida "abstenha-se de efetuar o desconto da contribuição previdenciária" e para condenar à devolução dos "descontos da contribuição previdenciária já efetuados, contado da data de 5 anos anterior à propositura da ação". Ausente a distinção entre empregados públicos e servidores públicos, para fins de recebimento do benefício de complementação de aposentadoria e de incidência do desconto previdenciário. Benefício de complementação de aposentadoria tem caráter previdenciário (e não empregatício) - Caráter contributivo e solidário do regime de previdência. Irredutibilidade da remuneração dos servidores públicos não se estende aos tributos. Não caracterizada a violação ao direito adquirido. Recurso da requerida provido, para julgar improcedente a ação.* (35ª Câmara de Direito Privado, Apelação n.º 0019029-42.2014.8.26.0100, rel. Des. Flávio Abramovici, v.u., J. 29/08/2016).

No mais, para que não se alegue omissão, bem como para que se evitem elucubrações o autor, para os fins colimados, é equiparado a servidor público, tal como dispõe a Lei Estadual n.º 4.819/58 que, diante da criação do Fundo de Assistência Social do Estado, tem a finalidade de concessão aos servidores das autarquias, das sociedades anônimas em que o Estado seja detentor da maioria das ações e dos serviços industriais de propriedade e administração estadual, dentre outros, a complementação das aposentadorias e concessões de pensões.

Por fim, a jurisprudência reproduzida pelo autor não tem o condão de modificar o quanto sentenciado, porquanto tais julgados foram proferidos em conformidade com os respectivos casos e sem efeito vinculante, não obstando a incidência da persuasão racional, o livre convencimento motivado no caso tratado nos autos.

Acesso ao Sumário

Destarte, a sentença deve ser mantida, nos termos em que proferida, mais pelo aqui expendido.

Posto isto, nega-se provimento ao agravo retido e à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1093592-87.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado TELEFONICA BRASIL S/A, é apelada/apelante SUHAYLA ALANA HAUFE

CHAABAN (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DA AUTORA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.824)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente), CESAR LUIZ DE ALMEIDA E GILSON DELGADO MIRANDA.

São Paulo, 7 de dezembro de 2016.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C. C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL E MORAL. Prestação de serviços de telefonia fixa e *internet* banda larga. Indisponibilidade por meses seguidos, a despeito da quitação das contas do período e das diversas reclamações da consumidora. Legitimidade da condenação da fornecedora à obrigação de restituir os valores pagos por serviços não disponibilizados, na forma simples, por ausência de má-fé em sua cobrança. Serviços parcialmente restabelecidos por força de decisão liminar que torna devida a *astreinte* fixada, porém, de forma proporcional à parte da obrigação não cumprida. Inoperância dos serviços contratados sem solução pela fornecedora que configura violação de direito e gera o dever de indenizar. Dano moral configurado na espécie que legitima a indenização fixada a este título, cujo valor arbitrado se mostrou condizente com a situação posta. Honorários advocatícios fixados com razoabilidade dispensa alteração. Recurso da ré desprovido e recurso da autora provido em parte.

VOTO

Trata-se de apelações interpostas por **TELEFÔNICA BRASIL S/A** e **SUHAYLA ALANA HAUFE CHAABAN** nos autos da ação de obrigação de fazer c. c. indenização por danos material e moral que a segunda move contra a primeira, com pedido julgado parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 124/131, que convalidou a tutela antecipada e condenou a ré ao pagamento de

Acesso ao Sumário

indenização por dano moral no valor de R$ 4.000,00 (quatro mil reais), com correção monetária da publicação da sentença e juros de mora a partir citação. Condenou a ré, ainda, à obrigação de devolver à autora os valores das faturas pagas no período, com correção monetária e juros de mora de cada desembolso, além do pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em vinte por cento (20%) do valor atualizado da condenação.

A r. decisão de fl. 168 rejeitou os embargos declaratórios de fls. 142/144.

Alegou a ré que não praticou nenhum ato ilícito e que não ocorreu dano moral na espécie, o que torna indevida a indenização a este título, cujo valor, alternativamente, deve ser minorado; que não houve cobranças irregulares ou de má-fé, devendo ser afastada a condenação à repetição do indébito; que, subsidiariamente, os honorários advocatícios devem ser fixados em dez por cento (10%) do valor da condenação (fls. 145/157).

A autora, por sua vez, sustentou que a indenização por dano moral deve ser majorada para o valor de R$10.000,00 (dez mil reais), a fim de assegurar o caráter pedagógico da reparação civil; que a tutela antecipada foi parcialmente cumprida pela ré, eis que o serviço de *internet* foi restabelecido em velocidade inferior à contratada, de modo que deve constar na condenação o valor de R$5.000,00 (cinco mil reais) pela multa diária devida (fls. 175/183).

Foram oferecidas contrarrazões com pleitos de desprovimento dos recursos.

É o relatório.

Ficou incontroverso que a autora contratou para a sua residência, em maio de 2014, os serviços da ré de telefonia fixa e de *internet* banda larga na velocidade de dez (10) *megabytes*, os quais, porém, foram cancelados em 09 de agosto de 2014, a despeito do pagamento regular das contas de consumo.

A ré não comprovou a sua alegação de que a autora teria solicitado o cancelamento dos serviços, ônus que lhe competia, nos termos do então vigente artigo 333, II, do CPC/1973, de modo que nada justificava a interrupção dos mesmos.

Acesso ao Sumário

Os serviços foram restabelecidos em 29 de novembro de 2014, isto é, no prazo de cinco (5) dias concedido por r. decisão judicial que deferiu a tutela antecipada, contado da intimação da ré pelo correio (fls. 43/44, 47, 49/53), porém, com velocidade de *internet* banda larga inferior a um (1) *megabyte*, abaixo, portanto, da contratada pela autora (10 MB), como comprovam os documentos de fls. 54/60, não impugnados especificamente pela empresa ré ou contrapostos por outros documentos técnicos, não tendo esta sequer pleiteado a produção de prova pericial para demonstrar o suposto cumprimento integral da tutela antecipada (fls. 118/119).

Tem-se, assim, que a autora ficou privada dos serviços de telefonia e

internet, sem qualquer justa causa, no período de 09 de agosto de 2014 a 29 de novembro de 2014, ou seja, pelo prazo de três (3) meses e vinte (20) dias, permanecendo sem a velocidade contratada de *internet* até os dias atuais.

Neste sentido, de rigor reconhecer a inexigibilidade das faturas cobradas no referido período em que não houve utilização dos serviços pela autora, sob pena de enriquecimento sem causa da ré, bem como do serviço de *internet* cobrado acima de um *megabyte* de velocidade a partir do seu restabelecimento em 29 de novembro de 2014, razão pela qual deverão ser restituídos os respectivos valores na forma simples, por ausência de má-fé da ré em sua cobrança, a serem apurados em liquidação de sentença.

Por sua vez, a multa diária fixada para o descumprimento da tutela antecipada foi de R$500,00 (quinhentos reais), limitada ao valor de R$5.000,00 (cinco mil reais). Como houve o restabelecimento do serviço de telefonia e de *internet* equivalente a apenas um décimo (1/10) da velocidade contratada, a multa deve ser aplicada de forma proporcional, ficando, assim, arbitrada no valor de R$2.250,00 (dois mil, duzentos e cinquenta reais).

De outro lado, como não houve justa causa para a inoperância dos serviços de telefonia e *internet* contratados, e tampouco para a subsistência da indisponibilidade de ambos pelo longo prazo de quase quatro (4) meses, a despeito do seu pagamento e das diversas reclamações efetuadas pela autora, inclusive junto à ANATEL (fls. 23/25), forçoso reconhecer o descaso da ré para com a autora e a violação do direito desta.

A suspensão de serviço inerente ao cotidiano, assim como o desinteresse e desatenção para com a usuária, que se transmuda em impotente espectadora, sem qualquer força para enfrentar a prestadora de serviço, com certeza qualifica afronta anímica capaz de gerar responsabilidade civil.

O artigo 5º, V, da Constituição Federal e o artigo 186 do Código Civil impõem a compensação pelo sofrimento injustamente impingido à consumidora, como forma de restringir os desmandos de quem quer que seja.

Esse procedimento negligente por parte da ré impõe, sim, o dever de indenizar, pois a dor d'alma é inquestionável, bastando que a ofendida se manifeste nesse sentido para que o dever de reparação se constitua.

Portanto, perfeitamente cabível o pagamento de indenização por dano moral, como forma de reparar o dissabor causado à autora pela inoperância indevida e imotivada dos serviços, eis que para tanto em nada contribuiu, cumprindo, integralmente, a parte do contrato que lhe tocava.

Foram os tempos da absoluta impunidade daquele que era melhor aquinhoado pela sorte, o qual submetia os hipossuficientes ao seu talante, desprotegidos que eram pelo ordenamento jurídico vigente.

Nos dias que correm, acodem-se os simples da vida com os instrumentos

Acesso ao Sumário

que lhe são disponibilizados pelo Estado, buscando a reparação aos males que recebem indevidamente.

Como efetiva consequência, conclui-se que os abalos suportados pela autora configuram, inequivocamente, dano moral, uma vez que a negligência da ré ocasionou transtornos, além de obrigá-la a buscar o Poder Judiciário para satisfazer sua pretensão.

A desídia foi clara, inoportuna, causadora de transtorno acima do razoável, afastada do mero dissabor do cotidiano.

Ressalte-se que o dano moral dá-se *in re ipsa*, não necessitando de comprovação, conforme o entendimento do Colendo STJ: "*Como se trata de algo imaterial ou ideal, a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Por outras palavras, o dano moral está ínsito na ilicitude do ato praticado, decorre da gravidade do ilícito em si, sendo desnecessária sua efetiva demonstração, ou seja, como já sublinhado: o dano moral existe in re ipsa*"[1].

Presentes, pois, a conduta ilícita, o nexo causal e a lesão caracterizadora do dever de indenizar.

Certo o dano moral, de se passar ao exame da sua quantificação feita na sentença.

A dificuldade da fixação da indenização por dano moral é grande, pois o dimensionamento para tanto é tarefa árdua, sem a existência de parâmetros previamente definidos.

Assim, há que se buscar um caminho possível, observando-se as funções satisfatória e punitiva da verba indenizatória, evitando-se, por outro lado, o enriquecimento sem causa da vítima ou a sua fixação em valor inexpressivo.

A propósito, a lição de Carlos Alberto Bittar: "*Em consonância com essa diretriz, a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses e conflito, refletindo-se, de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante.*" (*in* "Reparação Civil por Danos Morais", 3ª edição, 1997, Revista dos Tribunais, p. 233).

No caso, a indenização por dano moral, fixada no valor de R$4.000,00 (quatro mil reais), mostra-se condizente com a situação posta, não sendo o caso de sua alteração.

Acesso ao Sumário

1 BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp 608918/RS. Rel. Min. José Delgado. DJ 21/06/2004.

Por derradeiro, os honorários advocatícios foram arbitrados com razoabilidade e dentro dos parâmetros legais, não havendo que se falar em sua redução.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao apelo da ré e dou parcial provimento ao recurso da autora, para condenar aquela ao pagamento de *astreinte* no valor de R$2.250,00 (dois mil, duzentos e cinquenta reais), com correção monetária a partir da prolação da r. decisão que deferiu a tutela antecipada.

Remanescem inalteradas as coimas da sucumbência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0203335-59.2008.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante GARAGE INN ESTACIONAMENTOS LTDA., é apelado CONDOMÍNIO EDIFÍCIO NEW CENTURY OFFICES.

ACORDAM, em 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº SMO 25379)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (Presidente) e SÁ DUARTE.

São Paulo, 12 de dezembro de 2016.

SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO - Locação - Reintegração de posse - Falta de interesse processual - Espaço locado para atividade comercial de estacionamento - Existência de reconhecimento em ação renovatória da aplicabilidade ao caso da Lei nº 8.245/91 - Retomada do imóvel que deve ser discutido em ação de despejo - Ação que deve ser extinta com base no inciso VI, do artigo 267, do Código de Processo Civil. Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por GARAGE INN ESTACIONAMENTOS LTDA. (fls. 443/466) contra a r. sentença de fl. 431/434, proferida pelo MM. Juiz da 30ª Vara Cível Central da Capital, Dr. Rogério de Camargo Arruda, que julgou procedente a ação de reintegração de posse com pedido liminar movida por CONDOMÍNIO EDIFÍCIO NEW CENTURY OFFICES, determinando a imediata desocupação em 30 dias, em antecipação de tutela.

Sustenta a apelante, preliminarmente, que a ação deve ser extinta sem julgamento de mérito, por carência de ação, ausente interesse processual na presente ação de reintegração de posse, devendo a questão ser discutida em ação de despejo. Aponta ainda cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado do feito sem despacho saneador. Discorre sobre os fatos. Alega violação ao direito de preferência, questionando a validade da notificação, entendendo ser caso de renovação compulsória. Requer ainda indenização pelo fundo de comércio. Pleiteia a concessão de efeito suspensivo ao recurso. Postula o provimento do recurso.

Contrarrazões às fls. 532/556, pela manutenção da r. sentença, com pedido de condenação da apelante como litigante de má-fé.

É o relatório.

O recurso merece provimento.

Inicialmente, afasto o alegado cerceamento de defesa.

Não há que se falar em nulidade do feito por não ter sido proferido despacho saneador. No caso dos autos, houve julgamento antecipado da lide, tendo a sentença expressamente registrado que o deslinde da questão não dependia da realização de outras provas. Em tais situações, é dever do juiz conhecer diretamente do pedido (art. 330, do Código de Processo Civil), sendo dispensável o despacho saneador, que só tem lugar nos casos em que será instaurada a fase probatória (art. 331, § 2º, do Código de Processo Civil).

Acesso ao Sumário

Trata-se de ação de reintegração de posse proposta pela apelada em outubro de 2008, com pedido de medida liminar, buscando reaver três pavimentos que foram alugados à apelante para fins de exploração atividade comercial de estacionamento.

A escolha do tipo de ação foi baseada na exceção prevista no artigo 1º da Lei de Locação, hipótese prevista no parágrafo único, alínea "a", item 2, segundo a qual essa modalidade contratual continua regulada pelo Código Civil. Assim, foi requerida a reintegração com base no esbulho possessório, nos termos do artigo 926 e seguintes do Código de Processo Civil.

No caso dos autos, a tramitação foi suspensa em janeiro de 2009 (fls. 230/232), reconhecida a prejudicialidade externa decorrente de estar pendente

julgamento de ação renovatória de locação movida pela ora apelante em face do apelado, retomada em outubro de 2014 após notícia de julgamento da apelação (fls. 430).

Ainda que a mencionada ação renovatória tenha sido julgada improcedente em primeiro grau, este E. Tribunal acolheu a apelação da locatária para "*renovar o contrato de locação vigente entre as partes por mais três anos, com início da locação para 1º de outubro de 2008 e término em 30 de setembro de 2011, mantidas as demais cláusulas do contrato, inclusive em relação à base do aluguel vigente com os critérios de reajuste contratado*." (fls. 376/385).

Deste v. acórdão, que transitou em julgado em 30.05.14, conforme informação constante do sistema SAJ, constou expressamente que *"a interpretação que a jurisprudência faz deste dispositivo, porém, é de que estão excluídas da abrangência da Lei nº 8.245/91 apenas aquelas locações celebradas pelo locatário para utilização das vagas de garagem para estacionamento dos seus próprios veículos. (...) Em contrapartida, a Lei nº 8.245/91 é aplicável toda vez que o contrato de locação tiver como finalidade a exploração comercial da atividade de estacionamento de veículos e o serviço for oferecido pelo locatário ao público em geral"*. (fls. 379).

Com base nisso, caracterizou-se a perda superveniente de objeto, eis que, uma vez reconhecida em definitivo a existência de relação locatícia regida especialmente pela Lei nº 8.245/91, inviável a propositura de ação de reintegração de posse para a retomada do imóvel, questão que deve ser amplamente discutida em ação de despejo, própria para esse fim.

Desta forma, evidente a falta de interesse processual do apelado, razão pela qual a ação não deveria ter sido julgada procedente com a determinação de reintegração de posse do imóvel, mas sim extinta com base no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, reconhecida a carência de ação, razão pela qual o recurso deve ser provido nestes termos.

Consequentemente, prejudicado o conhecimento das demais questões suscitadas pelas partes.

Pelo exposto, caracterizada a falta de interesse processual por perda superveniente do objeto, dou provimento ao recurso para o fim de reformar a r. sentença e julgar extinta a ação, sem julgamento de mérito, com fundamento no inciso VI do artigo 267 do Código de Processo Civil. Consequentemente, ficam invertidos os ônus da sucumbência, respondendo o apelado pelas custas, despesas processuais e honorários advocatícios, já fixados pelo magistrado em 20% sobre o valor da causa.

Acesso ao Sumário

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0003303-38.2009.8.26.0606/50000, da Comarca de Suzano, em que é embargante VERA LUCIA LEÃO (JUSTIÇA GRATUITA), é embargado ATACADÃO - DISTRIBUIÇÃO, COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: RECEBERAM EM PARTE OS DECLARATÓRIOS, COM EFEITOS MODIFICATIVOS. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.934)**

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

São Paulo, 24 de janeiro de 2017.

CESAR CIAMPOLINI, Relator

Ementa: Embargos de declaração, opostos por autora de ação de indenização por acidente de consumo, contra acórdão que julgou recíprocas apelações das partes. Alegadas omissões na apreciação da prova. Defeito em parte ocorrente, na medida em que o acórdão laborou em erro ao apreciar o que restou apurado em perícia e mediante prova testemunhal. Deferimento à embargante de verba para compensação do dano estético que sofreu em razão dos fatos que os autos retratam. Deficiência de deambulação configura dano estético para os fins do art. 949 do Código Civil. Julgados deste Tribunal de Justiça. As indenizações por dano moral e estético são cumuláveis. Jurisprudência do STJ.

Embargos recebidos em parte com efeito modificativo, dando-se provimento parcial à apelação da autora para se lhe deferir indenização por dano estético.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de embargos de declaração (fls. 263/268) que a autora desta ação

de indenização por acidente de consumo opõe ao acórdão de fls. 241/253, assim ementado:

> "Ação de indenização por danos materiais e morais. Autora, atualmente com 65 anos de idade, parcial e permanentemente incapacitada para o desempenho de atividades laborais braçais, após sofrer queda no interior de estabelecimento comercial mantido pela ré. Sentença que condenou o supermercado a arcar com pensão vitalícia em benefício da autora, correspondente a 12,5% do salário mínimo vigente, incidentes desde a época dos fatos e, ainda, R$ 20.000,00 correspondentes ao ressarcimento pelos danos morais que sofreu. Fatos, danos e nexo causal incontroversos. Pensão vitalícia que bem atende ao art. 950 do Código Civil. Dano moral caracterizado pela própria natureza dos acontecimentos. Indeferimento, todavia, de pleitos de indenização por danos materiais, referentes às contribuições do INSS que deixou de recolher no período em que ficou afastada das atividades laborais, lucros cessantes e despesas com tratamento médico, por falta de prova dos prejuízos. Danos estéticos inexistentes segundo conclusão do laudo pericial. Sentença de procedência parcial que se mantém (art. 252, RITJSP). Apelações de ambas as partes desprovidas." **(fl. 242/243)**.

Alega a embargante haver omissões na apreciação da prova dos autos e pede sejam supridas, com efeito modificativo.

Dei vista à parte adversa (fl. 270).

Sem manifestação, como certificado (fl. 272).

É o relatório.

Em dois pontos do apelo se apontam erros na apreciação dos elementos probatórios coligidos ao longo da instrução: ***(a)*** quanto à prova de que a autora trabalhava informalmente, de onde o pedido de pagamento de reparação por lucros cessantes e de reparação por não ter podido recolher contribuições à Previdência posteriormente ao acidente; ***(b)*** no que tange ao que dizem o laudo pericial e a prova testemunhal acerca do dano estético sofrido pela autora.

No primeiro ponto, ***data venia***, sem razão a autora: a r. sentença e o acórdão que a ratificou foram claros a respeito, não havendo mesmo, como asseveraram, provas minimamente suficientes de que exercesse ela atividade de que auferisse rendimentos. Nada a suprir a respeito.

No segundo, todavia, assiste-lhe razão.

Está no bem elaborado laudo pericial do IMESC que a autora exibe "*marcha claudicante leve à direita*" (fl. 140).

E na prova testemunhal:

> "... antes do acidente, eu não via a autora mancando. Ela passou a mancar após o acidente." **(fl. 168, depoimento de Maria Paulino Alonso)**.

> "Depois de quase uma semana [após o acidente], encontrei a autora em

frente à casa dela, pois o local é meu caminho. Ela estava sentada. Ela estava com uma bengala. Acho que a autora não ficou boa, pois vejo ela direto mancando." **(fl. 169, palavras da testemunha Orson Batista Wanderlei)**.

Essa prova, afirmativa de que a autora, em razão do acidente, claudica efetivamente, não foi examinada pela r. sentença e pelo acórdão que ficaram, de modo equivocado, na assertiva genérica, feita pela primeira e ratificada pelo segundo, de que os danos estéticos não foram comprovados (no acórdão, fl. 252).

Assim sendo, com efeitos infringentes, são de se receber os embargos de declaração, para proclamar-se ter a autora sofrido dano estético.

Tem-se, efetivamente, na jurisprudência deste Tribunal,

"No caso presente, é inegável a ocorrência de dano estético apartado ao dano moral, porque como já dito, a conclusão pericial indica que a lesão no tornozelo do autor resultou em deformidade, e disso passou a ser manco.

Assim, se uma deformidade no tornozelo não necessariamente resulte em dano estético, o coxear o é, porque impossível deixar de se observar o andar escarnecido de pessoa manca." **(Ap. 9190112-55.20098.26.0000, WALTER FONSECA)**.

"Ocorreu dano estético, a autora entrou andando normalmente e saiu manca da sala de cirurgia." **(Ap. 0005644-95.2011.8.26.0176, LUCILA TOLEDO)**.

Por outro lado, o dano estético se repara, como se sabe, autonomamente, em que pese deferir-se também ao lesado verba para compensação de dano moral (STJ, REsp 251.719, ARI PARGENDLER; REsp 457.312, RUY ROSADO).

Nessa linha:

Enunciado 192/CEJ: "Os danos oriundos das situações previstas nos arts. 949 e 950 do Código Civil de 2002 devem ser analisados em conjunto, para efeito de atribuir indenização por perdas e danos materiais, cumulada com o dano moral e estético."

Acesso ao Sumário

Assim sendo, por meu voto, **recebendo em parte os declaratórios**, com efeitos modificativos, rejulgo a apelação nesse ponto e defiro verba autônoma à autora, cumulativamente àquela que já a beneficia pelo dano moral (R$ 20.000,00), a título de reparação por dano estético, com fulcro no art. 949 do Código Civil, que arbitro em R$ 50.000,00, com correção da data deste julgamento e juros de mora desde o evento danoso.

Incidindo o parágrafo único do art. 21 do CPC/73, que regula o julgamento da apelação, posto que interposta contra sentença proferida sob sua égide, considerando que, por força do presente julgamento, a autora sucumbe em pequena parte nos pedidos que formulou, imponho os ônus do decaimento

processual à ré, com verba honorária, em prol dos diligentes patronos da primeira, de 20% do valor da condenação.

Recebo, reitero, **em parte**, os declaratórios, com efeitos modificativos.

Eis o voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2043567-96.2013.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante ÉTICA RECURSOS HUMANOS E SERVIÇOS LTDA., é embargado SÃO PAULO TURISMO S/A.

ACORDAM, em 11º 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 34753)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SILVEIRA PAULILO (Presidente), MAIA DA ROCHA, CAMPOS MELLO, SÉRGIO RUI, ALBERTO GOSSON e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 1º de dezembro de 2016.

VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR, Relator

Ementa: Ação rescisória. Ação ajuizada por São Paulo Turismo S/A. Tutela antecipada reclamada. Mérito. A r. sentença e o v. Acórdão estão apoiados em documento falso fornecido pela ré. Ação rescisória julgada procedente. Sentença e Acórdão rescindidos. Embargos de declaração oferecidos pela parte vencida. Alegação de existirem vícios da omissão, contradição e obscuridade. Omissão não caracterizada. Discussão em torno do documento considerado novo que não pode ser acolhido, haja vista entendimento de que documento falso não gera efeitos. Autora da rescisória que foi ludibriada por documento falso. Funcionário que declara não ter assinado o documento, tido, então, por falso. Trama desfeita. Justificada plenamente a existência de documento novo. Contradição não ocorrida. Documento falso que não pode ser considerado válido. Obscuridade não reconhecida. O 'decisum' colegiado está bastante claro em mostrar

Acesso ao Sumário

que o documento falso não poderia gerar efeitos. Não se cuida, outrossim, de valor incontroverso, mas de documento falso. O processo voltando ao d. Juízo de origem permitirá discussão em torno de valores. Acórdão mantido. Embargos rejeitados.

VOTO

A Ética Recursos Humanos e Serviços Ltda., vencida no âmbito da ação rescisória, interpõe estes embargos declaratórios com apego à existência de omissão, da contradição e da obscuridade, reclamando, ao final, a modificação do decidido pela d. Turma julgadora. Processado o recurso com manifestação da embargada.

É o relatório.

Os embargos estão opostos pela parte inconformada que pretende, agora, com apoio na existência de vícios, obter a modificação do julgado, ora combatido.

De início, argumenta a parte estar configurada a omissão no presente caso (item '2').

Nem de longe fica caracterizada a existência de irregularidade, haja vista que se a parte se apega ao argumento de haver a autora, no bojo da rescisória, "*aceito todas as notas fiscais e que agora, em sede rescisória, alega irregularidades*", de modo que tais documentos não poderiam se considerados 'novos' (fls. 5/6 dos embargos).

Certamente, a parte inconformada não atentou para a extensão do que ficou consignado no Acórdão que resolveu a ação rescisória, em cuja parte se lê:

> "A autora, sabidamente, teria que demonstrar a falta de pagamento dos débitos pela ré para alcançar a procedência de seu pedido inicial no âmbito desta rescisória. E isso está feito nos autos, ainda que se pudesse admitir que ela já poderia ter tido acesso aos documentos que invoca, agora, como novos. Não obstante, tem-se que não houve negligência na obtenção deles à época em que as partes discutiam nos autos da ação de inexistência de débito cambial, pois, simplesmente ela mesma acabou ludibriada pelo documento firmado pelo ex-funcionário do INSS, tanto mais que não poderia, naquela ocasião, ter como falsa a declaração que só poderia se apresentar como verdadeira aos litigantes (fls. 1125). Documento vindo da Receita Federal que, só por isso, atesta a sua própria validade.
>
> Por essa razão, é possível admitir como novo o documento 'que foi elaborado, v.g., antes da propositura da ação, mas que não foi juntado aos autos porque a parte desconhecia a sua existência ou porque,

Acesso ao Sumário

embora dela sabendo, esteve impossibilitada de juntá-lo por justa causa ou força maior' (cf. Costa Machado, Código de Processo Civil, 5ª edição, Barueri - SP; Manole, 2013, p.910).

Ou seja, o documento que a autora não juntou nos autos principais e que, ao ter notícia de sua existência, junta-os neste feito para dar maior sustentação ao documento falso.

Veio, então, para os autos cópia da execução fiscal n. 2005.61.82.061268-5, processada junto à 5ª Vara Especializada de Execuções Fiscais, 'que comprova que a Ré foi excluída do seu REFIS em 18/03/2005, data anterior à do início da perícia' (fls.09). O INSS ajuizou execução fiscal contra a Ética e outros para exigir o pagamento de R$ 26.872.999,08, conforme certidões de Dívida Ativa de ns. 35.132.993-5, 35.132.994-3 e 35.132.995-1, em 12 de dezembro de 2005 (fls.200/203 e 207/236).

A juntada de tais documentos teve por propósito específico comprovar que, 'caso persistissem cobranças em Juízo referentes a débitos previdenciários, restaria cabalmente comprovado o cancelamento do indigitado REFIS e, por conseguinte, robustecida a falsidade do documento fornecido pela Ré' (fls.08).

Tem-se, então, que os 'débitos do mesmo período das NFLDs[1], não foram pagos pela Ré, e estão sendo executados pelo INSS' (fls.09).

Isso, por si só, ampara a pretensão da autora, restabelecendo, com mais força, a falta de validade e eficácia do documento de fls.284, do qual consta declaração falsa.

O ofício n. 006/2013, juntado a fls.614 dos autos, dá conta de estarem 'liquidadas as referidas NFLDs 35.027.600-5 e 35.027.602-1', e que dizem respeito à autuação sofrida pela autora em razão de 'débitos previdenciários da ré Ética, decorrentes, todos eles, da falta de pagamento de contribuições patronais relacionadas aos instrumentos contratuais' (fls.03). Tal fato reforça a tese da ora SPTrans de que 'as duas NFLDs foram quitadas pela Autora, através de REFIS assumido pela Prefeitura Municipal de São Paul, enquanto a Ré, que alegava que as referidas NFLDs estavam sendo por elas pagas por meio de REFIS, teve, na verdade, seu REFIS cancelado por inadimplência, fatos que levam à conclusão de que o total da condenação está comprometido pelos documentos novos ora trazidos à luz' pela autora da rescisória (fls.10/11)" [fls.1156/1157].

Decorre do explicitado que a autora da ação rescisória sofreu ludibrio ao receber documento falso e que o teve por verdadeiro. A trama urdida, depois, acabou desfeita. Por essa razão, não se verifica a existência de omissão no

Acesso ao Sumário

1 NFLDs Notificações Fiscais de Lançamento de Débito.

julgado embargado, estando plenamente justificada a existência de documento novo.

Em seguida, apega-se à contradição verificada no presente caso (item '3').

Novamente a embargante se apega ao documento novo para formalizar duas indagações.

Nem há contradição na consideração de se tratar de documento novo, pois como está explicitado acima, o documento assinado era falso, não podendo, por isso, ser considerado válido. "*Ou seja, o documento que a autora não juntou nos autos principais e que, ao ter notícia de sua existência, junta-os neste feito para dar maior sustentação ao documento falso*" (fls.1156). Bem por isso, de nenhuma importância que tenha sido juntado tal documento (falso) "*em processo judicial em trâmite desde 2005*" (letra 'a'). Outrossim, e considerando que a embargante se apegou, antes, ao vício da omissão para combater o documento novo, vem, agora, apoiada no vício da contradição para, embasada no mesmo fundamento, insistir no fato de que não poderia a autora, que teve acesso ao documento dito novo considerá-lo novo. A resposta está em que foi, antes, apresentado documento falso e, por isso mesmo, inválido (letra 'b'). E a estapafúrdia indagação contida na letra 'c' do item '3' só pode ser resultado da incompreensão do que ficou julgado nos autos da rescisória, até porque a pergunta se apega em fato não considerado para estabelecer a procedência da rescisória, ou seja, entendeu-se falso o documento assinado por funcionário da Receita Federal exatamente porque ele mesmo afirmou não ter assinado tal documento. Documento falso não pode gerar efeitos. A indicação feita pela parte no item 'd' de que não teria havido emissão de documento falso tangencia a infantilidade do argumento, haja vista que só pelo fato de o documento vir da Receita Federal não significa que fosse verdadeiro. A falsidade está admitida com todas as letras e com todas as letras foi considerada pela d. Turma julgadora. Na letra 'e', a parte inconformada se supera na indagação formulada, pois, com infantilidade acadêmica, pretende que a falsidade cometida por Valdir Sanches deveria ser do conhecimento da Polícia Federal. Primeiro, não se afirmou que o funcionário Valdir falsificou o documento, mas, somente, que ele não reconheceu como sua a assinatura lançada em referido documento. Depois, se a embargante entende que o crime deve ser investigado pela Polícia Federal, poderá tomar as providências cabíveis à espécie. Na letra 'f' há a repetição do que tudo se indagou, anteriormente, com o acréscimo de que ficou considerada a afirmação do funcionário Valdir, "sem qualquer comprovação de sua autenticidade, sem qualquer investigação realizada pela Receita Federal, sem qualquer reconhecimento de firma dessa assinatura". A verdade é uma só: a própria embargante não tomou providências à época para demonstrar a invalidade da declaração formalizada pelo funcionário Valdir, quanto a não ser sua a assinatura constante de documento, que foi, depois, considerado falso. Tais indagações, agora, soam como ecos de omissão

Acesso ao Sumário

não admitida.

Como se depreende do que ficou acima exposto, não há contradição no julgado atacado pela via dos embargos. Há somente o inconformismo de parte que não tem direito à revisão do julgado.

A embargante apega-se no item '4', à configuração da obscuridade. Afirma, então, que "*resta obscuro no referido julgamento é o fato de não se ter claro se o conteúdo do documento tido por falso também condiz com a verdade dos fatos*". A resposta é singela: o documento falso não pode gerar efeitos e a nulidade pode ser declarada a qualquer tempo. Assim, se ficou declarado cuidar-se de documento falso, é evidente que isso representou para o julgador fato a ser considerado para acolher, então, a rescisória. O verdadeiro surge da declaração do que é falso, implicando no resultado da ação. Mas isso já era e é do conhecimento da embargante. A indagação é mera expectativa de imbróglio. É feita para confundir e não para buscar a revelação do que, efetivamente, está revelado nos autos. De outro lado, se a embargante busca declaração de que estava em situação regular junto ao INSS, é evidente que lhe devia caber tomar providências para sanar o débito que se formou. Não há resposta para a sua atividade extra autos, haja vista que se possui "*direito ao recebimento dos créditos aqui debatidos*", é evidente que nem por isso a decisão proferida no âmbito da ação rescisória perderia sua validade e eficácia.

Em outra passagem, mas sem estabelecer a real existência de obscuridade, a recorrente expressa que não ficou claro no Acórdão embargado "*se o valor que resulta da exclusão do referido documento tido por falso se configura como incontroverso*" (fls.11). Há falta de compreensão do que ficou dito pela d. Turma julgadora, pois, como está colacionado adiante,

> "Esse documento é prova da falsidade e se presta a dar fundamento à rescisória ora ajuizada.
>
> Já se decidiu: 'Para que a rescisória proceda, é necessário que, sem a prova falsa, não pudesse subsistir a sentença' (cf. anotação de T. Negrão e outros, Saraiva, 2012, 44ª edição, p.602, nota 31ª ao art.485).
>
> De fato, a autora, que se encontra apegada a esse inciso VI, estabelece que, sem tal documento falso, a perícia não teria sido favorável à ré, que a deu estando incluída no REFIS, 'afastando, assim, a solidariedade tributária da São Paulo Turismo' (fls.05). Nem os decretos decisórios teriam sido proferidos em ambas as instâncias do Poder Judiciário paulista, e que qualificaram a ação de improcedente e a reconvenção de parcialmente procedente.
>
> Em outras palavras: 'Referido documento [...] dá conta de que o débito que originou a notificação N. Debead 35.027.602-1 teria sido incluído no REFIS ao qual a Ré teria aderido' e, ainda, que 'a São Paulo

> Turismo não seria a responsável pelo débito previdenciário, o que levou o d. Juízo a quo a crer que a retenção dos pagamentos feita pela Autora seria irregular' (fls.07).
>
> Cuidando-se de documento falso, cuja ilicitude está demonstrada na própria rescisória, não há outro meio que não o de se acolher a pretensão da autora, até para que haja a subtração do 'montante histórico de R$ 208.139,71 (doc.12) valor este que será subtraído da condenação, na hipótese de rescisão do V.Acórdão, com base, apenas, no referido documento' (fls.08)" [fls.1155/1156].

Não se cuida de valor incontroverso. Cuida-se, antes, de documento falso que não pode gerar efeitos, de sorte que aquele valor não pode ser exigido da ora embargada. É só disso que se trata. O mais é buscar por modificação do decidido sem espelhar fundamento sério e hígido.

E sem que consiga estabelecer caso de obscuridade, a parte, perdida, volta a se apegar ao vício da contradição, porém, sem força lógica e sem fundamento prático. A determinação dos autos à d. Vara de origem está bem esclarecida, como se vê adiante:

> "[3] Considerando, pois, a presença de documento falso a permitir o acolhimento da ação rescisória, entende-se possível declarar-se rescindidos o v. Acórdão da c. 22ª Câmara de Direito Privado e a r. sentença de Primeiro grau, e ordenando, em decorrência, o retorno do feito à fase que imediatamente antecede a perícia técnica, de sorte que os autos, indo para as mãos do perito judicial, proceda ele a elaboração de laudo oficial, desconsiderando, então, o documento de fls. 291, ora tachado de falso, e apreciando todos os documentos aqui admitidos como novos. Após a entrega do laudo pericial, o juiz do processo determinará o que for pertinente ao prosseguimento do feito." (fls. 1158).

Assinalado está o apego a documento falso. Quanto aos valores, serão revelados com a perícia. Não se fala, portanto, em quantia incontroversa. Mas, em falta de controvérsia relativa à falsidade de documento assim tachado.

Os embargos, portanto, não vingam.

Ante o exposto, rejeita-se o recurso (embargos de declaração) interposto pela Ética Recurso Humanos e Serviços Ltda.

Na hipótese de interposição ou oposição de recursos 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 do art. 1º 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.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0107411-79.2012.8.26.0100/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante/embargado LUCAS DE FARIA RODRIGUES, é embargado ITAÚ UNIBANCO S/A e Embargado/Embargante ITAVEMA ITÁLIA VEÍCULOS E MÁQUINAS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Embargos de ambas as partes acolhidos somente para sanar inexatidão material. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 29379)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MELO COLOMBI (Presidente sem voto), CARLOS ABRÃO E MAURÍCIO PESSOA.

São Paulo, 24 de janeiro de 2017.

LÍGIA ARAÚJO BISOGNI, Relatora

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Erro material - Existência - Correção no v. acórdão determinada - Prequestionamento - Desnecessidade da menção expressa de dispositivo legal para caracterizá-lo - Suficiência do enfrentamento da questão de direito debatida - Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça - Embargos de ambas as partes acolhidos somente para sanar inexatidão material.

VOTO

Tratam-se de embargos de declaração opostos pelo autor Lucas de Faria Rodrigues e pela correquerida Itavema Itália Veículos e Máquinas Ltda., com fundamento no art. 1.022 e seguintes do novo Código de Processo Civil, buscando o enfrentamento da matéria principalmente para fins de prequestionamento, para eventual interposição de recursos especial e extraordinário.

Com efeito, consta erro material no v. acórdão, uma vez que os danos morais foram reduzidos para a quantia de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), mas constou, equivocadamente, entre parênteses, expressamente, a quantia de "vinte mil reais", conforme se vê às fls. 425, razão pela qual deverão ser acolhidos para sanar referido erro material, lendo-se às fls. 425 que: "...*entendo que deve ser*

Acesso ao Sumário

*reduzido o valor da indenização para R$ 30.000,00 (**trinta** mil reais)...*".

No mais, saliente-se que não há necessidade de, explicitamente, fazer menção a todos os dispositivos de lei que regem a matéria, muito menos para fins de prequestionamento.

Como já se decidiu, "não cabe nos declaratórios, rever decisão anterior, com reexame de ponto sobre o qual já houve pronunciamento, tido então por correto, invertendo, em consequência, o resultado final" (STJ - 3ª Turma, Resp. 13.501-SP, rel. Min. NILSON NAVES).

No mesmo sentido: "Embargos de declaração. Omissão. Contradição. Inocorrência. Prequestionamento. Observância dos lindes do art. 535, do Código de Processo Civil. Necessidade. Os embargos declaratórios não podem ser usados como meio de prequestionamento de questão constitucional ou infraconstitucional para viabilizar o recebimento de recurso extraordinário e/ou especial. Embargos rejeitados" (ED n° 845.838-1/5, Rel. Des. Walter Zeni, 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo).

"Embargos de declaração. Reexame. Inadmissibilidade. Impossível em sede de embargos declaratórios impor o reexame da matéria, para fins de seu prequestionamento com o único objetivo de viabilizar o recebimento de recurso especial e/ou extraordinário" (ED n° 904.389-1/7, Rel. Des. Willian Campos, 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo).

Não obstante, há julgados dos EE. Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, segundo os quais "é certo que tem entendido este Tribunal que não é necessário, para fins de prequestionamento, a menção expressa do dispositivo constitucional na decisão recorrida, desde que o tema a ele relativo seja objeto de consideração" (STF - Segunda Turma, Al nº 396.899 - AgR/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 10.06.2003, DJ 01.08.2003) e "o prequestionamento consiste na apreciação e na solução, pelo tribunal de origem, das questões jurídicas que envolvam a norma positiva tida por violada inexistindo a exigência de sua expressa referência no acórdão impugnado (STJ - Corte Especial; Emb. de Divergência em Rec. Esp. n° 162.608-SP; Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; j. 16.06.1999; v.u.)".

Pelo exposto, acolho, sem efeito modificativo, ambos os embargos de declaração opostos apenas para sanar erro material supramencionado.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0012802-56.2015.8.26.0664/50000, da Comarca de Votuporanga, em que

é embargante ITAÚ UNIBANCO S/A, é embargado MARLI APARECIDA BENEDUZZI PIGNATARI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "SENTENÇA MANTIDA RECURSOS DO ITAÚ UNIBANCO E DO BANCO DO BRASIL IMPROVIDOS", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18973)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente sem voto), FERNANDO SASTRE REDONDO E FLÁVIO CUNHA DA SILVA.

São Paulo, 25 de novembro de 2016.

EDUARDO SIQUEIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO ITAÚ UNIBANCO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E REPETIÇÃO DO INDÉBITO - FURTO DE DOCUMENTOS - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - DESNECESSIDADE DA PRODUÇÃO DE OUTRAS PROVAS. O juiz é o destinatário da prova e deve decidir quais provas são relevantes à formação de sua convicção - RECURSO DO ITAÚ UNIBANCO IMPROVIDO NESTE PONTO.

APELAÇÃO ITAÚ UNIBANCO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E REPETIÇÃO DO INDÉBITO - FURTO DE DOCUMENTOS - ILEGITIMIDADE ATIVA - INOCORRÊNCIA - AUTORA DEPENDENTE DO TITULAR DO CARTÃO DE CRÉDITO FURTADO - LEGITIMIDADE ATIVA CONFIGURADA. - RECURSO DO ITAÚ UNIBANCO IMPROVIDO NESTE PONTO.

APELAÇÃO BANCO DO BRASIL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E REPETIÇÃO DO INDÉBITO - FURTO DE DOCUMENTOS - NULIDADE DA CITAÇÃO - INOCORRÊNCIA. Através da análise da carta de

Acesso ao Sumário

citação colacionada à fl. 59/59vº, verifica-se que nela consta expressamente que o Corréu estava sendo intimado a comparecer na audiência de conciliação, e que deveria apresentar defesa naquele ato, sob pena de revelia. O Corréu BANCO DO BRASIL não compareceu à audiência e não apresentou contestação, e desta forma, não há qualquer nulidade no ato citatório, bem como na decretação de sua revelia. - RECURSO DO BANCO DO BRASIL IMPROVIDO NESTE PONTO.

APELAÇÃO ITAÚ UNIBANCO E BANCO DO BRASIL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E REPETIÇÃO DO INDÉBITO - FURTO DE DOCUMENTOS - INEXIGIBILIDADE DA DÍVIDA - DESCONTOS INDEVIDOS. Através da análise dos autos verifica-se que a Autora tomou todas as providências possíveis para comunicar os Réus sobre o furto de seus documentos (fls. 31/33 - boletim de ocorrência; fl. 44 - notificação ao Banco do Brasil; fl. 46 - notificação Itaú Unibanco), sendo certo, inclusive, que o Itaú Unibanco efetuou ressarcimento de valores que haviam sido impugnados pela Autora. Além disso, o próprio ITAÚ UNIBANCO, colacionou documento que comprova que a Autora informou os fatos no dia seguinte ao furto, conforme documento de fls. 100 e ss. Assim, extreme de dúvidas que os Réus estavam cientes de que deveriam bloquear o cartão, evitando que terceiros pudessem usufruir dos valores constantes da conta da Autora, devendo a r. sentença ser mantida para declarar a inexigibilidade dos débitos, bem como condenar os Réus na devolução dos valores. - DANO MORAL CARACTERIZADO. O *defeito do serviço* restou bem evidenciado ante a ausência de bloqueio do cartão, que possibilitou a ocorrência da fraude, com uso indevido de valores da conta da Autora. O *evento danoso e o nexo de causalidade são* de clareza solar, uma vez que a Autora teve descontos indevidos em sua conta. Patente, pois, a ocorrência dos danos morais, os quais devem ser indenizados. - RECURSO

Acesso ao Sumário

DO ITAÚ UNIBANCO E DO BANCO DO BRASIL IMPROVIDO NESTE PONTO.

APELAÇÃO ITAÚ UNIBANCO E BANCO DO BRASIL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E REPETIÇÃO DO INDÉBITO - FRAUDE NA CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO PESSOAL - INEXIGIBILIDADE DA DÍVIDA - DESCONTOS INDEVIDOS - DANO MORAL - VALOR FIXADO - MANUTENÇÃO. Observando as funções compensatória e punitiva da indenização, bem como a repercussão do dano, a possibilidade econômica dos ofensores, o princípio de que o dano não pode servir de fonte de lucro ou enriquecimento, o valor indenizatório fixado pelos danos morais causados a Autora - R$ 5.000,00 (cinco mil reais) -, deve ser mantido por estar de acordo com os parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade. - RECURSO DO ITAÚ UNIBANCO E DO BANCO DO BRASIL IMPROVIDO NESTE PONTO.

SENTENÇA MANTIDA RECURSOS DO ITAÚ UNIBANCO E DO BANCO DO BRASIL IMPROVIDOS.

VOTO

ITAÚ UNIBANCO S.A. e BANCO DO BRASIL S.A., interpuseram, recurso de apelação nos autos da "AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO c.c INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS c.c. PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA", que lhes move MARLI APARECIDA BENEDUZZI PIGNATARI, cujos pedidos iniciais foram julgados procedentes para: "1) declarar a nulidade das operações descritas a fls. 25, itens *b1* e *b2* e determinar o ressarcimento destes valores à autora, devidamente corrigidos e acrescidos de mora do desconto; 2) condenar os bancos ao pagamento de R$ 5.000,00 à requerente, a título de danos morais, valor que deverá ser corrigido da presente e acrescido de mora da citação", nos moldes da sentença de fls. 60/61, do Juiz SERGIO MARTINS BARBATTO JÚNIOR, da qual o relatório se adota.

O Réu ITAÚ UNIBANCO alega, em síntese, que: **a)** o julgamento antecipado da lide lhe causou cerceamento de defesa ante a ausência de

Acesso ao Sumário

possiblidade de depoimento pessoal da Autora; **b)** a Autora é parte ilegítima para figurar no polo ativo da ação, uma vez que apenas possui o cartão adicional, sendo o titular do cartão de crédito CARLOS EDUARDO PIGNATARI; **c)** não pode ser responsabilizado por fato de terceiro; **d)** houve culpa exclusiva da Autora no furto do cartão, não havendo qualquer falha na prestação do serviço; **e)** não houve dano moral a ser indenizado, devendo ser afastada tal condenação, ou reduzido o valor fixado (fls. 148/159).

O recurso foi preparado (fl. 160) e recebido à fl. 240.

Já o Corréu BANCO DO BRASIL, em suas razões recursais, aduz, em síntese que: **a)** a citação é nula ante, uma vez que no procedimento ordinário, o prazo para contestar é de 15 dias contados da juntada do AR nos autos; **b)** ausência de responsabilidade pelos fatos, uma vez que, para o saque ora discutido, era necessária a utilização de senha, por se tratar de cartão com chip, não podendo ser responsabilizado por conduta de terceiro, havendo culpa concorrente da Autora, por não guardar sua senha; **c)** não há valores a serem restituídos; **d)** os danos morais não restaram provados; **e)** caso mantida a sentença, o valor fixado pelos danos morais deve ser reduzido (fls. 162/181).

O recurso foi preparado (fls. 182/185), e recebido no duplo efeito (fl. 186).

A Autora apresentou contrarrazões recursais às fls. 193/210 e 211/230.

É o relatório.

A Autora ingressou com a presente ação declaratória cumulada com pedido de indenização por danos morais e repetição do indébito em face dos Réus, alegando que no dia 21/06/2015, às 23:55h, foi vítima de furto dentro do ônibus, quando realizava viagem de Votuporanga/SP a São Paulo/SP.

Alega que efetuou boletim de ocorrência logo após o furto (fls. 31/33), e no dia seguinte comunicou os fatos aos Réus, para que procedessem ao imediato bloqueio dos cartões bancários.

Alega, ainda, que mesmo tomando todas as medidas de segurança cabíveis, houve transações indevidas realizadas com os cartões, sendo: BANCO DO BRASIL - compra no valor de R$ 1.497,00; e, ITAÚ UNIBANCO - saque da quantia de R$ 510,00.

Em relação ao ITAÚ UNIBANCO, houve outra transação no valor de R$ 2.000,00, a qual, após a Autora entrar em contato com o banco, houve o ressarcimento.

Aduz, que tais fatos lhe causaram danos materiais e morais, os quais devem ser indenizados.

Ambos os Réus foram citados, e apenas o ITAÚ UNIBANCO apresentou contestação.

Acesso ao Sumário

Os pedidos iniciais foram julgados procedentes para declarar a nulidade das operações acima descritas (BANCO DO BRASIL - compra no valor de R$ 1.497,00; e, ITAÚ UNIBANCO - saque da quantia de R$ 510,00); determinar o ressarcimento destes valores à Autora; e, condenar os Réus no pagamento de R$ 5.000,00, a título de danos morais.

Ambos os Réus recorrem.

Eis os fatos!

Inicio com a análise do recurso interposto pelo ITAÚ UNIBANCO.

Inicialmente, anoto que o julgamento antecipado da lide não acarretou cerceamento de defesa ao ITAÚ UNIBANCO.

Isto porque cabe ao Magistrado conhecer diretamente do pedido, proferindo sentença de mérito, quando não houver necessidade de produzir outras provas.

Neste contexto, não é demais destacar que "**(...) o juiz é o destinatário final da prova, a quem cabe a análise da conveniência e necessidade da sua produção (...)**" (STJ, AgRg no Ag 1341770/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 01/07/2011). (Grifei)

Melhor esclarecendo, "**Sendo o juiz o destinatário da prova, cabe a ele, com base em seu livre convencimento, avaliar a necessidade desta, podendo determinar a sua produção até mesmo de ofício, conforme prevê o art. 130 do Código de Processo Civil**" (STJ, AgRg no Ag 1114441/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 04/02/2011). (Grifei)

No caso em tela, ante a controvérsia instaurada, a prova documental existente nos autos foi suficiente para persuadir racionalmente o livre convencimento do juiz *a quo*, razão pela qual a dilação probatória foi corretamente afastada.

Melhor sorte não assiste ao ITAÚ UNIBANCO ao alegar ilegitimidade ativa.

Através da análise dos documentos colacionados aos autos, verifica-se que a Autora é titular de cartão adicional fornecido pelo Réu, e a operação ora impugnada foi efetuada com este cartão (fls. 40/43), não havendo desta forma que se falar em ilegitimidade para propor a presente ação.

Passo à análise do recurso interposto pelo Corréu BANCO DO BRASIL.

Não há que se falar em nulidade da citação.

Através da análise da carta de citação colacionada à fl. 59/59vº, verifica-se que nela consta expressamente que o Corréu estava sendo intimado a comparecer na audiência de conciliação, e que deveria apresentar defesa

naquele ato, sob pena de revelia.

O Corréu BANCO DO BRASIL não compareceu à audiência e não apresentou contestação, e desta forma, não há qualquer nulidade no ato citatório, bem como na decretação de sua revelia.

Assim, afasto todas as matérias prejudiciais de mérito suscitadas por ambos os Réus, ora Apelantes.

Passo à análise conjunta das demais matérias trazidas a reexame pelos Réus.

Através da análise dos autos verifica-se que a Autora tomou todas as providências possíveis para comunicar os Réus sobre o furto de seus documentos (fls. 31/33 - boletim de ocorrência; fl. 44 - notificação ao Banco do Brasil; fl. 46 - notificação Itaú Unibanco), sendo certo, inclusive, que o ITAÚ UNIBANCO efetuou ressarcimento de valores que haviam sido impugnados pela Autora.

Além disso, o próprio ITAÚ UNIBANCO, colacionou documento que comprova que a Autora informou os fatos no dia seguinte ao furto, conforme documento de fls. 100 e ss.

Assim, extreme de dúvidas que os Réus estavam cientes de que deveriam bloquear o cartão, evitando que terceiros pudessem usufruir dos valores constantes da conta da Autora, devendo a r. sentença ser mantida para declarar a inexigibilidade dos débitos, bem como condenar os Réus na devolução dos valores.

Em relação a ocorrência dos danos morais, insta ressaltar que todos os elementos caracterizadores da responsabilidade civil dos Réus estão presentes.

Com efeito, o caso *sub judice* há que ser analisado levando-se em conta as normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, por se enquadrarem as partes nos conceitos de consumidor (Autora) e prestador de serviço (Réus) previstos nos art. 2º e 3º daquele *Codex*.

Até porque "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras." (Súmula nº 297, do Colendo Superior Tribunal de Justiça).

E, por ser a relação havida entre as partes de consumo, temos que a responsabilidade dos prestadores de serviços, embora objetiva, "**...se aperfeiçoa mediante o concurso de três pressupostos: a) defeito do serviço; b) evento danoso; c) relação de causalidade entre o defeito do serviço e o dano**" (GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto *et. alli. Código brasileiro de defesa do consumidor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. p. 93). (Grifei)

O *defeito do serviço* restou bem evidenciado ante a ausência de bloqueio dos cartões, que possibilitou a ocorrência da fraude, com uso indevido de valores da conta da Autora.

O *evento danoso e o nexo de causalidade são* de clareza solar, uma vez

que a Autora teve descontos indevidos em sua conta.

Anote-se, ainda, que por ser objetiva a sua responsabilidade, o "fornecedor responde, independentemente da existência de culpa pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços (...)" (art. 14, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor).

Isto porque, "As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias." (Súmula 479, do STJ).

Patente, pois, a ocorrência dos danos morais, os quais devem ser indenizados.

Caracterizada a ocorrência do dano moral, passo à análise do valor indenizatório fixado.

Como é cediço, embora para a fixação do valor do dano moral não se tenha parâmetros definidos ou preestabelecidos em lei, tendo o legislador deixado tal mister ao prudente arbítrio dos Magistrados, que podem analisar as nuances e as peculiaridades de cada caso concreto, e fixar o *quantum* indenizatório de modo a não causar enriquecimento ou empobrecimento indevidos, alguns critérios têm sido apontados pela doutrina e jurisprudência como basilares de um arbitramento équo e justo, quais sejam: "a) grau de reprovabilidade da conduta ilícita; b) intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima; c) capacidade econômica do causador do dano; d) condições pessoais do ofendido" (SANTOS, Antonio Jeová. Dano moral indenizável. 4. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 186).

Importante lembrar, ainda, que a condenação em danos morais possui "(...) duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor" (GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 591). (Grifei)

Nesse sentido:

> "**A indenização por dano moral tem caráter dúplice, pois tanto visa a punição do agente quanto a compensação pela dor sofrida**, porém a reparação pecuniária deve guardar relação com o que a vítima poderia proporcionar em vida, ou seja, não pode ser fonte de enriquecimento e tampouco inexpressiva" (*RT* 742/320). (Grifei)
>
> "**A indenização por dano moral é arbitrável mediante estimativa prudencial que leve em conta a necessidade de, com a quantia, satisfazer a dor da vítima e dissuadir, de igual e novo atentado, o autor da ofensa**" (*RT* 706/67). (Grifei)

Em outros termos, o valor da indenização "deve pesar sobre o bolso do ofensor como um fator de desestímulo a fim de que não reincida na ofensa. [...]. Nesse campo, o arbítrio do juiz deve ser, a um só tempo, **RAZOÁVEL e**

Acesso ao Sumário

SEVERO. Só assim se atenderá a finalidade de compensar e de dar satisfação ao lesado e de desincentivar a reincidência" (AZEVEDO JUNIOR, José Osório de. O dano moral e sua avaliação. Revista do Advogado. n. 46, dezembro/96. p. 10/11). (Grifei)

No caso vertente, o grau de reprovabilidade da conduta ilícita foi de considerável monta, na medida em que os Réus não agiram com a cautela esperada, mostrando-se um sistema falível e vulnerável.

De outro lado, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima estão bem caracterizados, já que a Autora teve descontos indevidos em sua conta.

Outrossim, pelo que consta dos autos, a Autora possui boas condições financeiras, e os Réus possuem gigantesca capacidade econômica.

Desse modo, observando as funções compensatória e punitiva da indenização, bem como a repercussão do dano, a possibilidade econômica dos ofensores, o princípio de que o dano não pode servir de fonte de lucro ou enriquecimento, o valor indenizatório fixado pelos danos morais causados a Autora - **R$ 5.000,00 (cinco mil reais)** -, deve ser mantido por estar de acordo com os parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade.

Este também é o entendimento do Colendo Tribunal de Justiça, conforme se observa nas palavras da Min. Nancy Andrighi: "A indenização por dano moral deve atender a uma relação de proporcionalidade, não podendo ser insignificante a ponto de não cumprir com sua função penalizante, nem ser excessiva a ponto de desbordar da razão compensatória para a qual foi predisposta." (STJ. REsp 318.379/MG).

Ante o exposto, **nego provimento aos recursos interpostos pelo ITAÚ UNIBANCO e pelo BANCO DO BRASIL**.

Habeas Corpus

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2236582-25.2016.8.26.0000, da Comarca de Catanduva, em que é impetrante H.P.G. e Paciente F.R.M.V., é impetrado M. J. DE D. DA V. DE F. E S. DA C. DE C.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.504)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO LOUREIRO (Presidente), CHRISTINE SANTINI e RUI CASCALDI.

São Paulo, 23 de janeiro de 2017.

FRANCISCO LOUREIRO, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS*. Execução de alimentos. Paciente que celebrou acordo em ação revisional de alimentos, com redução do encargo, sem qualquer ressalva quanto aos alimentos pretéritos. Silêncio quanto ao termo inicial dos novos alimentos. Razoável entender que os alimentos definitivos retroagem à data da citação na ação em que foram regularmente fixados, conforme estatui o artigo 13, §2º, da Lei nº 5.478/68. Ordem concedida.

VOTO

Cuida-se de *Habeas Corpus* que o advogado Hannan do Prado Generoso impetra em favor do paciente F.R.M.V., com o propósito de livrá-lo de prisão civil ordenada pela MMª. Juíza de Direito da Vara de Família e Sucessões da Comarca de Catanduva, nos autos da Ação de Execução de Alimentos ajuizada por G.C.V., menor representada por sua mãe.

Alega a impetrante, em síntese, que o paciente sofre constrangimento ilegal, uma vez que em razão de desemprego não reúne condições de efetuar o pagamento dos alimentos em atraso.

Informa que devido à sua condição financeira, em 2 de outubro de 2014 ajuizou ação revisional de alimentos. Em 3 de setembro de 2015 houve modificação do valor da obrigação original, com redução da pensão para o equivalente a 35% do salário mínimo nacional vigente. Entende que os novos alimentos devem retroagir à data da citação, conforme entendimento do STJ.

Sustenta que, em razão dos pagamentos já efetuados e considerando a retroação do pagamento, o crédito remanescente alcança somente a quantia de R$763,73.

Em razão do exposto e pelo que mais argumenta às p. 1/10 pede, ao final, a concessão da ordem.

A liminar foi deferida, dispensadas as informações da autoridade tida por coatora.

Após, a douta Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer no sentido da concessão da ordem (p. 78/80).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O *Habeas Corpus* comporta deferimento.

Conforme ficou estabelecido em sede de análise liminar, cujo entendimento ratifico integralmente, em relação ao valor devido na hipótese de desemprego, como é sabido, não prevalece a tese posta no *writ*, de que alimentos fixados em proporção do salário líquido do devedor perdem a liquidez.

O desconto em folha corresponde à determinada quantia em dinheiro, que é a base da obrigação alimentar. O possível desemprego não tem o efeito automático de exigir novo acertamento entre as partes do valor dos alimentos, ou seja, não degrada obrigação líquida em ilíquida.

Persiste o valor relativo ao último mês em que houve o desconto. O último pagamento efetuado se consolida e passa a ser o novo patamar da prestação alimentar.

O único efeito automático do desemprego é que não mais haverá variação de acordo com o reajuste salarial, ou verbas diversas que eventualmente conduzissem à majoração ou mesmo diminuição do salário base, sobre o qual incide o percentual de desconto, nem desconto na fonte.

Essa é a orientação mais moderna do Superior Tribunal de Justiça, que, em data recente, assentou que "esta Corte de Uniformização já decidiu no sentido de que a rescisão do contrato de trabalho do devedor de alimentos não retira a liquidez do título executivo judicial que fixa a pensão alimentícia em percentual incidente sobre a remuneração mensal do executado. Ocorrendo alteração na situação econômica do alimentante, tal fato será motivo de defesa ou de ação revisional, mas não de extinção da ação de execução. O cálculo do valor devido deve se basear na última remuneração efetivamente percebida" (REsp 726752 / SP Ministro JORGE SCARTEZZINI).

O julgado líder dessa corrente, da letra do Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., tem a seguinte ementa: "ALIMENTOS. Petição inicial. Inépcia. Desemprego. Calculada a pensão dos filhos, acordada quando da separação dos pais, em quantitativo sobre a remuneração do alimentante, a rescisão do contrato de trabalho do devedor não retira a liquidez do título. A mudança na situação econômica, se houve, será motivo de defesa a ser apresentada pelo devedor, ou de ação de revisão, mas não de extinção do processo. Art. 733 do CPC. A dívida deve ser calculada segundo a última remuneração efetivamente recebida. Recurso conhecido e provido" (REsp 330.011/DF).

Acesso ao Sumário

A razão que justifica a liminar é outra.

Consta dos autos que o paciente celebrou acordo em ação revisional, e conseguiu reduzir os alimentos para o equivalente a 35% do salário mínimo nacional vigente.

Não fizeram as partes qualquer ressalva quanto aos alimentos pretéritos,

ou, em outras palavras, qual o termo inicial nos novos alimentos.

Apenas constou que "*as partes concordam em revogar as disposições anteriores a respeito dos alimentos, ajustando nesta ocasião nova convenção da pensão alimentícia, a qual se dará do seguinte modo: O requerente pagará a título de alimentos à filha G., o valor correspondente a 35% do salário mínimo, hoje correspondente a R$275,80, todo dia 10 de cada mês, a começar no dia 10 de outubro de 2015, excepcionalmente no mês de setembro de 2015 o genitor pagará R$200,00, até o dia 10 do corrente mês; (...)*" (p. 19).

Ocorre, porém, que até a data da transação judicial vigoravam os alimentos originais, acima das possibilidades do devedor, e que por isso não foram devidamente solvidos, o que deu ensejo ao ajuizamento de ação de execução.

O que se discute é o termo inicial dos alimentos definitivos, se *ex tunc*, retroativos ao momento em que exigíveis os alimentos provisórios, ou se *ex nunc*, a partir da data da transação, sem alterar os alimentos provisórios anteriores.

Cinge-se a discussão, agora, em saber se os alimentos, agora definitivos, podem retroagir e substituir os alimentos provisórios ainda não pagos e em fase de execução.

Nada falou sobre o débito vencido e não pago.

Pois bem.

Razoável entender que os alimentos definitivos retroagem à data da citação na ação em que foram regularmente fixados, conforme estatui o artigo 13, §2º, da Lei nº 5.478/68, diante do silêncio das partes no momento da celebração do acordo.

É entendimento iterativo do Superior Tribunal de Justiça que "*Fixados os alimentos definitivos em valor inferior ao dos provisórios, retroagirão à data da citação, ressalvadas as possíveis prestações já quitadas em virtude da irrepetibilidade daquilo que já foi pago*" **(STJ-3ª T., REsp. 209.098, rel. Min. Nancy Andrighi)**.

A substituição dos alimentos provisórios pelos definitivos tem a única ressalva da irrepetibilidade do que devedor já tiver pago. Disso decorre a liberação do alimentante das diferenças de débito apuradas em razão dos alimentos provisórios não quitados anteriormente, mas que deixaram de prevalecer por força da sentença judicial, no caso, simplesmente homologatória do ajuste entre as partes.

Assim, "*quanto aos alimentos ou às diferenças não pagas pelo alimentante vitorioso, parece razoável e mesmo equitativo também reconhecer o efeito retroativo da sentença, para liberar o mesmo pagamento da pensão ou das diferenças pretéritas*" **(Yussef Said Cahali, Dos alimentos, 5ª ed., RT, p. 684).**

Ademais, "*firma-se a jurisprudência no sentido de que 'não se concebe*

Acesso ao Sumário

a fixação de uma pensão provisória que exceda os limites da definitiva pedida pelo interessado'; 'a pensão provisória tem o caráter de medida liminar, satisfazendo provisória e antecipadamente ao pedido. Por um princípio lógico, a sua eficácia não deveria ultrapassar o momento da sentença, quando a pretensão é examinada em profundidade'. Assim, os alimentos fixados em sentença prevalecem desde logo sobre os provisórios, pois 'se a lei, de um lado, busca amparar o alimentando, por outro procura evitar injustiças que podem nascer de um apressado despacho, talvez nem sempre baseado em dados definitivos'.

As mesmas regras aplicam-se quando os novos alimentos, agora definitivos, foram fixados em acórdão, caso em que vigoram a partir da decisão de segunda instância, considerando-se que, se os alimentos anteriormente foram fixados em quantia maior, não há reposição" **(Yussef, ob. cit., p. 641/642)**.

Portanto, sob essa ótica, os novos alimentos acordados entre as partes devem retroagir à data da citação da ação revisional.

O acordo apenas consagra o consenso que os alimentos originais estavam acima das possibilidades do devedor.

Concedo a ordem.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2267534-21.2015.8.26.0000, da Comarca de Dois Córregos, em que é autor MUNICÍPIO DE DOIS CÓRREGOS, são réus EDMEU CARMESINI e MARIA IZABEL DE CASTRO CARMESINI.

ACORDAM, em 3º Grupo de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram improcedente a ação rescisória. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.791)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente), LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA, EVARISTO DOS SANTOS, LEME DE CAMPOS, COIMBRA SCHMIDT e MAGALHÃES COELHO.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2017.

MARIA OLÍVIA ALVES, Relatora

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA – Acórdão rescindendo pelo qual foi mantida sentença de parcial procedência que condenou o Município de Dois Córregos ao pagamento de indenização aos réus, por instituição de servidão administrativa, alterado apenas o termo inicial de incidência de juros compensatórios, devidos a partir da data de ocupação do imóvel – Preliminares de inépcia da inicial e decadência afastadas – Alegação de obtenção de documento novo capaz de assegurar pronunciamento favorável – Hipótese não caracterizada – Violação de literal disposição de lei e erro de fato também não evidenciados – Implantação de rede coletora de esgoto – Questionamento quanto ao laudo confeccionado e ao valor da indenização – Servidão administrativa instituída em área de preservação permanente – Aspecto que foi considerado

Acesso ao Sumário

no laudo pericial realizado e no julgamento, nele embasado – Perito que, da mesma forma, constatou a impossibilidade de prática de outras culturas e prejuízo às áreas remanescentes – Servidão, aliás, instituída da forma mais gravosa, sem a utilização de área anteriormente doada pelos réus para o mesmo fim – Laudo adequadamente confeccionado, consideradas essas circunstâncias – Indenização corretamente arbitrada – Improcedência da ação.

VOTO

Trata-se de ***ação rescisória*** proposta pelo ***Município de Dois Córregos*** contra ***Edmeu Carmesini e outra***, a fim de obter a desconstituição do v. acórdão proferido pela Col. 7ª Câmara de Direito Público desta Eg. Corte, nos autos da Apelação nº. 773.848-5/0-00, por meio do qual, em ação de instituição de servidão administrativa, foi mantida a r. sentença de parcial procedência que condenou o Município a pagar indenização aos réus, apenas alterado o termo inicial de juros compensatórios, devidos a partir da data da ocupação do imóvel.

O autor, em síntese, embasa sua pretensão nas alegações de obtenção de documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; violação de literal disposição de lei; e decisão fundada em erro de fato, resultante de atos ou documentos da causa (CPC/1973, art. 485, incisos VII, V e IX). Sustenta que o v. acórdão rescindendo violou jurisprudência consolidada do Eg. STJ quanto ao não cabimento de indenização por área de preservação permanente. Alega, assim, que houve violação ao art. 2º do Código Florestal em vigor à época, com a redação dada pela Lei Federal nº. 7.511/1986. Afirma ser indevida a condenação, eis que não se tratou de desapropriação, mas de mera instituição de servidão administrativa. Alega, ainda, a existência de falhas técnicas no laudo pericial, que concluiu por indenização em valor exorbitante para um imóvel insuscetível de edificação. Pede a procedência do pedido para o fim de que seja desconstituído o v. acórdão e reconhecida a desnecessidade de pagamento de indenização ou, alternativamente, seja o seu valor reduzido em conforme com os preços de mercado à época e mediante nova prova técnica.

Foi indeferido o pedido de tutela antecipada (fl. 1.439).

Citados, os réus ofereceram contestação, oportunidade em que alegaram, de forma preliminar, decadência e inépcia da inicial, e pugnaram pelo reconhecimento da improcedência do pedido (fls. 1.443/1.456).

Houve réplica (fls. 1.493/1.503).

Por fim, o autor insistiu no pedido de suspensão do pagamento do

Acesso ao Sumário

precatório objeto dos autos, expedido em favor dos réus (fl. 1.506) o que foi indeferido (fl. 1509).

É o relatório.

Incialmente, rejeito a matéria preliminar.

Não há que se falar em inépcia da inicial.

De sua leitura infere-se que a causa de pedir, em tese, justifica a pretensão deduzida, o que é suficiente para que se considere apta a inicial.

Além disso, dos fatos narrados decorre logicamente o pedido, o qual foi devidamente compreendido pelo réu. Tanto que este pôde exercer, amplamente, seu direito de defesa, de modo que não se pode cogitar da alegada inépcia da inicial.

Não ocorre, do mesmo modo, a decadência.

Os réus alegam que a certidão de trânsito em julgado que aponta a data de 13/12/2014 (fl. 24), na qual o autor se baseou para a propositura da demanda, não deve ser tida como eficaz, posto que nela se considerou, para a definição da data do trânsito em julgado, o julgamento do Agravo Regimental interposto pelo Município de Dois Córregos contra a decisão monocrática proferida pela Min. Eliana Calmon que inadmitiu o seu Recurso Especial por considerá-lo "inexistente", eis que interposto por advogado que não possuía procuração nos autos.

Eles afirmam, assim, que a data do trânsito deveria retroagir à data em que venceria o prazo para recurso contra a decisão monocrática da Min. Eliana Calmon, sem se considerar a data posterior, relativa ao agravo regimental interposto contra essa decisão, o qual foi inadmitido por decorrência lógica do reconhecimento da inexistência do recurso anterior (fls. 1.444/1.445 e 1.458/1.471).

Sem razão, porém.

Isso porque, nos termos da Súmula 401 do Superior Tribunal de Justiça, "***O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial***".

Assim sendo, ainda que se tenha reconhecido a inexistência do recurso especial, por decisão monocrática, ainda era cabível recurso e foi interposto agravo regimental. Portanto, nos termos da referida súmula, o último pronunciado judicial é que deve ser considerado para fins de trânsito em julgado, qualquer que seja o conteúdo desse pronunciamento, de modo que nada há de equivocado na data certificada como sendo a do trânsito em julgado.

Nesse sentido, "***nos termos do art. 495 do CPC, o prazo para ajuizamento da ação rescisória somente tem início com o trânsito em julgado material, ou seja, após o transcurso in albis do prazo para recorrer, mesmo que o último***

Acesso ao Sumário

recurso interposto não tenha sido conhecido por inobservância de requisito legal" (REsp nº 1.003.403/MG, 5ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 2.6.2009).

Portanto, não há que se cogitar de decadência por tal motivo.

Além disso, também não se verifica a alegada intempestividade, por ter sido a demanda ajuizada no primeiro dia útil subsequente ao término do prazo decadencial, ocorrido em dia não útil.

Sustentam os réus que como o prazo de dois anos para a propositura da rescisória findou-se no dia 13/12/2015, domingo, a ação deveria ter sido protocolizada antecipadamente, na sexta-feira, dia 11/12/2015, por se tratar de prazo improrrogável. Assim, uma vez que a ação somente fora protocolizada na segunda-feira seguinte, dia 14/12/2015, estaria fora do prazo.

É fato que, como regra geral, o prazo decadencial não se suspende, não se interrompe, e, portanto, não se prorroga.

Contudo, segundo o entendimento do Col. STJ, firmado, aliás, em recurso repetitivo, o prazo decadencial que finda em dia não útil deve ser prorrogado para o primeiro dia útil subsequente, por força do princípio da razoabilidade e para evitar prejuízo ao interessado, que teria seu prazo encurtado.

Nesse sentido:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. TERMO "A QUO". DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO RESCINDENDA. TERMO FINAL EM DIA NÃO ÚTIL. PRORROGAÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. O termo "a quo" para o ajuizamento da ação rescisória coincide com a data do trânsito em julgado da decisão rescindenda. O trânsito em julgado, por sua vez, se dá no dia imediatamente subsequente ao último dia do prazo para o recurso em tese cabível.

2. O termo final do prazo para o ajuizamento da ação rescisória, embora decadencial, prorroga-se para o primeiro dia útil subsequente, se recair em dia de não funcionamento da secretaria do Juízo competente. Precedentes.

3. "Em se tratando de prazos, o intérprete, sempre que possível, deve orientar-se pela exegese mais liberal, atento às tendências do processo civil contemporâneo - calcado nos princípios da efetividade e da instrumentalidade - e à advertência da doutrina de que as sutilezas da lei nunca devem servir para impedir o exercício de um direito" (REsp 11.834/PB, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/1991, DJ 30/03/1992).

4. Recurso especial provido, para determinar ao Tribunal de origem que,

Acesso ao Sumário

ultrapassada a questão referente à tempestividade da ação rescisória, prossiga no julgamento do feito, como entender de direito. Observância do disposto no art. 543-C, § 7.º, do Código de Processo Civil, c.c. os arts. 5.º, inciso II, e 6.º, da Resolução 08/2008."

(REsp 1112864/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/11/2014, DJe 17/12/2014)

O autor protocolizou a presente ação rescisória no dia 14/12/2015, segunda-feira, ou seja, no primeiro dia útil após do decurso do prazo de dois anos para a propositura da ação rescisória.

Assim, não há que se falar em decadência.

Rejeitada a matéria preliminar, passa-se ao exame do mérito propriamente dito.

Antes de tudo, não se pode reconhecer que haja documento novo capaz, por si só, de assegurar pronunciamento favorável ao autor.

Nesse particular, ele faz referência e junta cópias de anúncios de imóveis à venda, datados de 2007, e veiculados em jornal local, supostamente localizados na mesma região do imóvel objeto destes autos, a fim de evidenciar a alegada desproporção entre os valores dos imóveis anunciados, que representariam o real valor de mercado dos imóveis da região, e aquele ao final atribuído às áreas pertencentes aos réus pela perícia.

Contudo, para que um documento possa ser qualificado como "novo", é necessário que ele já existisse ao tempo em que se proferiu a decisão a ser desconstituída, mas que, por algum motivo, não tenha sido possível a sua utilização/apresentação na fase probatória.

Como, aliás, nos ensinam Rosa Nery e Nelson Nery Junior, "***Por documento novo deve entender-se aquele que já existia quando da prolação da sentença, mas cuja existência era ignorada pelo autor da rescisória, ou que dele não pôde fazer uso. O documento novo deve ser de tal ordem que, sozinho, seja capaz de alterar o resultado da sentença rescindenda, favorecendo o autor da rescisória, sob pena de não ser idôneo para o decreto de rescisão***" *(in Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante; São Paulo: Revista dos Tribunais, 14ª edição, 2014, p. 969).*

Mas não é esse o caso dos autos.

Afinal, o Município não demonstrou a razão pela qual não foi possível a utilização ou apresentação dos mencionados documentos (anúncios de jornal) na fase probatória. E, além disso, eles não seriam capazes, por si só, a assegurar pronunciamento favorável.

Além disso, sequer caberia ao Município, neste momento, pretender a revisão do valor de mercado atribuído aos bens.

Acesso ao Sumário

Essa discussão fora devidamente travada nos autos, no momento oportuno, sendo certo que as partes tiveram a oportunidade de impugnar a metodologia adotada pelo perito (método comparativo direto de dados de mercado), bem como os elementos comparativos de pesquisa por ele utilizados para obter o valor médio unitário e calcular o valor final da indenização.

Dessa forma, não pode a Municipalidade, a esta altura, trazer aos autos novos elementos comparativos, que deveriam ter sido apresentados no momento oportuno, inclusive porque anúncios de jornal não podem ser considerados como dados que não estavam à sua disposição à época em que a perícia fora realizada.

Ademais, também não caracterizadas as hipóteses de violação de literal disposição de lei e de erro de fato alegadas.

É certo que o perito reconhece ser a área de preservação permanente, contudo, reconhece da mesma forma a impossibilidade da prática de outras culturas e prejuízos às áreas remanescentes.

Estes prejuízos, neste caso, são perceptíveis inclusive pela forma mais gravosa como a servidão foi instituída. Ou seja, de forma a invadir a propriedade ao invés de poupá-la, como poderia ter sido feito.

Os réus, aliás, doaram parte do imóvel (o que não foi contestado) para efetivação de uma rua, próxima à qual poderia ter sido instituída a servidão.

É o que se extrai da respectiva escritura pública de doação (fls. 1.480/1.484) – intitulada, aliás, de "escritura pública de desapropriação amigável" –, por meio da qual se efetivou a doação à Municipalidade de faixa de terra destinada à abertura de via pública para a extensão de emissário de esgoto.

Ocorre, porém, que o Município recebeu tais terras, mas nelas não construiu a rede de esgoto. Ou seja, descumpriu o avençado e, não obstante isso, ainda instituiu a servidão administrativa em parte do imóvel dos réus, de modo a lhes causar grave prejuízo.

O fato é que, ajuizada a presente ação de constituição de servidão administrativa, os réus pleitearam a incorporação total do imóvel ao Município ou indenização pela desvalorização da área, sendo este último pedido acolhido pelo Juízo, com base no laudo do perito judicial, bem elaborado, nos termos acima mencionados, a afastar a alegação de erro de fato.

Nesse contexto, portanto, a hipótese é de improcedência do pedido.

Em consequência, fica o autor condenado ao pagamento das custas e despesas processuais, mais honorários advocatícios que ora fixo em R$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil de 1973, em vigor à época da propositura da demanda.

Ante o exposto, pelo meu voto, ***julgo improcedente a presente ação rescisória.***

Acesso ao Sumário

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2212534-02.2016.8.26.0000, da Comarca de Caraguatatuba, em que é agravante MUNICIPIO DA ESTÂNCIA BALNEÁRIA DE CARAGUATATUBA, são agravados EVALDO PINTO FERREIRA e LENIO ALMEIDA DE AZEVEDO.

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 3.382)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RAUL DE FELICE (Presidente), ERBETTA FILHO e SILVA RUSSO.

São Paulo, 1º de dezembro de 2016.

RAUL DE FELICE, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução Fiscal – IPTU dos exercícios de 2008 a 2014 – Município de Caraguatatuba – Insurgência contra o reconhecimento da prescrição dos exercícios de 2008 a 2010 – Prescrição – Inocorrência – Celebração de acordo de parcelamento da dívida – Causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, prevista no art. 151, VI e interruptiva da prescrição nos termos do art. 174, parágrafo único, inciso IV, ambos do Código Tributário Nacional – Decisão reformada – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo **MUNICÍPIO DA ESTÂNCIA BALNEÁRIA DE CARAGUATATUBA**, contra a decisão disponibilizada às fls. 26/27 que, nos autos da execução fiscal ajuizada em face de **EVALDO PINTO FERREIRA E OUTRO**, objetivando a cobrança de IPTU dos exercícios de 2008 a 2014, reconheceu de ofício a prescrição dos créditos cobrados relativos aos exercícios de 2008 a 2010, nos termos do art. 156, V, do CTN e determinou o prosseguimento da execução fiscal em relação

aos exercícios de 2011 a 2014.

Sustenta a agravante a impossibilidade do reconhecimento da prescrição dos exercícios de 2008 a 2010, porquanto efetuou acordo de parcelamento do débito com o agravado (fls. 23) o que implicou na suspensão da exigibilidade e interrupção da prescrição, nos termos do art. 151, VI, do CTN. Requer o provimento do recurso para afastar a prescrição com prosseguimento da execução fiscal, na forma como ajuizada.

O recurso foi recebido e processado (fls. 35/36), sem oferecimento de contraminuta (fls. 43).

É O RELATÓRIO.

O recurso merece ser provido.

Verifica-se que a Prefeitura Municipal da Estância Balneária de Caraguatatuba ajuizou ação de execução fiscal em face de Evaldo Pinto Ferreira e outro, objetivando a cobrança de IPTU dos exercícios de 2008 a 2014, conforme CDA's de fls. 9/22, tendo a exequente instruído o executivo fiscal com os termos de acordo celebrado com o executado, ora agravado, em 20/3/2012 (fls. 23).

Distribuída a execução fiscal, a Municipalidade foi intimada a se manifestar acerca da prescrição, nos termos do art. 174, do CTN. (fls.22)

Não obstante a Municipalidade tenha informado que a exigibilidade do crédito estava suspensa em razão de acordo de parcelamento, conforme termo juntado às fls. 23 destes autos, o juiz de primeiro grau reconheceu de ofício a prescrição dos créditos referente aos exercícios de 2008 a 2010, nos termos do art. 156, V, do CTN e determinou o prosseguimento da execução fiscal relativamente aos exercícios de 2011 a 2014 (fls. 30/31).

Sem razão, contudo.

Tratando-se de prescrição, reza o art. 174, *caput*, do Código Tributário Nacional, que a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos contados da data da sua constituição definitiva, não da inscrição, que é ato administrativo de controle de legalidade do lançamento do tributo.

Acesso ao Sumário

Em que pese não existir expressa menção quanto a data da notificação do lançamento do tributo, as CDA's de fls. 9/22 indicam que os créditos venceram entre o período de fevereiro de 2008 a dezembro de 2014, o que faz presumir que tanto o lançamento quanto a notificação ocorreram em momento anterior a essas datas.

Em 20/3/2012 foi celebrado acordo de parcelamento do débito (fls. 23), causando a suspensão da exigibilidade do crédito nos termos do art. 151, inciso VI, e a interrupção da prescrição nos termos do art. 174, parágrafo único, inciso IV, ambos do CTN, que preveem, respectivamente, o parcelamento como causa suspensiva da exigibilidade do crédito e a prática de qualquer ato inequívoco que

importe em reconhecimento da dívida como causa interruptiva da prescrição.

Ademais, a Súmula 248 do TRF, dispõe que "*O prazo da prescrição interrompido pela confissão e parcelamento da dívida fiscal recomeça a fluir no dia em que o devedor deixa de cumprir o acordo celebrado*".

Assim, o reinício do prazo prescricional foi retomado a partir do inadimplemento no pagamento das parcelas, que a despeito de não ter sido informado pela Municipalidade, certamente se deu entre 20/3/2012, data do termo de acordo e 23/2/2016, quando a execução fiscal foi ajuizada, portanto, dentro do quinquênio legal.

De rigor, então, a reforma da decisão agravada, para afastar a prescrição dos exercícios de 2008 a 2010 e determinar o prosseguimento da execução fiscal tal como ajuizada.

Face ao exposto, **dá-se provimento ao recurso**, nos termos do voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2059832-71.2016.8.26.0000, da Comarca de Buritama, em que é agravante ADRIANO ALAERTE DIAS, é agravado SECRETÁRIO DO MEIO AMBIENTE DO GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.521)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VERA ANGRISANI (Presidente sem voto), LUIS FERNANDO NISHI e MIGUEL PETRONI NETO.

São Paulo, 7 de dezembro de 2016.

PAULO ALCIDES, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AVE SILVESTRE APREENDIDA POR ÓRGÃO AMBIENTAL. PEDIDO DE LIBERAÇÃO. ACOLHIMENTO. PÁSSARO DOMESTICADO. AUSÊNCIA DE NOTÍCIAS DE MAUS TRATOS. TRANSFERÊNCIA PARA ÓRGÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUJAS

CONDIÇÕES DE ABRIGAMENTO NÃO SE CONHECE, PODE IMPLICAR EM SOFRIMENTO OU ATÉ MESMO A MORTE DO ANIMAL. PRECEDENTES DO STJ AFASTANDO A APLICABILIDADE DO ARTIGO 25 DA LEI Nº 9.605/98 A SITUAÇÕES ANÁLOGAS. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por ADRIANO ALAERTE DIAS contra a r. decisão (fls. 15/17) que, em ação proposta contra a SECRETARIA DO MEIO AMBIENTE DO ESTADO DE SÃO PAULO, indeferiu pedido liminar de liberação provisória de ave silvestre apreendida por órgão ambiental.

Sustenta, em síntese, que o papagaio apreendido conviveu sempre em ambiente doméstico, e que periodicamente passava por consultas e avaliação de veterinário de confiança do agravante. Sustenta que sem a tutela pleiteada existe a possibilidade do dano irreparável ao papagaio apreendido e aspectos sentimentais de sua família. Ressalta que a concessão da tutela não ensejaria perigo irreversível ao agravado, pois a guarda provisória poderia ser objeto de revogação a qualquer tempo. Pede a concessão da liminar (fl. 01/06).

Recurso processado e não contrariado. A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento recursal (fls. 83/88).

É o relatório.

O novo CPC (Lei n° 13.105/2015) trouxe significativa alteração no que toca ao regime das tutelas provisórias. Se no antigo diploma a urgência era requisito imprescindível à sua concessão, o atual CPC, em seu artigo 294 dispõe que "A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência".

> A tutela será de urgência quando houver "elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo" (CPC, art. 300, *caput*).

Seus pressupostos são o *fumus bonis iuris* (probabilidade do direito) e o *periculum in mora* (risco de dano irreparável a direito do postulante).

Mas, como dito, a tutela provisória pode também estar fundada em evidência (artigo 311), modalidade de que dispensa a urgência. Segundo Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

> "É o legislador quem define quais são as situações consideradas indispensáveis para que o juiz defira a tutela de urgência. Elas estão enumeradas nos quatro incisos do artigo 311, e são muito diferentes daquelas exigidas na tutela de urgência. A de evidência não tem por

Acesso ao Sumário

fim afastar um perigo, e será deferida mesmo que ele não exista. Para compreender a sua finalidade, é preciso lembrar que é normalmente o autor quem sofre com a demora do processo, pois é ele quem formula a pretensão, que permanece não atendida até o final (ou até determinada fase). Cabe ao autor, em regra, suportar o ônus da demora. A tutela de evidência inverte esse ônus (...)" (Direito Processual Civil Esquematizado, 7ª Edição, Ed. Saraiva, p. 351).

Na hipótese, considero presentes os pressupostos para a concessão da tutela de urgência.

A procura documental evidencia que a ave silvestre encontra-se domesticada e periodicamente passava rotineiramente por consultas e avaliação de veterinário.

O Eg. STJ, ademais, tem flexibilizado a aplicação do disposto no artigo 25 da Lei n° 9.605/98 em hipóteses análogas (caso de animais domesticados):

"ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. APREENSÃO DE AVE SILVESTRE JÁ DOMESTICADA. DEVOLUÇÃO DA GUARDA À CRIADORA. Após 25 anos de convivência, sem indício de terem sido maltratados e afastada a caracterização de espécie em extinção, é desarrazoado determinar a apreensão de dois papagaios para duvidosa reintegração ao seu habitat" (REsp n°1483969-CE 2014/0246810-6, Relator(a): Ministro HERMAN BENJAMIN, j. em 23/10/2014).

Registre-se que, no âmbito criminal, o art. 29, § 2º, da Lei 9.065/1998 expressamente prevê que, "*no caso de guarda doméstica de espécie silvestre não considerada ameaçada de extinção, pode o juiz, considerando as circunstâncias, deixar de aplicar a pena*"

Há receio de dano irreparável ou de difícil reparação, pois a transferência para órgão da Administração Pública, cujas condições de abrigamento não se conhece, pode implicar em sofrimento ou até mesmo na morte do animal.

Nesse sentido, o r. parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça:

"diante da sabida incapacidade da autoridade administrativa cuidar do animal da mesma forma que o particular e, diante da ausência de prejuízo ao meio ambiente ao se manter o agravante na posse do bicho, parece-nos mais adequado deferir-se o depósito em nome do agravante" (fl. 86).

Ante o exposto, confirma-se a liminar e dá- se provimento ao agravo de instrumento.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2200818-75.2016.8.26.0000, da Comarca de Presidente Prudente, em que é agravante MUNICÍPIO DE ALVARES MACHADO, é agravado DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

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 31.580)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente) e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 13 de dezembro de 2016.

MARREY UINT, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento – Civil pública – Suspensão de obras em praça pública – População requereu a consulta, debates e conferências públicas, tendo em vista a r. praça pertencer ao patrimônio arquitetônico da cidade – Decisão mantida – Agravo não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Município de Alvares Machado, tirado contra decisão de fls. 14/15, prolatada pelo Juiz Darci Lopes Beraldo, que, em ação civil pública, deferiu a tutela antecipada para suspender as obras executadas na Praça Getúlio Vargas, com a preservação dos materiais removidos da praça.

Aponta a perda do objeto, tendo em vista o cumprimento da decisão.

Alega que não se trata de um bem cultural ou patrimônio histórico que demande obra de restauração e que o Ministério Público Estadual concordou com a reforma da praça.

O efeito suspensivo não foi deferido (fls. 91/92).

É o relatório.

Diferente do alegado pelo Município Agravante, pelos documentos existentes nos autos de origem, a Praça Getúlio Vargas é um lugar de convívio para os munícipes, e que passou a fazer parte da identidade cultural e da memória afetiva daquela comunidade.

Tanto que houve várias manifestações contrárias à reforma do local,

Acesso ao Sumário

que protestou pela realização de debates, audiências, consultas, conferências públicas e estudo de impacto de vizinhança.

As argumentações da Defensoria Pública, portanto, demonstram a relevância do fundamento invocado.

Não há qualquer prejuízo para a Agravante a paralisação das obras, até que se resolva a controvérsia em torno da reforma da praça.

Por outro lado, a continuidade das obras causará prejuízos irreparáveis à comunidade, estando presentes os requisitos para a concessão da tutela para a Defensoria Pública.

No mesmo sentido:

AGRAVO - Campos do Jordão - Inconformismo com a concessão de liminar que determinou a paralisação de obra, pelo risco que encerra de provocar danos ao meio ambiente - Inadmissibilidade - Por se tratar de decisão que tão somente resguarda direitos, não significa antecipação de mérito nesta fase de cognição sumária - Recurso Improvido.

Agravo de Instrumento n° 377.741-5/5-00, da Comarca de Campos do Jordão, Segunda Câmara de Direito Público, Relator Aloísio de Toledo César, julgado em 29 de março de 2005.

Correta, pois, a decisão agravada.

Em face do exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2173877-88.2016.8.26.0000, da Comarca de Piraju, em que é agravante RICARDO ZUCCHI BENELI, é agravado DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.610)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente) e MOACIR PERES.

São Paulo, 12 de dezembro de 2016.

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Procedimento instaurado para suspensão do direito de

dirigir – Aplicação da penalidade – Alegada ausência da juntada da peça de defesa, bem como da notificação quanto ao julgamento da defesa apresentada, o que teria impossibilitado o administrado de recorrer à JARI – Defesa que, entretanto, foi examinada, tanto assim que aos termos dela se refere a autoridade administrativa, no julgamento – Quanto ao mais, esperava-se que o autor estivesse em condições de juntar documento, com subscrição própria, no qual afirmasse o fato de não ter recebido a notificação da decisão que impôs a pena de suspensão do direito de dirigir, fazendo, assim, a prova da negativa relativa, que não se confunde com a negativa absoluta – Ausência do *fumus boni iuris* – Recurso improvido.

VOTO

Vistos, etc.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu pedido de tutela de urgência, em sede de ação anulatória de ato administrativo, formulado com vista ao desbloqueio do prontuário do condutor, argumentando o autor, na oportunidade, com o fato de não ter sido notificado da decisão administrativa que aplicou a penalidade de suspensão do direito de dirigir, com o que se viu impedido de interpor, tempestivamente, recurso à JARI. Afirma ainda que a peça de defesa, apresentada perante o órgão competente aos 03/12/2015, não foi juntada ao procedimento administrativo, do qual solicitou cópia, quando constatou que a peça não se achava lá reproduzida.

É o relatório.

A pena de suspensão do direito de dirigir, prevista na regra do artigo 261 da Lei Federal nº 9.503/97, somente pode ser aplicada quando esgotados todos os recursos previstos no Código de Trânsito (art. 290, parágrafo único, da LF nº 9.503/97).

Acesso ao Sumário

Instaurou-se o procedimento para suspensão do direito de dirigir porque, ao que consta, o motorista, ora agravante, foi autuado por infração à legislação de trânsito tipificada na regra do artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro (dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência).

Verifica-se do documento de fls. 22 a 28 que o agravante apresentou defesa em 03/12/2015, no derradeiro dia (como se retira da notificação de instauração do procedimento administrativo, a fls. 34), do que é prova a certidão de fls. 35.

A autoridade administrativa, entretanto, houve por bem afastar os termos

da defesa apresentada, tratando de aplicar a penalidade de suspensão do direito de dirigir, pelo prazo de 12 meses (fls. 36).

Vê-se, destarte, que a defesa foi apreciada, revelando-se significativo, a afastar o argumento do recorrente, o fato de a decisão administrativa referir-se, ainda que de forma um tanto quanto genérica, aos argumentos do condutor. Em 25/01/2016, certificou-se o trânsito em julgado de sobredita decisão administrativa (fls. 39).

Diga-se, a propósito da alegada ausência de notificação, que se está diante da chamada "prova diabólica", como é conhecida na doutrina a prova de fato negativo, que se resolve em favor da administração pública, pois se presume a legalidade dos atos administrativos.

Caberia ao autor a prova da negativa relativa, que não se confunde com a negativa absoluta. Assim é que não colhe a máxima dos romanos segundo a qual *negativa non sunt probanda*. Há provas negativas possíveis, desde que possam ser convertidas em afirmativa ou "quando se mostre a demonstração ao alcance de quem alega" (Moacyr Amaral Santos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 5ª ed., vol. IV, RT, 1989, p. 23; Arruda Alvim, *Curso de Direito Processual*, vol. II, SP, RT, 1972, p. 303).

Comprova-se a negativa relativa na base de uma afirmação ("declaro, sob as penas da lei, a quem possa interessar, que não fui notificado..."), *verbi gratia*), não bastando a afirmação feita na inicial ou em sede de agravo, pois o advogado não responde pela prática ilícita ou pelo abuso do direito da parte, de modo que a versão apresentada na peça vestibular não tem o condão de desconstituir a presunção de legitimidade (e de veracidade) que milita em favor dos atos administrativos.

Esperava-se, no que concerne à decisão do procedimento administrativo, que o autor estivesse em condições de juntar documento, com subscrição própria, no qual afirmasse o fato de não ter recebido a respectiva notificação. No lugar disto, ao que tudo indica, limitou-se a conferir poderes para a propositura da ação.

Nestes termos, nego provimento ao recurso.

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 Agravo de Instrumento nº

Acesso ao Sumário

2225206-42.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é agravado EMPRESA DE SERVIÇOS GERAIS BRASILIA LTDA.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.610)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente) e WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI.

São Paulo, 15 de dezembro de 2016.

ROBERTO MARTINS DE SOUZA, Relator

Ementa: Agravo de instrumento – Execução fiscal – ISSQN – Exercícios de 1998 a 2000 – Decisão que condicionou pedido de inclusão dos sócios no polo passivo da ação ao rito do art. 133, do CPC/2015 – Pretensão à reforma – Admissibilidade – Inadequação da exigência para instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133, do CPC/2015 – Enunciados n.ºs 53 da ENFAM e 6 do Fórum de Execuções Fiscais da 2ª Região (Forexec) – Devolução à origem para que o pedido de inclusão no polo passivo da demanda seja examinado pelo MM. Juiz do feito, sob a pena de supressão de grau de jurisdição, independentemente da instauração de incidente – Reforma da decisão agravada – Agravo provido, com determinação.

VOTO

Acesso ao Sumário

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo **Município de São Paulo** da r. decisão digitalizada na pág. 9 que, em execução fiscal proposta contra **Empresa de Serviços Gerais Brasília Ltda**., cobrando ISSQN dos exercícios de 1998 a 2000, oriundo de autos de infração, no valor de R$ 1.171.793,85, condicionou a inclusão dos sócios **Ivo Pilla** e **Francisco César da Silva** no polo passivo da ação à observação do rito do art. 133, do CPC/2015 (incidente de desconsideração da personalidade jurídica).

Insurge-se o Município-agravante sustentando que o disposto no art. 133, do CPC/2015 não tem aplicação à hipótese de responsabilidade tributária dos sócios administradores. Afirma que se trata de pleito de inclusão no polo passivo do responsável tributário, ao lado da pessoa jurídica executada e não de

desconsideração da personalidade jurídica desta. Requer antecipação da tutela de urgência e, a final, provimento ao agravo.

Regularmente processado, o recurso foi encaminhado à mesa independentemente de ulteriores providências, porquanto ainda não formada a relação processual.

É o relatório.

O agravo comporta provimento.

Com efeito, no caso vertente, constata-se que a executada **Empresa de Serviços Gerais Brasília Ltda.** foi citada por edital em 06/07/2016, conforme se vê da certidão digitalizada na pág. 93.

O Município-exequente requereu, então, a inclusão dos sócios no polo passivo da ação, entendendo pela sua responsabilidade tributária pessoal, mas o MM. Juízo *'a quo'* submeteu tal inclusão ao regime do art. 133, do CPC/2015.

Sem razão, contudo, com a devida vênia.

Em se tratando de execução fiscal, tem aplicação o disposto no art. 135, inciso III, do CTN:

> "São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estaturos:
>
> (...)
>
> III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado".

Assim sendo, no caso vertente, descabe a determinação para que se observe o rito do art. 133, do CPC/2015.

Nesse sentido o escólio de Leandro Paulsen:

> **"Não se pode deduzir do art. 135, III, do CTN que este encerre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, pois apenas cuida da responsabilidade pessoal daqueles que representam a pessoa jurídica quando agem com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos" (SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Tributário*.** Quartier Latin, 2007, p. 230 e 232)" (PAULSEN, Leandro. Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 16.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 1086) – grifei –

Cumpre destacar, a respeito, o enunciado n.º 53, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM que assim dispõe:

> "O redirecionamento da execução fiscal para o sócio- gerente prescinde do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no art.

Acesso ao Sumário

133, do CPC/2015".

E também o enunciado n.º 6, do Fórum de Execuções Fiscais da Segunda Região (Forexec):

"A responsabilidade tributária regulada no art. 135, do CTN não constitui hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, não se submetendo ao incidente previsto no art. 133, do CPC/2015".

Assim, merece reforma a r. decisão agravada, uma vez que se mostra inadequada a determinação para que seja observado o rito do art. 133, do CPC/2015, conforme explicitado.

Nesse sentido já se posicionou a E. 14.ª Câmara de Direito Público:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução fiscal. Decisão que condicionou a inclusão dos sócios no polo passivo à instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Encerramento irregular da empresa configurado. **Possibilidade de redirecionamento. Prescindível a instauração do incidente.** Recurso provido" (Agravo de Instrumento nº 2090310-62.2016.8.26.0000, rel. Des. João Alberto Pezarini, j. 19/05/2016). – destaquei –

Todavia, embora o art. 135, III, do CTN preveja o redirecionamento do feito para os sócios da pessoa jurídica, somente é possível deferir tal pedido se demonstrado que, na condição de sócios-gerentes e no período cobrado (1998 a 2000), tivessem eles agido com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, o que, evidentemente, enseja produção e análise de prova a se realizar em primeira instância, sob a pena de supressão de grau de jurisdição.

Acerca do tema também é este o entendimento da 15.ª Câmara de Direito Público:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – TAXAS – EXERCÍCIOS DE 2001 a 2004 – MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ – Decisão que determinou que, caso o exequente queira a inclusão do sócio no polo passivo da execução fiscal, deverá fazê-lo na forma e requisitos do artigo 133 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015, instaurando o incidente de desconsideração da personalidade jurídica – Decisão que comporta reforma – **Desnecessidade de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos artigos 133 a 137 do Código de Processo Civil de 2015 – Enunciados 53 da ENFAM e 6 do Fórum de Execuções Fiscais da 2ª Região (Forexec)** – Precedentes deste E. Tribunal de Justiça – Recurso provido para que o pedido de inclusão no polo passivo da demanda seja examinado independentemente da instauração de incidente – Decisão reformada – Recurso provido" (Agravo de instrumento nº 2123530-51.2016.8.26.0000, rel. Des. Eurípedes Faim, j. 30/08/2016). – destaquei –

Acesso ao Sumário

Por conseguinte, de rigor a reforma da r. decisão agravada para afastar o condicionamento da inclusão dos sócios no polo passivo da ação à observância do rito do art. 133, do CPC/2015, devendo os autos retornarem à origem para que o MM. Juiz do feito aprecie o pedido de inclusão dos sócios no polo passivo da execução, independentemente da instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2234177-16.2016.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é agravante VALDIR ANTONIO DE CARVALHO, é agravado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.467)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente) e VICENTE DE ABREU AMADEI.

São Paulo, 19 de dezembro de 2016.

RUBENS RIHL, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DECLARATÓRIA C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO – ICMS – Pretensão de que a requerida se abstenha de cobrar ICMS sobre os encargos de transmissão e conexão na entrada de energia elétrica, especialmente as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD) – Antecipação de tutela indeferida pelo nobre Juízo monocrático – Decisório que merece subsistir – Ausência dos requisitos necessários legais elencados no artigo 300 do CPC – Precedentes desta Colenda Câmara – Decisão mantida – Negado provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por VALDIR ANTONIO DE CARVALHO contra a r. decisão reproduzida a fls. 34/35, proferida nos autos da ação declaratória c.c. repetição de indébito movida em face da FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, que indeferiu o pedido de antecipação da tutela provisória, requerida para que a ré se abstenha de cobrar o ICMS sobre os valores devidos a título de TUST e TUSD, na fatura de consumo mensal de energia elétrica do autor.

Sustenta o agravante, em síntese, que exigir o ICMS sobre as tarifas que remuneram a transmissão e a distribuição da energia elétrica, é fazer incidir o tributo sobre fato gerador não previsto pela legislação regente (notadamente Constituição Federal e Lei Complementar nº 87/96), o que viola frontalmente o princípio constitucional da reserva legal previsto no art. 150, inciso, I da Constituição Federal, segundo o qual é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributos sem lei que o estabeleça. Alega, ainda, que por não pressuporem qualquer ato de mercancia ou a circulação jurídica de mercadorias, e sim mera autorização para a utilização da rede de energia elétrica, demonstra-se, mais uma vez, a impossibilidade de incidência do ICMS sobre os encargos de transmissão ou distribuição pagos pelo Agravante para recebimento do energético por ele consumido, notadamente a TUST e a TUSD. Entendendo estarem presentes a probabilidade do direito e o perigo da demora requer a antecipação dos efeitos da tutela recursal para que, mediante a concessão do respectivo efeito ativo ao presente recurso, seja imposto ao Estado Agravado o dever de abster-se da cobrança do ICMS sobre valores devidos a título de Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD). Por fim, pede seja dado provimento ao presente recurso para, em decisão definitiva de mérito, confirmar-se a decisão antecipatória deferida (fls.1/13).

Agravo tempestivo, instruído com a decisão agravada, bem como com outras peças úteis ao entendimento da lide.

Acesso ao Sumário

Foi indeferida a antecipação de tutela recursal pleiteada pelo agravante (fls. 39/41).

Resposta do agravado a fls. 46/52.

É, em síntese, o relatório.

Revendo posicionamento anteriormente adotado, entendo que o inconformismo não merece acolhimento.

O *caput* do artigo 300 do CPC/15 apregoa que:

"Art. 300. 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."

Assim, o que se constata é que são necessários para a concessão da tutela de urgência a presença, simultânea, da probabilidade do direito e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Diante deste contexto, tem-se que a não concessão da tutela antecipada *in casu*, nos moldes que foi decidido pelo juízo *a quo* deve ser mantida.

Conforme se observa, a situação sob análise não preenche os requisitos para a concessão da antecipação da tutela. Primeiramente, em relação à probabilidade do direito, recente posicionamento desta câmara, admitindo a incidência das tarifas, torna a situação controversa, demandando uma análise mais detida e cognição exauriente.

Já no que pertine ao *pericullum in mora*, o autor paga o valor referente às tarifas questionadas, o que demonstra que não haveria prejuízo em decorrência do aguardo do deslinde do feito. Especialmente, se considerado que os valores referentes à TUSD e TUST são de pequena monta, não restando comprovado nos autos que acarretariam prejuízo à subsistência do agravante.

De se observar que o entendimento acima encontra reforço na jurisprudência desta Colenda Câmara de Direito Público:

> ***"Não se pode deixar de reconhecer, também, o perigo de dano em reverso, uma vez que a multiplicação de liminares em casos semelhantes pode levar a uma drástica redução da arrecadação do ICMS sobre energia elétrica, sem que se tenha ainda certeza inequívoca sobre a plausibilidade do direito invocado". (Agravo de Instrumento nº 2171340-22.2016.8.26.0000, Relator(a): Vicente de Abreu Amadei; Comarca: Santos; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 13/09/2016; Data de registro: 14/09/2016).***

Por todo exposto, ausentes os requisitos legais, é caso de se negar provimento ao recurso, mantendo-se o indeferimento da antecipação da tutela recursal.

Maiores digressões sobre os direitos das partes nesta fase processual não são convenientes, podendo ser interpretadas como antecipação do julgamento e até mesmo supressão de grau de jurisdição, o que é inadmissível.

Ressalto, em remate, que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões pelas quais chegou ao resultado. A leitura do acórdão permite ver cristalinamente o porquê do *decisum*. É o que basta para o respeito às normas de garantia do Estado de Direito, entre elas a do dever de motivação (CF, art. 93, IX), não sendo mister divagar sobre todos os pontos e dispositivos legais citados pela agravante.

Daí porque, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

Faço consignar que eventuais recursos que sejam apresentados em decorrência deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de

Acesso ao Sumário

discordância, deverá ela ser apresentada no momento de apresentação do novo recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2220717-59.2016.8.26.0000, da Comarca de Taubaté, em que é agravante RICHARD GONÇALVES, é agravado FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Recurso desprovido, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.701)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente sem voto), LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ e RUBENS RIHL.

São Paulo, 19 de dezembro de 2016.

DANILO PANIZZA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – TUTELA INDEFERIDA EM AÇÃO DECLARATÓRIA – PRETENSÃO PELO AFASTAMENTO REMUNERADO, BEM COMO NÃO CONSIDERAR COMO FALTAS INJUSTIFICADAS NO PERÍODO INDICADO – AUSÊNCIA DE REQUISITOS – MANTENÇA.

A liquidez e certeza, bem como o *fumus boni iuris* devem estar presentes também na oportunidade da tutela antecipada. A ausência de tais requisitos enseja o indeferimento.

Decisão mantida.

Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Richard Gonçalves interpôs agravo de instrumento contra r. decisão do Juízo da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Taubaté, na ação declaratória

c. c. condenatória, em face da Fazenda do Estado de São Paulo, que indeferiu o pedido de tutela para permitir o afastamento remunerado do trabalho enquanto perdurar a ação principal, bem como não considerar as ausências nos períodos de 01.08.2015 a 19.10.2015 e 21.10.2015 a 18.01.2016 como faltas injustificadas. Aduz razões para a reforma, pedindo a concessão do efeito ativo e o acolhimento do recurso.

A liminar foi indeferida (fls. 51/52). Contraminuta (fls. 55/60).

É o relatório.

Insurge-se o agravante contra r. decisão, por cópia às fls. 35, que indeferiu o pedido de tutela antecipada, por não vislumbrar a verossimilhança da alegação para afastar o Autor/Agravante de seu exercício funcional, no cargo público de Agente de Segurança Penitenciária, mas mantendo seus vencimentos, para tratamento de sua saúde.

Acrescenta, ainda, que tal órgão público, ora responsável pelas avaliações médicas, o submete, em estado de evidente agravamento de doenças, colunar e psiquiátrica, encontrando-se em fase de pós-operatório, às inspeções médicas previstas em lei, mas despidas de análise médica, e, sem critério técnico demonstrável ou divulgado indefere as recomendações de licença, sem oportunizar o direito à defesa do servidor, então, sem acesso às motivações das denegações.

Assim, sustenta que tal pedido de afastamento, sem prejuízo nos vencimentos, até o deslinde do feito, é de importância crucial, pois, é a única forma de afastar os desmandos e arbitrariedades do Departamento de Perícias Médicas do Estado, subsidiariamente, pleiteia para que seja submetido à analise perante *expert* de confiança deste Tribunal, para fins de averiguação/confirmação por tal necessidade a qual postula.

Com efeito, apesar da ponderável argumentação exposta na inicial, bem como pelos documentos acostados, a *priori*, não constam, de plano, presentes os requisitos, na sua integralidade, de molde a ensejar a reforma do julgado singular, ora proferida com cautela, em especial pela possível irreparabilidade decorrente do externado e seus efeitos práticos, consubstanciando, inclusive, inexistindo notícia de indeferimento atual de licença médica em razão de problemas psiquiátricos, em conformidade como salientado pelo MM *a quo*.

Desta forma, mostra-se prudente aguardar a vinda da contestação da parte contrária que permitirá ao Magistrado maiores esclarecimentos sobre a matéria, pois os atestados colacionados recomendaram somente 90 dias de afastamento após a realização da cirurgia, tempo este esgotado, inexistindo notícia de indeferimento administrativo atual. Assim, registra-se que tal matéria depende de suficiente e substancial prova de vício do ato administrativo; a *priori,* as condições e requisitos, na integralidade que exige a legislação processual civil,

Acesso ao Sumário

não resultam ainda presentes, o que pode ocorrer oportunamente.

Ademais, o ato administrativo impugnado conta com a presunção de veracidade e legitimidade, cujos atributos só podem ser elididos, através de prova robusta, o que não se verifica no caso presente, impedindo a intervenção do Judiciário *in limine* na esfera de competência administrativa.

Na esteira da jurisprudência há que se observar parâmetros para tal providência, consoante a seguinte conclusão: "*A antecipação de tutela não se assemelha às providências cautelares já previstas na lei processual, introduzida por força da nova redação conferida no artigo 273, Pela Lei nº 8.952/94, que exige prova inequívoca da verossimilhança, equivalente ao* ***fumus boni iuris*** *e ao* ***periculum in mora****, somado ao receio de dano irreparável, ou ao abuso de direito de defesa manifestado pelo réu em caráter protelatório*" (RSTJ 111/376).

Destarte, em decorrência do analisado, forçoso reconhecer da inviabilidade de ser acolhido o pedido de liminar, embora o mérito da ação principal possa propiciar acolhimento, mas dependente de suficiente demonstração, o que agora não se constata, por ausência de preenchimento dos requisitos previstos no art. 300, do NCPC.

Sob outro enfoque, a pretensão do recorrente para reversão da decisão de primeiro grau implicaria em análise do próprio mérito, tornando-se satisfativa, o que é vedado nesta fase processual, sob pena de infringência ao duplo grau de jurisdição. Nesta conformidade, a mantença do r. decisório, uma vez que suficientemente motivado, é de ser preservado, observado o aspecto de que a matéria aqui analisada ficou circunscrita ao restrito âmbito da liminar.

Com isto, **nega-se provimento** ao recurso, ficando prequestionados os dispositivos legais e constitucionais passíveis de argumentação.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2202112-65.2016.8.26.0000, da Comarca de Caçapava, em que é agravante FLAVIANA APARECIDA CLARO, são agravados PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CAÇAPAVA e SECRETARIA DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE CAÇAPAVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª 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 05.456)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CRISTINA

COTROFE (Presidente sem voto), ANTONIO CELSO FARIA e LEONEL COSTA.

São Paulo, 23 de janeiro de 2017.

BANDEIRA LINS, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Fornecimento de medicamento – Endometriose – Medicamentos fornecidos pelo Poder Público inservíveis ao tratamento – Probabilidade do direito – Subsistência dos pressupostos que autorizaram o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela – Risco de dano irreparável que venha prejudicar o mérito do *writ* – Recurso provido

VOTO

Trata-se de recurso de Agravo de Instrumento interposto por FLAVIANA APARECIDA CLARO contra r. decisão de fls. 34/35 do feito originário, exarado nos autos do mandado de segurança impetrado pela Agravante, no qual postula, em face do *Prefeito Municipal de Caçapava*, a concessão da ordem para que a Municipalidade forneça gratuitamente os medicamentos Dienogeste 2mg.

No Juízo *a quo*, a antecipação dos efeitos da tutela foi indeferida, em razão da carência de padronização de que a substância padece.

Em sede recursal, a medida liminar foi concedida (fls. 17/18).

As partes não se insurgiram contra a realização de sessão virtual de julgamento (cf. certidão de fl. 22).

É o relatório.

Consta dos autos que FLAVIANA é portadora de adenomiose, cujo diagnóstico prevê o tratamento por meio do medicamento requerido à Prefeitura.

Segundo consta do ofício expedido em resposta à Agravante, a Municipalidade dispõe apenas de Leuprorrelina e Gosserrelina para a enfermidade indicada.

Entretanto, conforme atestado pelo médico da rede pública, o organismo de FLAVIANA é intolerante aos fármacos fornecidos pela Prefeitura e somente respondeu à terapia à base de Dienogeste 2mg, considerado de alto custo.

O recurso comporta guarida, convalidando-se os termos da liminar deferida.

Com efeito, subsistem todos os pressupostos suscitados para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, vale dizer, o quadro diagnosticado permanece inalterado e não há indicativos de que a Prefeitura tenha consentido

Acesso ao Sumário

em adquirir o medicamento *sponte própria.*

Ademais, tendo em vista que os reflexos da moléstia não são intermitentes, FLAVIANA se vê compelida a se submeter permanentemente ao tratamento prescrito, de sorte que a necessidade da intervenção jurisdicional ainda se faz presente, até que ao menos o mérito do *mandamus* seja apreciado.

Para que o provimento definitivo não reste prejudicado pela irreparabilidade da lesão clínica, a padronização do medicamento não deve obstar o acesso pela requerente; revela-se de rigor, pois, a manutenção da tutela provisória.

Cumpre acrescentar, apenas, que, além dos termos fixados na liminar, a Agravante fica incumbida da **atualização semestral da receita**, a fim de demonstrar a persistência da necessidade do medicamento. Assegura-se, em contrapartida, que eventual atraso no cumprimento dessa obrigação apenas possa determinar a suspensão do tratamento por **ordem judicial**, sendo garantido o direito da paciente manifestar-se.

Por fim, considera-se prequestionada a matéria tratada, com vistas a viabilizar acesso às Instâncias superiores, destacando-se que se revela desnecessária a menção específica dos dispositivos legais, sendo bastante seu exame – conforme entendimento firmado pelas Súmulas n. 211, do Superior Tribunal de Justiça, e 282, do Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso**, para convalidar os efeitos da liminar anteriormente concedida, acrescendo-se as condições acima descritas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2178294-84.2016.8.26.0000, da Comarca de São Carlos, em que é agravante ELISETE LEITE DE OLIVEIRA, é agravado MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS – SP.

Acesso ao Sumário

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 30.052)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ERBETTA FILHO (Presidente), SILVA RUSSO e RODRIGUES DE AGUIAR.

São Paulo, 26 de janeiro de 2017.

ERBETTA FILHO, Relator

Ementa: PENHORA EM CONTA CORRENTE

E CADERNETA DE POUPANÇA – Penhora "on line" – Insurgência contra decisão que indeferiu o pedido de desbloqueio dos valores penhorados – Inadmissibilidade – Impenhorabilidade dos valores auferidos a título de proventos de aposentadoria e depositados em caderneta de poupança – Previsão expressa do art. 833, incisos IV e X, do NCPC – Pedido de desbloqueio acolhido – Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto em face da decisão que, em autos da execução fiscal, indeferiu o pedido de liberação integral dos valores existentes em conta bancária titularizada pela agravante. Busca a recorrente a reforma da decisão arguindo, em resumo, que os valores objetos de constrição judicial são provenientes de aposentadoria e poupança, consistindo, pois, em bens impenhoráveis a teor do que proclama o art. 833, incisos IV e X, do NCPC.

Regularmente processado, com a concessão de efeito ativo, não se registrando contraminuta.

É o relatório.

A irresignação veiculada neste agravo comporta provimento.

Não há controvérsia, *in casu*, quanto a ter o bloqueio recaído sobre valor constante de conta bancária destinada ao depósito dos proventos de aposentadoria e caderneta de poupança da agravante. Os documentos juntados nos autos assim indicam (fls. 113 e 114). No entanto, a despeito da impenhorabilidade estabelecida pelo art. 833, incisos IV e X, do Novo Código de Processo Civil, o MM. Juízo *a quo* indeferiu o pedido de desbloqueio e, ato-contínuo, deu por penhorados os valores bloqueados.

Segundo o Magistrado, mesmo nos casos de conta corrente que abarque valores percebidos a título de aposentadoria, as regras de impenhorabilidade devem ser mitigadas de modo a atender o interesse do credor, desde que não abranja a totalidade dos valores.

Ora, em que pesem as razões elencadas pelo Douto Juízo, tal entendimento não deve prevalecer.

Como cediço, o Novo Diploma Processual Civil, em seu art. 833, inciso IV, proíbe, de maneira geral, a penhora dos proventos adquiridos pelo devedor. Segundo o teor desse dispositivo, 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*

Acesso ao Sumário

sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º".

A letra expressa desse dispositivo legal, portanto, deixa estreme de dúvidas a natureza impenhorável desses bens.

Nessa linha, melhor conclusão é a de que a *mens legis* do citado art. 833, inciso IV, do NCPC, a teor de sua expressa dicção, é não apenas conservar para o devedor o mínimo indispensável a sua subsistência imediata, como também garantir-lhe a fruição dos bens adquiridos na conformidade daquele texto legal.

Nesta esteira, de se registrar o entendimento pacífico do Egrégio Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não é possível relativizar a regra acerca da impenhorabilidade dos vencimentos (1ª Turma, AgRg no REsp nº 585251-RO, Relator Ministro Benedito Gonçalves, v.u., publicado no DJ de 04.03.2015), contendo o v. acórdão a seguinte ementa:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. REMUNERAÇÃO. PENHORA. IMPOSSIBILIDADE.

1. A teor do disposto no artigo 649, IV, do CPC, é absoluta a impenhorabilidade dos vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios, as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, que apenas pode ser afastada nos casos de execução de alimentos, o que não é o caso dos autos. Precedentes: AgRg no AREsp 407.833/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 3/2/2015; REsp 1.211.366/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 13/12/2011; AgRg no REsp 1.127.084/MS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 16/12/2010.

2. Agravo regimental não provido".

Por último, com relação ao valor depositado em caderneta de poupança, que também não foi objeto de liberação pelo Magistrado, cumpre destacar que se mostra impenhorável à luz do art. 833, inciso X, do NCPC, pois inferior ao limite de 40 salários mínimos.

Sobre o tema vale registrar:

"EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL - PENHORA ON LINE - Comprovação de que o bloqueio atingiu valores depositados em contas poupança e salário - Impenhorabilidade reconhecida - Artigo 649, IV e X, do CPC - Cancelamento da ordem determinada - Agravo provido para esse fim" (TJSP, Al n" 719 477-7/8-00, 23" Câmara de Direito Privado, Rel. Des RIZZATTO NUNES, julgado em 20/02/2008).

Uma vez perfilhado tal entendimento, então, e considerando a regra

insculpida no art. 805, do NCPC – "*Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado*" –, cumpre reformar a decisão agravada, a fim de acolher-se o pedido de desbloqueio formulado pela agravante.

Na conformidade do exposto, então, e para o fim enunciado, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2237405- 96.2016.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante TRANSERP – EMPRESA DE TRÂNSITO E TRANSPORTE S/A, é agravada MARIA CRISTINA STRINGHINI CAMPANHA.

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 14.664)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO DELBIANCO (Presidente) e VERA ANGRISANI.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2017.

CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Tutela antecipada. Infração de trânsito. Autuação por agente da sociedade de economia mista. Decisão agravada que suspende todos os efeitos decorrente do auto de infração aplicado pela agravante, por se tratar de sociedade de economia mista. Manutenção. Ausência da verossimilhança das alegações. Repercussão geral sobre o tema reconhecida pelo C. STF. Decisão que não é teratológica e está devidamente fundamentada. Inteligência do art. 273 do CPC. Ação civil pública ajuizada em face da agravante cujo julgamento em segundo grau determinou que deixasse de autuar e impor multas de trânsito. Autuação, contudo, que foi lavrada com base em aferição por equipamento eletrônico (radar), devendo prevalecer. Decisão reformada. Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de liminar interposto por Transerp Empresa de Trânsito e Transporte Urbano de Ribeirão Preto S.A. contra a r. decisão de fls. 27/28, que deferiu o pedido de tutela antecipada pleiteado por Maria Cristina Stringhini Campanha, nos autos da ação declaratória de nulidade de auto de infração, ajuizada pela agravada, para suspender todos os efeitos do auto de infração nº E26040441, até nova determinação.

Sustenta a agravante, em síntese, que deveria prevalecer na espécie a presunção de legalidade do ato administrativo, que não teria sido elidida pela agravada. Alega que o auto de infração questionado foi registrado por radar fotográfico e não por agente civil de trânsito, empregado da agravante. Afirma a possiblidade de uma sociedade de economia mista aplicar multas, diante da tramitação reconhecimento de repercussão geral no STF, relativa a esta matéria, que está longe de transitar em julgado, de forma que não se pode admitir a impunidade de trânsito, como pretende a agravada. Pugna pelo provimento do recurso.

A liminar foi deferida às fls. 63/64.

A agravada não apresentou contrarrazões, tampouco houve oposição das partes ao julgamento virtual (fls. 68).

É o relatório.

1. Cuida-se de ação de rito ordinário ajuizada pela agravada em face da Transerp Empresa de Trânsito e Transporte Urbano de Ribeirão Preto S.A., pretendendo seja declarada nula a autuação de trânsito, por se tratar a ré, ora agravante, de sociedade de economia mista.

A r. decisão agravada, sob o entendimento de vedação de delegação dos atos de polícia aos particulares, já que a ré se trata de sociedade de economia mista, deferiu o pedido de tutela antecipada, razão pela qual se insurge a agravante.

Acesso ao Sumário

2. Note-se que efetivamente questionável a possibilidade de funcionários de sociedade de economia mista aplicar multas de trânsito.

Nesse aspecto, a regulamentação urbana que compete aos Municípios tem caráter supletivo, atrelado ao reconhecimento da predominância do interesse local quanto à matéria.

O art. 24, inciso VI, e art. 25, ambos do Código de Trânsito Brasileiro, assim dispõem:

> "Artigo 24 - Compete aos órgãos e entidades executivos de trânsito dos Municípios, no âmbito de sua circunscrição:
>
> [...]

VI - executar a fiscalização de trânsito, autuar e aplicar as medidas administrativas cabíveis, por infrações de circulação, estacionamento e parada previstas neste Código, exercício regular do Poder de Polícia de trânsito;

[...]

Artigo 25 - Os órgãos e entidades executivos do Sistema Nacional de Trânsito poderão celebrar convênio delegando as atividades previstas neste Código, com vistas à maior eficiência e à segurança para os usuários da via."

É certo, por outro lado, que a delegação prevista em lei não pode ser ilimitada, sobretudo quando se tratar de pessoas jurídicas de direito privado, como no caso em apreço, havendo necessidade, portanto, de autorização legislativa específica.

3. Nesse contexto, a aplicação de sanção por infração de trânsito é ato típico do poder de polícia da Administração Pública, já que implica a limitação do exercício do direito de propriedade e da liberdade do particular, em prol do interesse público.

Contudo, no caso em exame, **pelos documentos de fls. 42/43, a multa questionada seria decorrente de infração aferida por radar eletrônico.**

Logo, deve ser afastada a antecipação de tutela.

4. Note-se, igualmente, que foi ajuizada ação civil pública em face da Agravante, já julgada em segundo grau, que acolheu em parte as pretensões e determinou que a Agravante deixasse de autuar e impor multas de trânsito:

Apelação/Atos Administrativos 0043813-34.2011.8.26.0506

Relator(a): Osvaldo de Oliveira

Comarca: Ribeirão Preto

Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 30/04/2014

Data de registro: 12/05/2014

Ementa: NULIDADE DA SENTENÇA - Descumprimento do ônus da prova pelo autor (CPC, art. 333, I) - Inocorrência - Elementos dos autos suficientes à formação de juízo acerca do mérito do litígio - Preliminar rejeitada. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO - Inocorrência - A ação se funda na possibilidade de a empresa de economia mista exercer poder de competência do município - Preliminar rejeitada. AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PODER DE POLÍCIA - TRÂNSITO - DELEGAÇÃO DOS ATOS DE FISCALIZAÇÃO E SANÇÃO À SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - Impossibilidade do exercício de atividades de autuação e imposição de sanções por infração de trânsito por sociedade de economia mista - Somente os atos de fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público - Precedentes do STJ - Ação julgada parcialmente procedente - Preservação da

Acesso ao Sumário

sentença - Recursos não providos.

Com efeito, a Agravante é sociedade de economia mista dotada de personalidade jurídica de direito privado, não havendo lei que lhe atribua competência para o exercício do poder de polícia.

Nesse sentido, o seguinte precedente:

Agravo de Instrumento 0143954-56.2013.8.26.0000

Relator(a): Luciana Bresciani

Comarca: Ribeirão Preto

Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 27/05/2014

Data de registro: 04/06/2014

Ementa: Tutela antecipada – TRANSERP – Sociedade de Economia Mista – Fiscalização e aplicação de multas de trânsito – Delegação de parcela do poder de polícia – Tutela antecipada deferida – Julgamento de apelação em ação civil pública relacionada à questão – Ausência de elementos que autorizem a reforma da r. decisão agravada – Recurso desprovido.

Essa questão, inclusive, é objeto de repercussão geral, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (tema 532), mas ainda pendente de julgamento, quanto ao artigo 30 da Constituição Federal:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DE MULTA DE TRÂNSITO POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PODER DE POLÍCIA. DELEGAÇÃO DOS ATOS DE FISCALIZAÇÃO E SANÇÃO A PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestaram os Ministros Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Carmen Lúcia e Rosa Weber (Repercussão Geral no RE com Ag nº 662.186-MG, rel. Ministro Luis Fux, j. 22-03-2012).

Logo, deve ser afastada a antecipação quanto à multa lavrada através de radar (nº E26040441).

Deste modo, de rigor a revogação da antecipação da tutela.

Por ora, essa a análise cabível, **sob pena de se adentrar no mérito da ação, o que não se admite na estreita via do agravo de instrumento.**

5. Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, uma vez que, em se tratando de prequestionamento, é desnecessária a citação dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida.

Isto posto, **o recurso é conhecido e provido**, para reformar a r. decisão de fls. 27/28 e afastar a antecipação de tutela quanto à autuação de fls. 42/43 destes autos (decorrentes de atuação de radar).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2242739-14.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado SABÓ INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE AUTOPEÇAS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª 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 20.296)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente) e RUBENS RIHL.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2017.

LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: EXECUÇÃO FISCAL – Nomeação de bem à penhora – Indeferimento anterior mantido em sede de agravo de instrumento – Ausência de prova de mudança da situação fática – Nova decisão que aceitou a indicação de bens à penhora – Inteligência dos artigos 11 da Lei nº 6.830/80 e 835 do CPC – Decisão reformada – Recurso provido.

VOTO

Agravo de instrumento contra a decisão de fl. 192 (fl. 177 dos autos de origem), que indeferiu o pedido de constrição de ativos financeiros e deferiu nova indicação de bens à penhora pela agravada.

Recorre a excipiente alegando que o art. 655 do CPC/73 dava preferência à penhora de dinheiro e ativos financeiros e que a requisição de informações sobre ativos financeiros em nome do executado é legal. Invoca a orientação no julgamento do REsp nº 1112943, sob a sistemática dos recursos repetitivos, que entendeu não ser necessária o exaurimento da busca por bens passíveis de penhora após o advento da Lei nº 11.382/06. Pede o provimento do recurso para que seja determinada a constrição de ativos financeiros em nome da agravada (fls. 1-15).

Recurso tempestivo e que dispensa preparo (art. 1.007, § 1º, CPC); contraminuta às fls. 212-217, pugnando pela manutenção da decisão.

É o relatório.

Trata-se, na origem, de execução fiscal estadual ajuizada contra SABÓ

Acesso ao Sumário

INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE AUTOPEÇAS LTDA. para a cobrança de ICMS não declarado no período entre janeiro de 1995 e janeiro de 1997.

Devidamente citada (fls. 31), a agravada ofereceu à penhora maquinário de seu ativo imobilizado, o que foi indeferido (fl. 109), levando a interposição de agravo de instrumento, de minha relatoria, no qual foi reconhecida a precedência da penhora em dinheiro:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução fiscal – Nomeação de bem à penhora - Indeferimento – Recusa justificada do credor – Inteligência dos artigos 11 da Lei nº 6.830/80 e 620 do CPC – Decisão mantida – Recurso não provido".[1]

Após a notícia de julgamento do agravo de instrumento nos autos de origem, a agravada voltou a oferecer bens de seu ativo imobilizado para penhora (fls. 183-186), o que foi acolhido pela decisão agravada. Ao fazê-lo, no entanto, não trouxe nenhum elemento novo que evidenciasse agravamento de sua situação financeira, motivo pelo qual não há alternativa senão a reforma da decisão agravada.

Embora a execução deva ser realizada de maneira menos onerosa para o devedor, permanece a obrigação de que a execução se realize em favor do credor. Por isso "A nomeação de bens à penhora deve obedecer a ordem legal. Caso não siga a vocação, não quer dizer que a nomeação pelo credor seja automaticamente ineficaz. Só será ineficaz, se trouxer, como no caso concreto, prejuízo ou dificuldades para a execução" (RSTJ 107/135).

Os bens indicados, na primeira vez e na petição de fls. 183-186 não obedecem a ordem legal e trazem dificuldades para a execução pois são de difícil alienação. Ademais, as recusas, por parte da exequente, sempre foram fundamentada e as razões expostas justificam a não aceitação da nomeação realizada, permanecendo a obrigação de garantir a execução.

Anoto que a agravante é empresa de grande porte, com capital social de R$ 124.004.222,00 (cento e vinte quatro milhões quatro mil duzentos e vinte dois reais fl. 54), de modo que não é possível reconher, de plano, a inexistência de outros bens penhoráveis, nem mesmo as dificuldades financeiras alegadas, já rejeitadas no julgamento do agravo de instrumento supramencionado e sem que tenham sido juntados novos elementos nesse sentido.

Deste modo, a decisão recorrida deve ser reformada, aplicando-se o art. 11 da Lei nº 6.830/80 e o art. 835 do CPC.

Ante o exposto, meu voto é pelo provimento do recurso para que a execução fiscal prossiga com a constrição de ativos financeiros em nome da agravada.

Acesso ao Sumário

1 Agravo de Instrumento nº 2026422-27.2013.8.26.0000, j. 10.12.2013, DJe 13.12.2013.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2188130-81.2016.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é agravante D. A. S. ((REPRESENTADO(A) POR SUA MÃE) F. B. A., é agravado I. M. DE A. À S. DO F. DE S. B. DO C. I..

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 28.167)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO DELBIANCO (Presidente) e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2017.

VERA ANGRISANI, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de obrigação de fazer. Pedido de tutela de urgência objetivando a continuidade dos tratamentos nas áreas de psicoterapia, equaterapia, terapia fonoaudiológica, musicoterapia e terapia ocupacional, sob a alegação de que o agravante é portador de síndrome do espectro autista e de diabetes. Inadmissibilidade. Hipótese em que, ao menos por ora, não se vislumbra a probabilidade do direito invocado, como também o perigo de dano, já que sua genitora vem arcando com o tratamento. Decisão mantida. Recurso conhecido e não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por D.A.S. (MENOR REPRESENTADO POR SUA MÃE) contra a r. decisão de fls. 26/27 que, nos autos da ação de obrigação de fazer ajuizada em face do INSTITUTO MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DO FUNIONALISMO DE SÃO BERNARNDO DO CAMPO – IMASF, indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, forte na tese que não estar presente a probabilidade do direito invocado.

Alega, em síntese, o agravante que mantém convênio de assistência médico hospitalar com o agravado, como dependente de sua avó materna, I.M.B.A. Sustenta que é portador de síndrome do espectro autista e de diabetes e necessita dar continuidade aos tratamentos nas áreas de psicoterapia, equaterapia, terapia fonoaudiológica, musicoterapia e terapia ocupacional. Diz que o IMASF não possui profissionais especializados credenciados nestas áreas e se nega a custear referidos tratamentos.

Diante dessa recusa, a genitora do agravante vem arcando com o tratamento até agora. Aduz que se não der continuidade ao tratamento indicado terá sua integridade física comprometida, mormente por se cuidar de caso neurológico grave (autismo). Ressalta que estão presentes os requisitos legais autorizados da antecipação da tutela, bem assim que o agravado tem sua atividade voltada como prestador de serviço de Plano de Saúde, cobra mensalidades, e, portanto, sujeita-se às normas do Código de Defesa do Consumidor e da ANS. Busca a reforma da r. decisão agravada.

Os autos formam encaminhados à Câmara Especial, cuja decisão de fls. 31/32, proferida pelo E. Desembargador Dr. Luiz Antônio de Godoy, representou ao E. Vice-Presidente deste Tribunal de Justiça, por entender que a matéria é de competência de uma das Câmaras de Direito Público.

À fl. 35, referida representação foi acolhida e determinada a redistribuição dos autos a uma das Câmaras da Seção de Direito Público.

Recurso processado sem efeito suspensivo. Dispensado o procedimento para o agravado responder, posto que ainda não formada a relação processual. O Procurador de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls. 44/46).

É o relatório.

O recurso comporta conhecimento e não provimento.

Com efeito, para que seja concedida a tutela de urgência há de haver a demonstração inequívoca do alegado, apta a levar o Juiz à convicção de sua verossimilhança, não bastando a mera aparência de verdade.

Assim, ao analisar a exordial e a prova documental juntada, o Magistrado fará então um juízo de valor acerca da verossimilhança das alegações do autor, e caso não obtenha um juízo inicial de convencimento, poderá aguardar o oferecimento da contestação ou mesmo a realização da instrução, quando então terá elementos suficientes para a formação da sua convicção.

Em que pese se observe a relevância dos argumentos lançados na inicial pelo agravante, no caso, o douto Magistrado não se convenceu, "prima facie", da verossimilhança das alegações constantes na inicial da ação e nos documentos juntados aos autos, entendendo ausentes os requisitos para a concessão da medida pretendida, quais sejam: a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, conforme o disposto no art. 300, do

Novo Código de Processo Civil.

E, neste aspecto, verifica-se que de fato não estão devidamente demonstrados.

O Instituto Municipal de Assistência à Saúde do Funcionalismo de São Bernardo do Campo – IMASF, autarquia municipal, foi criado com a finalidade de prestar assistência médico-hospitalar e serviços afins aos seus beneficiários, nos termos da Lei Municipal nº 5.078, de 5/9/2002.

O IMASF funciona por auto-gestão, com receitas advindas das contribuições mensais dos servidores e por contribuição do Município, segundo a citada LM nº 5.078/2002.

O art. 7, da LM nº 5.078/2002 estabelece que: "O IMASF concederá aos beneficiários atendimentos ambulatorial, hospitalar e hospitalar com obstetrícia, em redes de atendimento constantes dos planos".

Nesta sede recursal, sem adentrar no mérito propriamente dito, a relação mantida entre as partes não decorre de contrato de adesão, mas sim de disposição legal, tal como posto na r. decisão agravada.

Sendo assim, o agravado deverá obedecer ao disposto na lei municipal em comento e nas resoluções de seu conselho, as quais limitam os serviços prestados ao rol de procedimentos e eventos concernentes à saúde.

De se consignar que em não havendo profissionais especializados para o tratamento a que alude o agravante, não há como obrigar o Instituto Municipal a arcar com os respectivos pagamentos, sob pena de afronta ao princípio da legalidade.

Seja como for, em cognição sumária, ao menos por ora, não se vislumbra a probabilidade do direito alegado.

Outrossim, também não está presente o perigo de dano, visto que até então a genitora do agravante vem custeando o tratamento de que ele necessita, conforme informação trazida na inicial deste recurso. Ademais, não há qualquer demonstração de ausência de condições financeiras da parte para dar continuidade ao tratamento até o desfecho da lide.

Por fim, a matéria em questão poderá ser examinada com maior profundidade, em cognição exauriente, na fase processual própria e adequada, perante o MM. Juízo 'a quo'.

Pelo exposto, **conhece-se e nega-se provimento** ao recurso. Deixo de fixar honorários advocatícios nesta via recursal, ante a regra limite prevista no artigo 85, § 11º, do CPC/2015, devendo observar o magistrado, no momento oportuno, a previsão contida no artigo 85 § 2º, IV, do CPC/2015.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2222903-55.2016.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante CLAYTON JOSE ARAÚJO MAIA (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado SECRETÁRIO MUNICIPAL DE TRANSPORTES DE CAMPINAS.

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. M.V., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.469/2016)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JARBAS GOMES, vencedor, LUIS GANZERLA (Presidente), vencido, LUIS GANZERLA (Presidente) e OSCILD DE LIMA JÚNIOR.

São Paulo, 27 de janeiro de 2017.

JARBAS GOMES, Relator Designado

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Liminar. Afastada a pretensão do agravante, motorista parceiro do aplicativo UBER, de obtê-la para o fim de impedir que a autoridade de trânsito pratique atos que restrinjam ou impossibilitem o exercício de sua atividade e aplique as sanções previstas em lei, ausentes a relevância da fundamentação e o risco de ineficácia da medida, se concedida ao final. Inteligência do artigo 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/09. Decisão subsistente.

RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Acesso ao Sumário

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão denegatória da liminar pleiteada em mandado de segurança preventivo, impetrado por *CLAYTON JOSE ARAÚJO MAIA*, que se identifica como motorista parceiro do aplicativo UBER, visando a impedir que a autoridade coatora, *SECRETÁRIO MUNICIPAL DE TRANSPORTES DE CAMPINAS*, sob o pretexto de tratar-se de transporte clandestino de passageiros, pratique atos que restrinjam ou impossibilitem o exercício de sua atividade e aplique as sanções previstas na Lei municipal nº 13.775/10.

Invocando os artigos 22, inciso IX, da Constituição Federal, que confere à União a prerrogativa de legislar sobre trânsito e transporte, 3º, 4º, inciso X, e 12

da Lei federal nº 12.587/11, esta que instituiu as diretrizes da política nacional de mobilidade urbana, 730 e 731 do Código Civil e 2º, 5º e 6º da Lei federal nº 12.468/11, pareceres de juristas, decisões de outros órgãos judicantes e artigos jornalísticos, sustenta o impetrante, ora agravante, em síntese, ostentar direito líquido e certo a prover serviços de transporte privado individual de passageiros. Pondera que a Lei municipal nº 13.775/10, que considera clandestino o transporte individual de passageiros que concorra com o serviço de táxi, este de caráter público, seria inconstitucional, por invadir a competência exclusiva da União para legislar sobre transporte e violar os princípios da isonomia, da livre iniciativa e da livre concorrência (artigos 1º, inciso IV, 5º, *caput*, 170, 218 e 219da Carta da República), além de ofender o direito de escolha do consumidor (artigo 6º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor). Aponta omissão legislativa do Município em proceder à regulamentação dos serviços prestados por meio do aplicativo, a implicar vedação indireta à atividade dos motoristas parceiros, sujeitando-os às sanções previstas na referida Lei municipal nº 13.775/10, muito embora não lhes seja aplicável. Requer, afinal, o acolhimento da insurgência.

Indeferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, os autos foram remetidos à Mesa.

É o breve relato.

A concessão de liminar em mandado de segurança está condicionada à presença simultânea da relevância da fundamentação e do risco de ineficácia da medida, caso seja deferida ao final (artigo 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/09).

Na hipótese, porém, esses requisitos não são manifestos.

Infirma a relevância da fundamentação, o fato de que, em princípio, a matéria regulada pela Lei nº 13.775/10, insere no âmbito de competência do Município, pois cabe-lhe "*legislar sobre assuntos de interesse local*" e "*organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial*" artigo 30, incisos I e V, da Constituição Federal).

Os argumentos deduzidos pelo próprio agravante evidenciam o interesse local e o caráter de serviço público da atividade sob exame. Ao invocar o artigo 6º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor e defender o direito do cidadão à livre opção, equipara, de forma induvidosa, os serviços oferecidos pelo aplicativo àqueles prestados pelos táxis.

A lei municipal em comento, que reputa como clandestino "*o transporte individual de passageiros que concorra ao serviço de táxi e sem autorização correspondente do órgão competente do artigo anterior, dentro dos limites do Município de Campinas*" (artigo 22, caput), não desrespeita os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência (artigos 1º, inciso IV, 5º, *caput*, 170, 218

Acesso ao Sumário

e 219 da Carta da República).

As salvaguardas constitucionais não podem ser utilizadas para encobrir atividades empresariais desordenadas, especialmente quando estas se destinam a suprir lacunas em serviços de interesse público, que envolvam a segurança do cidadão.

Daí a razoabilidade da condição imposta pelo legislador local, no sentido de que aqueles que pretendam atuar na prestação de serviços de transporte individual de passageiros estejam autorizados a fazê-lo.

Essa imposição compatibiliza-se com a Lei federal nº 12.587/12, seja no que toca ao seu princípio informador, pertinente à "*segurança nos deslocamentos das pessoas*" (artigo 5º, inciso VI), seja em relação aos encargos por ela cometidos aos Municípios, dentre eles os de "*planejar, executar e avaliar a política de mobilidade urbana, bem como promover a regulamentação dos serviços de transporte urbano*" e de "*prestar, direta, indiretamente ou por gestão associada, os serviços de transporte público coletivo urbano, que têm caráter essencial*" (artigo 18, incisos I e II), seja quanto às atribuições mínimas conferidas aos "*órgãos gestores dos entes federativos incumbidos respectivamente do planejamento e gestão do sistema de mobilidade urbana: I - planejar e coordenar os diferentes modos e serviços, observados os princípios e diretrizes desta Lei; II - avaliar e fiscalizar os serviços e monitorar desempenhos, garantindo a consecução* das metas de universalização e de qualidade; (...) VII - combater o transporte ilegal de passageiros" (artigo 22).

Reforça a convicção exposta o teor do artigo 12 da mencionada lei federal, ao estipular que "*os serviços de utilidade pública de transporte individual de passageiros deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas*".

Diante desse cenário, não é possível entrever, neste momento processual, o direito líquido e certo do agravante de atuar no transporte individual de passageiros, sem que satisfaça a exigência relativa à autorização do Poder Público, e de impedir que a Administração não lhe imponha as sanções previstas em lei.

Acesso ao Sumário

Como bem observou o MM. Magistrado a respeito:

> *"O serviço de transporte individual prestado pelos "parceiros" da empresa UBER encampam, entretanto, a tese de que prestam serviço privado e, dessa forma, não podem ser objeto de fiscalização e consequente aplicação de penalidades administrativas. Aliás, defendem que somente devem ser fiscalizados pelas condições de conservação e de segurança do veículo, mais documentos e regras gerais de trânsito.*
>
> *No entanto, confundem a iniciativa absolutamente privada de*

serviços com a prestação privada de serviço público, que é o caso do transporte individual.

Impossível classificar o serviço de transporte público como serviço de caráter absolutamente particular. Não ocorre e nunca ocorreu a possibilidade de aplicação do artigo 170, IV, da Constituição Federal a tais serviços. Em todos os lugares há regramento de taxistas, com licitação ou outra forma de permissão para a prestação do serviço que é PÚBLICO. (...) Tal serviço deverá ser verificado, cadastrado e fiscalizado pelo Poder Público. Sem dizer na necessidade de controle de veículos nas ruas da cidade e de quem sejam seus motoristas. (...)

A alegação de que o UBER tem regras rigorosas para a prestação de serviço não vence a necessidade de participação do poder público, nem que seja somente em regular a existência de tal serviço. (...) Há necessidade de regulamentação.

Dessa forma, a legislação municipal é plenamente eficaz e deve ser cumprida."

No mesmo sentido é o julgado emanado da C. 10ª Câmara desta Corte:

"TRANSPORTE REMUNERADO DE PASSAGEIROS. Campinas. Über. 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 aplicação da 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 rito processual eleito. – Liminar indeferida. Agravo desprovido."

(Agravo de Instrumento nº 2080652-14.2016.8.26.0000, rel. Des. Torres de Carvalho, j. em 23.5.2016).

Não colhem, tampouco, as alegações fundadas nos artigos 730 e 731[1] do Código Civil, porque essas disposições não dispensam regulamentação do transporte pelo Poder Público nem imunizam o agravante contra atos decorrentes do poder fiscalizatório do Município.

Inexistem, ainda, indícios de que, caso venha ser concedida somente ao final desta ação mandamental, a medida almejada torne-se ineficaz, do que, aliás, o agravante sequer cogitou.

Acesso ao Sumário

1 *"Artigo 730. Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas."*

"Artigo 731. O transporte exercido em virtude de autorização, permissão ou concessão, rege-se pelas normas regulamentares e pelo que for estabelecido naqueles atos, sem prejuízo do disposto neste Código."

Finalmente, acolher as razões recursais, desde logo e sem a necessária manifestação da autoridade coatora, implicaria conceder ao agravante, que não detém permissão ou autorização para o transporte individual de passageiros, salvo-conduto abrangente para atuar à margem da lei, blindando-o contra autuações decorrentes de ampla gama de infrações tipificadas por normas de distintas espécies, o que seria inadmissível por representar provimento jurisdicional de cunho equívoco e de teor impreciso.

Por esses fundamentos, subsiste integralmente a decisão atacada.

Como se vê, mais não é preciso dizer.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 27.144)

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Mandado de Segurança – Liminar para obstar a autoridade coatora de praticar atos que restrinjam ou impossibilitem o exercício da atividade de transporte individual de passageiros pelo sistema UBER no município de Campinas – Lei Municipal nº 13.775/2010 a qual veda o transporte de passageiros sem autorização – Presença dos requisitos autorizadores para a concessão da liminar – Proposta de provimento do recurso.

Ousei discordar do entendimento da douta maioria, composta pelos eminentes **DESEMBARGADORES JARBAS GOMES**, segundo juiz, e **OSCILD DE LIMA JÚNIOR**, terceiro juiz, no tocante a possibilidade de concessão da liminar para obstar a autoridade coatora de praticar atos que restrinjam ou impossibilitem o exercício da atividade de transporte individual de passageiros pelo sistema UBER no município de Campinas, pelos motivos abaixo expostos:

O recorrente, **Clayton José Araújo Maia**, impetrou mandado de segurança contra o **Secretário Municipal de Transportes de Campinas**, com intuito de que a autoridade impetrada se abstenha de praticar quaisquer atos de restrição ou impossibilidade do exercício da atividade de transporte privado individual, bem como de aplicação das sanções previstas na Lei nº 13.775/10.

Afirma exercer atividade remunerada com transporte de pessoas no

Acesso ao Sumário

sistema UBER e, por se tratar de transporte individual, com cumprimento de todas as obrigações previstas pelo administrador do aplicativo, não está sujeito à aplicação da Lei Municipal nº 13.775/10 e não pode ser considerado como transporte clandestino. Invoca da Lei Federal nº 12.587/12, a qual instituiu as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana e o art. 730 e seguintes do Código Civil. Pediu a liminar (fls. 31/43)

Sobreveio r. decisão de indeferimento da liminar, razão pela qual recorre o impetrante, na busca de inverter o decidido. Pede a tutela recursal (fls. 19/25 e 01/18).

Indeferida a tutela, as partes não se opuseram ao julgamento virtual.

É o relatório.

A matéria dispensa maiores providências, pois a autoridade agravada ainda não está representada no mandado de segurança (cfe. STJ, AgRg n.º 5.611-MA, rel. **MIN. LAURITA VAZ**, j. 26.11.02, DJU 03.02.03, pág. 298, Ed. RT, 36.ª ed., jan/2004).

Quando a lei alude a direito líquido e certo – explana **HELY LOPES MEIRELLES** – está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em ultima análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido e nem certo, para fins de segurança (Mandado de Segurança, pág. 36/37, Ed. Malheiros, 29.ª ed.).

Por se exigir situações e fatos comprovados de plano – continua o saudoso mestre – é que não há instrução probatória no mandado de segurança. Há, apenas, uma dilação para 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.

As provas tendentes a demonstrar a liquidez e certeza do direito podem ser de todas as modalidades admitidas em lei, desde que acompanhem a inicial, salvo no caso de documento em poder do impetrado (art. 6.º, parágrafo único) ou superveniente às informações. Admite-se, também, a qualquer tempo, o oferecimento de parecer jurídico pelas partes, o que não se confunde com documento. O que se exige é prova pré-constituída das situações e fatos que embasam o direito invocado pelo impetrante (op. e loc. cits.).

Os requisitos para concessão de medida liminar em mandado de segurança são aqueles previstos na Lei nº 12.016/09, ou seja, quando for relevante o fundamento (*fumus boni iuris*) e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida (*periculum in mora*).

No caso *sub examine*, em análise perfunctória, vislumbra-se a presença

Acesso ao Sumário

dos requisitos autorizadores da medida, pois embora seja de competência dos Municípios, na forma do artigo 30, incisos I e V, da Constituição Federal, a faculdade de legislar sobre assuntos de interesse local e organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial, a modalidade de transporte prestado pela UBER não pode ser classificada como transporte público e sim individual privado.

Registre-se, outrossim, o art. 22 da Lei Municipal nº 13.775/2010, de Campinas dispõe:

> **Art. 22. Considera-se transporte clandestino para efeitos desta Lei o transporte individual de passageiros que concorra ao serviço de táxi e sem autorização correspondente do órgão competente do artigo anterior, dentro dos limites do Município de Campinas.**

Contudo, não se pode considerar clandestino o transporte de passageiros, por motoristas particulares previamente cadastrados em aplicativos para celulares, nem mesmo se trata de serviço público, mas se enquadra no conceito de atividade econômica em sentido estrito, de natureza privada, regida pelo Código Civil.

Assim, embora seja de interesse público do Município legislar sobre os requisitos mínimos de segurança, higiene, conforto e qualidade, nos termos da Lei Federal nº 12.587/12, a qual instituiu as Diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana e assim regula o serviço público de transporte individual, há outros interesses os quais devem ser observados tais como o livre exercício da atividade econômica, livre iniciativa e livre concorrência e, ainda, ao direito de escolha do consumidor (art. 6º, II, da Lei nº 8.078/1990).

Nesse sentido, vv. arestos deste E. Tribunal de Justiça:

"MANDADO DE SEGURANÇA - Liminar - Campinas - Insurgência contra indeferimento da liminar para que a autoridade coatora se abstenha de praticar atos ou medidas que coíbam o exercício do transporte individual, na plataforma "UBER" - Admissibilidade - Indícios de existência de ofensa à liberdade de iniciativa, livre concorrência e ao direito de escolha do consumidor (art. 6º, II, do CDC) - Colendo Órgão Especial desta Corte que recentemente deferiu liminar para sustar imediatamente a eficácia da Lei nº 11.227/2015 do Município de Sorocaba, que dispõe acerca da proibição do uso de carros particulares cadastrados em aplicativos para o transporte remunerado individual de pessoas - Presença dos requisitos do art. 7º, III, da Lei nº 12.016/09 Recurso provido" (Agravo de Instrumento nº 2167588-42.2016.8.26.0000, rel. **DES. REINALDO MILUZZI**, j. 17.10.2016).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL IMPUGNADO. INDEFERIMENTO DE LIMINAR. PODER DE POLÍCIA. APREENSÃO DE VEÍCULO E IMPOSIÇÃO DE MULTA

Acesso ao Sumário

PELO EXERCÍCIO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS ATRAVÉS DO APLICATIVO "UBER". PRESSUPOSTOS LEGAIS PARA CONCESSÃO DA LIMINAR. Preenchimento. Plausibilidade do direito invocado configurada. Cognição não exauriente da matéria. Município de Campinas. Lei Municipal 13.775/10. Fiscalização e imposição de penalidades ao exercício clandestino da atividade de taxi. Lei municipal que elegeu a atividade como serviço público, passível, portanto, de fiscalização e controle de seu exercício no desempenho da função administrativa. Plausibilidade na alegação de que o serviço desempenhado pelo impetrante não configura atividade clandestina de táxi. Cognição sumária aponta para a incidência das regras constantes do regime jurídico de direito privado, informado pela autonomia das partes em pactuar contrato de transporte individual de passageiros. Incidência do Código Civil. No plano da cognição sumária, considera-se que não se caracteriza a efetiva concorrência entre os serviços, mas convivência paralela, cada qual atendendo as regras dos regimes jurídicos que lhes toca. Não atendimento dos princípios que informam a Administração Pública, como a impessoalidade, dado que é possível a rejeição de passageiros, e a modicidade da tarifa, dado que o preço do serviço oscila conforme a demanda. A plausibilidade da alegação se extrai da interpretação no sentido de que a matéria não se resolve sob o prisma do direito público, mas sim no ambiente do direito privado. Cognição superficial parece apontar para a não incidência da lei municipal sobre a atividade desempenhada pelo impetrante, motorista do serviço de transporte de passageiros denominado "Uber". Deferimento da liminar para o fim de impedir que o Município pratique atos restritivos ao exercício de sua atividade profissional. Decisão reformada. RECURSO PROVIDO" (AI nº 2095299-14.2016.8.26.0000, rel. **DES. JOSÉ MARIA CÂMARA JÚNIOR**, j. 17.08.2016)

"CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – LIMINAR – TRANSPORTE PRIVADO INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS – UBER – LEI MUNICIPAL – CLANDESTINIDADE – SANÇÕES ADMINISTRATIVAS – SUSPENSÃO.

1. Para concessão de liminar em mandado de segurança é necessária a concorrência dos requisitos da relevância da fundamentação e da irreparabilidade do dano (art. 7º, III, da Lei nº 12.016/09).

2. Atividade econômica disponibilizada pelo aplicativo UBER. Atividade considerada clandestina. Liminar para que o Município se abstenha de aplicar sanções administrativas. Admissibilidade. Transporte privado individual de passageiros (artigos 3º e 4º da Lei n° 12.587/12 e artigos 730 e 731 do Código Civil). Concorrência dos requisitos legais. Indícios da existência de ofensa à liberdade de iniciativa e livre concorrência. Liminar indeferida. Inadmissibilidade. Decisão reformada. Recurso provido" (AI nº 2124679-82.2016.8.26.0000, rel. **DES. DÉCIO NOTARANGELI**, j.

17.08.2016)

Destarte, presentes os requisitos que justificam a concessão da medida liminar, o caso seria de provimento do presente recurso.

Assim, pelo meu voto, *data venia*, **dava provimento** ao recurso interposto por **Clayton José Araújo Maia**, em relação ao mandado de segurança impetrado contra o **Secretário Municipal de Transportes de Campinas** (proc. n.º 1045980-43.2016.8.26.0114 – 2.º Ofício da Fazenda Pública de Campinas, SP), para conceder a liminar pleiteada.

LUIS GANZERLA, Desembargador, Relator sorteado vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2076982-65.2016.8.26.0000, da Comarca de Sumaré, em que é agravante LUIZ ANTONIO MARTAROLI, é agravado EMTU – EMPRESA METROPOLITANA DE TRANSPORTES URBANO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.837)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), NOGUEIRA DIEFENTHALER e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 10 de fevereiro de 2017.

FRANCISCO BIANCO, Relator

Ementa: RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – DIREITO ADMINISTRATIVO – VEÍCULO AUTOMOTOR – TRANSPORTE ESCOLAR – PRETENSÃO À LIBERAÇÃO PARA A CIRCULAÇÃO E TRANSPORTE DE PASSAGEIROS – LIMINAR – IMPOSSIBILIDADE. 1. O ato administrativo está, aparentemente, revestido de legalidade. 2. Liberação pendente, perante o DETRAN. 3. Ausência de "fumus boni iuris". 4. Decisão agravada, ratificada. 5. Recurso de agravo de instrumento, apresentado, pela parte impetrante,

Acesso ao Sumário

desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento, objetivando a reforma da r. decisão de fls. 26 (dos autos originários) que, em mandado de segurança, impetrado por Luiz Antônio Martaroli, contra ato coator do diretor da Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo – EMTU, indeferiu a liminar.

A parte agravante sustentou, em resumo, o seguinte: a) já providenciou a entrega do certificado de conclusão do Curso de Atualização de Transporte Escolar; b) o registro da informação, perante o DETRAN, poderá demorar até 60 dias, acarretando prejuízo financeiro à parte impetrante, que ficará impossibilitada de exercer as respectivas atividades profissionais. Por fim, postulou a atribuição de efeito ativo e, no mérito, o provimento do recurso.

Dispensadas as informações, o recurso, desprovido de preparo e tempestivo, foi processado, sem a atribuição de ativo.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se a fls. 34, sem interesse na lide.

É o relatório.

O recurso de agravo de instrumento, apresentado pela parte impetrante, não comporta provimento, devendo prevalecer a r. decisão de Primeiro Grau, que deu a melhor solução ao caso concreto.

A parte agravante pretende, em sede recursal, a concessão da liminar, tendente à liberação de veículo automotor para a circulação e transporte de passageiros.

A concessão de liminar em mandado de segurança exige a coexistência dos requisitos estabelecidos no artigo 7º, III, da Lei Federal nº 12.016/09, ou seja, a relevante fundamentação do direito alegado e o risco de ineficácia da medida proposta.

Ademais, o exame dos requisitos necessários à concessão da liminar está afeto ao juízo *a quo*, cabendo a está instância recursal reapreciar a questão, apenas, para verificar se a decisão é teratológica, se foi proferida com abuso de poder ou padece de ilegalidade.

É dos autos que a parte agravante impetrou mandado de segurança, objetivando a liberação de veículo automotor para a circulação e transporte de passageiros. E, alegou, para tanto, que o prazo para a inserção dos dados perante o DETRAN é excessivo e acarretará prejuízo ao desenvolvimento da respectiva atividade profissional.

Pois bem. A realidade dos autos indica, no caso concreto, que o *fumus*

Acesso ao Sumário

boni iuris não está presente, porquanto é necessária a atualização dos dados da parte impetrante, perante o DETRAN.

De outra parte, a despeito dos documentos apresentados (fls. 19/25), verifica-se que a própria parte impetrante esclareceu nas razões recursais que o veículo automotor, ainda, não foi liberado para o transporte escolar, perante o sistema do DETRAN.

Finalmente, na hipótese em exame, não é possível verificar, de plano, a presença de nenhuma ilegalidade manifesta no ato administrativo ora impugnado, de modo que a matéria deverá ser decidida nos autos principais, após a instrução e contraditório, sendo inviável a alteração, por ora, do quanto decidido em Primeiro Grau.

Portanto, o indeferimento da liminar era mesmo de absoluto rigor, não comportando nenhuma alteração.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso de agravo de instrumento, apresentado pela parte impetrante, ratificando, na íntegra, a r. decisão recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2187650-06.2016.8.26.0000, da Comarca de Taboão da Serra, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado ENRICO CORDELLA.

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, nos termos que constarão do acórdão. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.172)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JARBAS GOMES (Presidente) e LUIS GANZERLA.

São Paulo, 15 de fevereiro de 2017.

AROLDO VIOTTI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Execução Fiscal. Decisão agravada que, acolhendo exceção de pré-executividade, excluiu gerente-delegado da empresa executada do polo passivo da execução. Agravo da Fazenda Estadual objetivando a reversão da decisão. Acolhimento. Responsabilização do gerente que figura na Certidão

de Dívida Ativa. Inteligência do artigo 135 do Código Tributário Nacional. Responsabilidade pessoal e solidária. Dívida ativa regularmente inscrita possui presunção de liquidez e certeza. Presunção de natureza relativa que pode ser elidida por prova inequívoca do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite. Recurso provido.

VOTO

I. A FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO interpõe o presente Agravo de Instrumento contra a r. decisão do D. Juízo de Direito do Setor de Anexo Fiscal da Comarca de Taboão da Serra, que, em Execução Fiscal movida originalmente contra SARMAS DO BRASIL LTDA. e OUTROS (processo nº 0003229-14.2005.8.26.0609), acolheu exceção de pré- executividade oposta por ENRICO CORDELLA, para excluí-lo do polo passivo da Execução Fiscal, ao fundamento de que inexiste comprovação de que o gerente-delegado tenha agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social, estatuto ou lei, julgando extinta a execução fiscal em relação a ele, por ilegitimidade passiva "ad causam", nos termos do artigo 485, VI, NCPC, condenada a exequente ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 5% (cinco por cento) do valor atualizado da causa (fls. 09/12 destes autos digitais).

Nas razões, sustenta que a responsabilidade do gerente-delegado decorre: a) "*da sua inclusão na CDA – Certidão de Dívida Ativa, de sorte que eventual comprovação acerca dos requisitos do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, está a cargo daquele, e não da exequente, como quer fazer crer a decisão agravada.*" (textual – fls. 04); b) do fato de que ele "*ocupava, à época dos fatos geradores do imposto, o cargo de gerente, o que afasta a sua afirmação em sentido contrário (fl. 61, dos autos da execução), bem como um dos fundamentos da decisão agravada, segundo o qual aquele não mais possuía poderes de gerência quando da dissolução irregular*." (textual – fls. 05), segundo cadastro da JUCESP; c) da dissolução irregular da empresa que restou comprovada nos autos, o que faz incidir o disposto na Súmula nº 435, do STJ. Pede o provimento do recurso, para ser o ora agravado mantido no polo passivo da presente Execução Fiscal. O agravado ofertou contraminuta a fls. 80/92 destes autos. Este, em síntese, o relatório.

II. O presente recurso comporta acolhida.

Trata-se de Execução Fiscal ajuizada em abril de 2005, para cobrança de débito de ICMS exigido através de AIIM nºs 2127801-5, 2127802-7 e 2127803-9 (fls. 14/24), tendo sido constatado o encerramento irregular da empresa-executada, SARMAS DO BRASIL LTDA., em outubro de 2006, novembro

Acesso ao Sumário

de 2008 e novembro de 2011 (fls. 48, 63 e 67/68). Posteriormente, a Fazenda requereu o redirecionamento da execução contra os sócios e gerente-delegado, dentre eles ENRICO CORDELLA. Referido gerente-delegado opôs exceção de pré-executividade (fls. 25/40 destes autos digitais), na qual postulou sua exclusão do polo passivo, tendo sido acolhida pela r. decisão combatida, que é do seguinte teor (traslado de fls. 09/12):

"Vistos.

Trata-se de exceção de pré-executividade oferecida por ENRICO CORDELLA nos autos da execução fiscal que lhe move a FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Alega, em síntese, inexistir fundamento legal para que figure no pólo passivo da execução fiscal em questão, originalmente movida contra a empresa Sarmas do Brasil Ltda., da qual foi gerente delegado entre os anos de 2002 e 2005. Sustenta que a Fazenda Pública não comprovou que agiu com dolo, excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatuto, não figurava nos quadros da empresa na época da dissolução irregular, de forma que a sua inclusão no pólo passivo é ilegal.

Regularmente intimada, a exeqüente ofereceu resposta, alegando que não é cabível a exceção de pré-executividade, a qual se destina unicamente à alegação de nulidades absolutas, não sendo esta a hipótese dos autos. Sustenta, por fim, a legitimidade do excipiente para figurar no pólo passivo da demanda, haja vista a prática de atos de gerência na época em que o crédito tributário foi constituído (fls. 534/539).

É o relatório.

DECIDO.

Assinale-se, inicialmente que a matéria aduzida na exceção de pré-executividade, por se tratar de matéria de ordem pública, pode e deve ser conhecidas de ofício pelo juiz, independentemente, portanto, do oferecimento de embargos.

E a exceção comporta acolhimento.

A aplicação do disposto no artigo 135, III, do Código Tributário Nacional não encontra fomento jurídico na hipótese já que o não recolhimento do imposto no prazo regulamentar não importa automaticamente na responsabilidade vislumbrada pelo exequente, mesmo porque cometida a infração, no caso, pela pessoa jurídica, não havendo, sem que tenham praticado atos abusivos ou contrários à lei ou ao contrato social, como se incluir, de plano, o gerente delegado da executada no pólo passivo da relação processual.

Com efeito, o não recolhimento do imposto no prazo regulamentar não pode ser equiparado à prática de ato contrário à lei para os fins do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, porquanto necessária, para a extensão da responsabilidade tributária, a existência de dolo ou fraude, sem o que

Acesso ao Sumário

estaria desvirtuado o princípio de que é sempre subsidiária a responsabilidade dos administradores da pessoa jurídica, consoante, afigura- se oportuno consignar, se tem decidido a respeito: (...).

E no caso, o excipiente já não figurava nos quadros da empresa quando houve a dissolução irregular, conforme se verifica às fls. 57/62.

Logo, não tendo a Fazenda Pública demonstrado a ocorrência de quaisquer fatos capazes de estender ao administrador a responsabilidade pelo pagamento da dívida contraída pela empresa, não há como se deixar de reconhecer que ele efetivamente não ostenta legitimidade passiva ad causam.

Diante do exposto, acolho a exceção e declaro extinta a execução fiscal com relação ao co-executado ENRICO CORDELLA, com fundamento no artigo 485, VI, do Código de Processo Civil.

Por força da sucumbência, condeno o excepto ao pagamento de honorários advocatícios que arbitro em 5% do valor atualizado da causa, com fundamento no artigo 85, § 3º, III, do CPC.

P.R.I.C.".

Com razão a agravante.

Em primeiro lugar, o denominado "redirecionamento" da Execução Fiscal no que respeita ao agravado, ENRICO CORDELLA, ter-se-ia dado em 2012 (fls. 76), com esteio no artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, "in verbis": "***São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: (...) III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado***".

O fato apontado como vulnerador da lei e dos estatutos da sociedade, e que ensejaria o redirecionamento da execução contra o gerente-delegado, consistiu no encerramento irregular da empresa-executada, que, segundo a inequívoca certidão das Oficiais de Justiça, providas de fé pública, teria paralisado suas atividades no endereço constante da inicial e de seu cadastro junto ao Fisco (fls. 48 e 63). Em esfera de exceção de pré-executividade, estranha a toda e qualquer dilação probatória, isto já se mostraria bastante ao "redirecionamento".

De todo modo, não se trata a rigor de "redirecionamento". A Execução Fiscal tem por objeto débito de ICMS exigido através de AIIM – Autos de Infração e Imposição de Multa. Como é da letra da lei, "***a dívida regularmente inscrita goza da presunção de liquidez e certeza e tem o efeito de prova pré-constituída".*** Essa presunção ***"é relativa e pode ser elidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite***" (artigo 204, e seu parágrafo único, do Código Tributário Nacional).

No caso dos autos, o nome do gerente-delegado e ora agravado, ENRICO CORDELLA, figura na Certidão de Dívida Ativa nº 982002 (fls. 16 destes autos

Acesso ao Sumário

digitais).

A execução podia "ab initio" ter sido contra ele direcionada, daí não se afigurar de maior relevância a questão concernente a se haver caracterizado ou não a dissolução irregular da empresa.

Sua responsabilidade, portanto, é pessoal e de natureza solidária, fundada no artigo 135 do Código Tributário Nacional: "***A grande diferença entre a regra atual (art. 135) e a do dispositivo acima transcrito (art. 134) é que a responsabilidade deixa de ser supletiva para assumir um caráter de solidariedade. A justificativa é plausível: aqui, há a prática de um ato ilícito pelo responsável, seja violando a lei, seja desrespeitando o contrato ou o estatuto da sociedade em que trabalha***" (LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA, in VLADIMIR PASSOS DE FREITAS "et allii", "Código Tributário Nacional Comentado", Editora Revista dos Tribunais, 5ª edição, pág. 725).

A inclusão desse excipiente, ora agravado, no polo passivo da execução não decorre, portanto, de eventual desconsideração da personalidade jurídica ou de redirecionamento da execução fiscal. Há presunção legal de que o aludido excipiente-agravado agiu com excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos. É a presunção expressa no citado art. 204 do CTN, e reproduzida no artigo 3º da Lei de Execução Fiscal. Incumbia, portanto, ao agravado o ônus de produzir prova bastante a elidir a presunção emergente do título executivo.

Nesse sentido, precedente do Col. Superior Tribunal de Justiça:

"2. Conforme assentado em precedentes da Seção, inclusive sob o regime do art. 543-C do CPC (Resp 1104900, Min. Denise Arruda, sessão de 25.03.09), não cabe exceção de pré-executividade em execução fiscal promovida contra sócio que figura como responsável na Certidão de Dívida Ativa – CDA. É que a presunção de legitimidade assegurada à CDA impõe ao executado que figura no título executivo o ônus de demonstrar a inexistência de sua responsabilidade tributária, demonstração essa que, por demandar prova, deve ser promovida no âmbito dos embargos à execução." (STJ, REsp 1.110.925-SP, Primeira Turma, j. 22.04.2009, Rel. o Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI – sublinhou-se).

Ademais, diferentemente do que alegou o excipiente-agravado na Exceção de Pré- executividade, ele fazia parte da sociedade no período em que ocorreram as infrações relativas ao pagamento do imposto. As infrações ocorreram no período de janeiro de 2000 até dezembro de 2001 (fls. 15/24) e, segundo o constante no Cadastro da Junta Comercial do Estado de São Paulo – JUCESP, o ora agravado, ENRICO CORDELLA, foi gerente-técnico, gerente-delegado e administrador da empresa-executada, no período de janeiro de 1998 até setembro de 2005 (fls. 70/75).

Em tais circunstâncias, não se vê, com renovada vênia, como excluir o agravado do polo passivo da presente Execução Fiscal. É ele, realmente, parte legítima, cumprindo, pois, dar provimento ao presente agravo para, rejeitar a exceção de pré-executividade, mantendo ENRICO CORDELLA na execução fiscal.

III. Por todo o 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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2147156-02.2016.8.26.0000, da Comarca de Serra Negra, em que é agravante MUNICÍPIO DE SERRA NEGRA, é agravado BULK & BULK HOTEIS E TURISMO LTDA.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.785)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI e BURZA NETO.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2017.

BEATRIZ BRAGA, Relatora

Ementa: Anulação de Débito Fiscal – Discussão acerca do IPTU/ITR – Tutela de Urgência Antecipatória para sustação de protesto. Deferimento – Cognição sumária – Probabilidade do direito e perigo de dano presentes. Reversibilidade eventual revogação do provimento antecipado permitirá a cobrança. As demais alegações serviram para, momentaneamente, justificar o poder geral de cautela adotado na hipótese proteção de direito do devedor diante de possível dano irreparável. Nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão fls. 64 que deferiu pedido antecipatório para suspender os efeitos do protesto, nos autos da ação de anulação de débito fiscal ajuizada por **Bulk & Bulk Hoteis e Turismo Ltda.** em face do **Município de Serra Negra.**

Sustenta o agravante a nulidade da decisão concessiva da antecipação (falta de fundamentação); não há prova do fundado receio de dano ou de difícil reparação; a área tributada é utilizada para fins urbanos; o protesto é meio possível para coação do devedor ao pagamento, chancelado pela jurisprudência do STJ e por lei municipal autorizativa (fls. 01/17).

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo (fls. 180).

Em contraminuta, pugna o agravado pela manutenção da decisão recorrida; o processo administrativo que decorre a tributação está eivado de vícios e foi interposto recurso com efeito suspensivo que impede a cobrança do referido imposto; há decisão transitada em julgado que lhe permite aferir pela ocorrência de ITR e não IPTU; suas atividades são tipicamente rurais; possibilidade de bitributação em caso de pagamento (fls. 182/200).

É o relatório.

Cinge-se a controvérsia acerca da possibilidade de concessão de tutela antecipada e do preenchimento de seus requisitos.

Primeiramente, a decisão agravada está fundamentada. O juiz expôs com clareza o correspondente à probabilidade do direito (consubstanciada pelo conjunto probatório elencado a fls. 70/1.103 dos autos originários), bem como sustentou estar presente o perigo de dano, "*consistentes em restrições financeiras e eventualmente quebra da empresa com demissão de funcionários e demais problemas relativos busca de crédito em instituições bancárias*".

No que tange à possibilidade do protesto da CDA é uníssono o entendimento no sentido de ser permitida tal medida, pois a lei 12.767/12 incluiu o parágrafo único ao artigo 1º da Lei 9.492/97 o qual estabelece que:

"Art. 1º: Protesto é ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.

Parágrafo único: Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas". **(grifo nosso)**

Ademais, a lei supramencionada já foi objeto de análise pelo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça no julgamento da arguição de inconstitucionalidade nº 0007169-19.2015.8.26.0000. Na ocasião, entendeu-se pela constitucionalidade da lei. Eis a ementa do julgado:

Arguição de inconstitucionalidade. Lei 12.767/2012, que acrescentou

dispositivo à Lei nº 9.492/97 de modo a admitir extração de protesto de certidões de dívida ativa. Alegação de falta de pertinência temática entre a emenda legislativa que acrescentou aquela disposição e o teor da Medida Provisória submetida a exame. Irrelevância. Pertinência temática que a Constituição da República só reclama nos casos nela indicados em "numerus clausus", rol que não compreende o tema em questão. Sanção presidencial que, ademais, validou o acréscimo feito pelo Legislativo, perdendo sentido, destarte, discussão sobre a regularidade formal daquela modificação. Inconstitucionalidade não reconhecida Arguição desacolhida. (Relator(a): Arantes Theodoro; Comarca: Mogi das Cruzes; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 29/04/2015; Data de registro: 18/05/2015).

O Superior Tribunal de Justiça também já se pronunciou sobre o assunto no Resp 1.126.515/PR.

De fato, apesar de possível, cabe esclarecer que os efeitos do protesto podem ser mitigados em existindo eventual pedido de tutela de urgência aferida pela presença dos requisitos autorizadores e que exigem apenas cognição sumária, reservada a cognição exauriente para o momento da sentença.

No mais, o juiz deve ter em mente o princípio da proporcionalidade ao conceder ou negar a medida, prevendo quais consequências são menos gravosas, se aquelas geradas pela antecipação do provimento ou se as que decorrem do seu indeferimento, como atos de cobrança contra o agravado por tributo duvidosamente legal.

No caso, é plausível a alegação de ofensa à decisão judicial já transitada em julgado, em que se discutiu, aparentemente, a mesma situação jurídica que se pretende a ação anulatória originária. Também o fato de o agravado ser tributado de forma diferente, no mesmo terreno, apesar de comprovar atividades pastoris e/ou agropecuária – corroborado pelo contrato social em que se prevê a "exploração de atividades agropecuários em imóveis próprios ou de terceiros", pode caracterizar eventual bitributação, ensejando o risco de dano.

Segundo o entendimento do STJ, possível a suspensão dos efeitos dos protestos quando *I – há discussão judicial do débito; II – a decisão cautelar de sustação de protesto de título insere-se no poder geral de cautela, previsto no art. 798 do CPC; e III – a sustação de protesto se justifica quando as circunstâncias de fato recomendam a proteção do direito do devedor diante de possível dano irreparável, da presença da aparência do bom direito e quando houver a prestação de contracautela*. (STJ, 3ª Turma, REspm 627.759/MG, rel. Min. Nancy Andrigui, j. em 25.04.2006, DJ 08.05.2006, p. 198).

Ademais, as consequências da manutenção do protesto, apesar de meio permitido, justificam o receio de dano.

No mais, o provimento antecipado para sustação é reversível, pois sua

Acesso ao Sumário

eventual revogação possibilitará à Fazenda Municipal buscar a satisfação de seu crédito.

Destarte, deve ser mantida a decisão de deferimento da antecipatória, sobretudo, em existindo caução de imóvel indicado pelo autor, como há.

Por fim, para viabilizar o acesso aos Tribunais Superiores, consideram-se prequestionadas as questões deduzidas e imprescindíveis à solução do caso, uma vez que, dirimida a controvérsia, tem-se como desnecessária a citação numérica de dispositivos de lei, conforme entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça (*EDcl no RMS 18205/SP, Min. Felix Fischer, DJ 8.5.2006*).

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

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo nº 2157908-33.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante P. MENDES EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., é agravado MM. JUIZ DE DIREITO DA 14ª VARA DA FAZENDA PUBLICA.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.076)**

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, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo Interno.

Mandado de Segurança – Desapropriação – Sustenta a agravante ser coproprietária do objeto da desapropriação, razão pela qual pleiteou pelo levantamento do quinhão indenizatório que lhe cabia – Pedido indeferido, azo da interposição do agravo de instrumento – Agravo de instrumento distribuído a este Relator, não conhecido, por não haver previsão

legal (art. 1.15 do CPC) – Prevenção deste Relator, *ex vi* do disposto no art. 105 do RITJSP.

Agravo interno de decisão que indeferiu pedido de livre distribuição, mantida.

Nega-se provimento ao recurso interposto.

VOTO

1. Trata-se de agravo interno interposto, na forma do Código de Processo Civil, voltado à reforma da decisão, que indeferiu o pleito de redistribuição livre, por sorteio eletrônico (fl. 105).

A decisão recorrida, ora mantida, é do seguinte teor:

> "1. Indefiro a petição de fl. 101/102 com fundamento no artigo 105 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Observo que o poder expropriante, igualmente, deve integrar o polo passivo, uma vez que responsável pelo adimplemento".

Trata-se de mandamental impetrada pela ora agravante contra ato denegatório do MM. Juiz de Direito da 14ª Vara da Fazenda Pública, nos autos da ação de desapropriação movida pela Municipalidade de São Paulo em face de Consigam Empreendimentos Imobiliários e Participações Ltda., Contraste Empreendimentos Imobiliários e Participações Ltda. e P. Mendes Empreendimentos Imobiliários e Participações Ltda., deduzindo, em síntese, que as empresas Consigam e Contraste, alegando propriedade exclusiva dos lotes objeto da desapropriação, pleitearam a sua exclusão. A mandamental tem como objetivo o imediato levantamento do percentual de 6,25%, sobre o depósito já realizado pela Municipalidade de São Paulo, correspondente à fração de sua titularidade do imóvel desapropriado.

Doutro bordo, a agravante, deduz a falta de fundamento jurídico para exclusão, esclarecendo que o instrumento particular firmado pelas coproprietárias não versa sobre a propriedade dos lotes, mas apenas destinação do produto de sua venda (loteamento).

A agravante pleiteou o levantamento que lhe cabia de acordo com o percentual na propriedade do imóvel em desapropriação (quinhão indenizatório), quando então o MM. Juiz indeferiu o seu pedido, nos seguintes termos: "as partes devem resolver a controvérsia no juízo cível, impondo, porém, que o quinhão da impetrante fique retido até que a questão seja resolvida", azo da interposição do Agravo de Instrumento n. 2097684-32.2016.8.26.0000, o qual não foi conhecido, por não estar a hipótese prevista no artigo 1.015 do Código de Processo Civil.

Nesse interim, este Relator, indeferiu a liminar, por não se vislumbrar a conjugação do binômio legal pertinente a relevância de fundamentação e

Acesso ao Sumário

ineficácia do julgado se em ato posterior, tendo em vista que as partes na ação de desapropriação foram remetidas as vias ordinárias, com relação a disputa dominial, não se cogitando em risco na apreciação futura do *mandamus*, notificando a autoridade coatora para prestar informações e, determinando a impetrante as providências necessárias a citação dos litisconsortes necessários (fl. 95).

A agravante aditou a inicial incluindo as empresas litisconsortes, bem como peticionou pontuando que antes de dar cumprimento ao despacho de fl. 95, cumpria observar a indevida distribuição a este Relator, por não haver prevenção, em razão do agravo de instrumento suso apontado, pugnando pela livre redistribuição, ocasião em que este Relator indeferiu o pedido, que culminou no agravo interno.

Ora, o suso apontado agravo de instrumento foi distribuído para este Relator, que não conheceu do recurso, daí porque a prevenção é obrigatória, nos exatos termos do artigo 105 do Regimento Interno do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: "A Câmara ou Grupo que primeiro conhecer de uma causa, ainda que não apreciado o mérito, ou de qualquer incidente, terá a competência preventa para os feitos originários conexos e para todos os recursos, na causa principal. Cautelar ou acessória, incidente, oriunda de outro, conexa ou continente, derivadas do mesmo ato, fato, contrato ou relação jurídica, e nos processos de execução dos respectivos julgados", de tal sorte que outra não é a solução, senão a manutenção da decisão guerreada.

2. À vista do exposto, mantida a decisão agravada, e, pelo arrimo esposado, nego provimento ao recurso interposto.

Apelações

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000510-83.2015.8.26.0035, da Comarca de Águas de Lindóia, em que é apelante ANA MARIA DO CARMO ROSSI SALAZAR, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE ÁGUAS DE LINDÓIA.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.351)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO

ALCIDES (Presidente) e PAULO AYROSA.

São Paulo, 1º de dezembro de 2016.

ROBERTO MAIA, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Ação popular ambiental movida em face de municipalidade. Ato administrativo que autoriza o corte se seis árvores. Questionamento quanto à necessidade da supressão dos espécimes arbóreos. Julgamento antecipado. Sentença de improcedência baseada apenas no laudo elaborado por engenheiro agrônomo do município, colacionado com a contestação. Apelo da autora. Preliminar. Cerceamento do direito de defesa. Com razão. Nas ações populares ambientais, basta apenas a comprovação de lesividade ao meio ambiente. Os documentos trazidos pela autora e os questionamentos quanto ao real estado fitossanitário das árvores são suficientes para controverter a questão, não sendo suficiente o laudo produzido de forma unilateral pela municipalidade. Retorno dos autos ao juízo de origem para a realização de prova pericial. Apelo provido.

VOTO

RELATÓRIO:

Trata-se de ação popular ambiental proposta por *Ana Maria do Carmo Rossi Salazar* em face do *Município de Águas de Lindóia*. Alega a autora, em síntese, que é presidente do COMDEMA (Conselho Municipal de Meio Ambiente) e que durante o processo de instalação do supermercado Rofatto, na Avenida das Nações, nº 756 a 800, o responsável legal pelo estabelecimento procurou o requerido para obter autorização para a derrubada de seis árvores da espécie *sibipiruna*. Aduz que tal autorização foi prontamente concedida, sob a alegação de que convenientemente as árvores estariam doentes e condenadas. Afirma que as árvores estão sadias, de modo que não há se falar em corte. Requer a concessão de liminar e, ao final, a procedência da ação para proibir o demandado de promover o corte das seis árvores, confirmando a tutela antecipada pretendida.

Sobreveio sentença a fls. 255/256, cujo relatório se adota, julgando improcedente o pedido. Sem condenação em custas e honorários. Reexame necessário com base no artigo 19 da Lei nº 4.717/1965.

Apela autora (fls. 261/266) pleiteando a reforma da r. decisão alegando,

Acesso ao Sumário

preliminarmente, o cerceamento do direito de defesa em virtude da recusa na produção de prova pericial necessária para estabelecer o estado fitossanitário das árvores. Assevera que "*é de rigor que a avaliação da saúde das árvores em questão seja determinada por perícia técnica isenta. Ademais, esta medida atende aos princípios da prevenção e precaução, bem como ao direto à informação que regem o Direito Ambiental*" (fls. 264). Quanto ao mérito aduz, em resumo, que **(A)** "*a conduta da apelada tem levado à deterioração do meio ambiente saudável*" (fls. 264); **(B)** "*Em que pese a justificação que buscou dar a apelada às intervenções realizadas muitas delas a posteriori é certo que ela não pôde mostrar um único caso em que a resposta adotada a algum problema fitossanitário de suas árvores não tenha sido sua supressão, ou a redução do espécime a um toco ou a estrutura visivelmente deformada. Com certeza, isso não corresponde ao necessário zelo pelo meio ambiente que compete ao poder público*" (fls. 264); **(C)** "*A apelada apresentou unicamente análises qualitativas prévias feitas em espécimes a serem suprimidos. Não houve, nem nunca há, análises quantitativas prévias para se avaliar o estado da árvore. Todas elas invariavelmente remetiam à virtual supressão do espécime, em flagrante dendroclastia*" (fls. 265); e **(D)** "*o dever constitucional atribuído ao Poder Público não é disponível, como se coubesse à discricionariedade deste decidir se protege ou não o meio ambiente*" (fls. 265). Por fim, prequestiona os artigos 5º, LV e 225, ambos da Constituição Federal.

Houve contrarrazões pugnando pela manutenção do decidido (fls. 271/274). O recurso foi regularmente processado.

Opinou a doutra Procuradoria de Justiça pelo desprovimento do apelo (fls. 277/280).

FUNDAMENTAÇÃO:

Ab initio, verifico que o apelo é tempestivo e que não houve recolhimento de preparo, tendo em vista o art. 10 da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.

Insta salientar que a r. sentença foi prolatada em 11.11.2015 (fls. 256) e publicada em 16.03.2016 (fls. 259), ou seja, ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973.

O apelo, todavia, foi tempestivamente interposto em 21.03.2016 (fls. 261) já na vigência do novo Código de Processo Civil. Deste modo, seguirá as regras do novo diploma processual, além, por óbvio, da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que regula a ação popular, e do microssistema sistema de processos coletivos.

No mais, de rigor o acolhimento da preliminar de cerceamento do direito de defesa da autora, ora apelante.

Trata-se de ação popular contra o município de *Águas de Lindóia*, ora apelado, em razão de autorização para corte de árvores.

Aduz a recorrente em sua exordial que (fls. 02/03):

Há cerca de um ano, no processo de instalação do supermercado Rofatto na avenida das Nações, nº 756 a 800, o responsável por este, sr. Carlos Roberto Zeferino, procurou a ré para obter autorização à derrubada de 6 (seis) árvores da espécie sibipiruna, todas plantadas na calçada de fronte ao seu estabelecimento.

A autorização foi prontamente concedida, sob a alegação de que – convenientemente – as árvores estariam todas doentes e condenadas.

Ocorre que tal não é verdade. As árvores encontram-se sadias e aprumadas, como poder-se-á aferir em perícia, ainda que tenham sido objeto de recente poda exagerada por funcionários da CPFL.

Após contatos com o COMDEMA local, o próprio supermercado Rofatto, de forma elogiável, reconsiderou sua decisão, optando pela mantença das árvores, como se pode verificar na declaração inclusa.

Ainda assim, a prefeitura local manteve a ordem de corte. Nem mesmo os apelos e argumentações do COMDEMA foram suficientes para demover a ré de seu intento, ensejando a presente medida.

Percebe-se pelas fotos inclusas que a alegação da ré de que as árvores estariam doentes, a ponto de justificar sua supressão, não é confirmada visualmente, e deverá ser objeto de perícia pelo Instituto Biológico do Estado de São Paulo, o que desde já se requer.

À vista disso, pretende a recorrente, ao final da ação popular, *in verbis* (fls. 06):

Ser julgada inteiramente procedente, proibindo-se a ré de promover o corte das 6 (seis) árvores do passeio público em frente aos números 756 a 800 da avenida das Nações, nesta cidade, tornando definitiva a tutela antecipada concedida, sem prejuízo da aplicação das penalidades previstas no Capítulo II da lei municipal nº 2.230/97, e sob pena de multa de R$ 50.000,00 (...) no caso de descumprimento;

Para tanto, a apelante colacionou aos autos fotos das árvores objeto da discussão (fls. 14/16), notícias de jornal e fotos de outras árvores suprimidas pela municipalidade (fls. 18/29 e 58/64), recomendação administrativa emitida pelo Ministério Público (fls. 31/37), correspondências trocadas entre o COMDEMA e o Município, CPFL, Ministério Público e Rofatto Supermercados (fls. 39/57), além de cópia da legislação municipal (fls. 66/86).

Insta salientar que a Lei Municipal nº 2.230/97, que disciplina a arborização urbana e os procedimentos para autorização de supressão e poda de árvores isoladas no município de Águas de Lindóia, prevê, em seu artigo 3º, os critérios de poda e supressão, a saber:

Acesso ao Sumário

Artigo 3º - A poda ou supressão de espécimes arbóreos em área de domínio público e áreas particulares só serão permitidas mediante solicitação do interessado e nos seguintes casos:

I – em terreno a ser edificado, quando o corte for inevitável para a realização da obra;

II – quando o estado fitossanitário da árvore justificar o procedimento;

III – quando a árvore, ou parte desta, apresentar risco iminente de queda;

IV – quando a árvore estiver causando danos permanentes ao patrimônio público ou privado;

V – quando árvore constituir obstáculo fisicamente incontornável ao acesso de veículos;

A municipalidade recorrida, por seu turno, em contestação (fls. 105/111), aduziu que segue a legislação e que seu engenheiro agrônomo recomendou a poda radical e a futura supressão das árvores e que "*ademais, diante do estado fitossanitário em que se encontram (artigo 3.º, inciso II, da Lei Municipal n.º2.230/97) e a depender do risco (intensidade/atualidade) que ofereçam à população e ao patrimônio público e privado (artigo 8.º da LM n.º2.230/97), a Municipalidade-ré suprimirá observando-se a legislação em vigor, as árvores situadas em frente ao Supermercado*" (fls. 111).

Para tanto, o município apelado juntou ao feito cópia do processo administrativo sobre as árvores em questão (fls. 113/127), parecer de engenheiro agrônomo (fls. 129/165), além de outros documentos relacionados a outras supressões de árvores (fls. 167/184).

Em réplica (fls. 189/193), a apelante, especificamente sobre o corte das árvores defronte ao supermercado, consignou que (fls. 193):

No processo administrativo (fls. 113/127) que cuida das árvores objeto da presente demanda, não há mensuração da extensão dos danos, e a simples presença do fungo ganoderma já remete a "risco de morte" aos transeuntes (fl. 122). Não há tentativa de limpeza dos tecidos comprometidos, nem a consideração de dendrocirurgia, tampouco menção a possibilidades de esterilização. Em suma, assim como se observa na prática geral da ré, a medida única considerada é a da erradicação: poda radical e debilitante, já realizada, e aceno a uma supressão futura.

Foi colacionado com a réplica um manual de normas técnicas de arborização urbana da Prefeitura Municipal de Piracicaba (fls. 195/204) e uma foto com a autorização respectiva para a supressão de outra árvore no município (fls. 205/206).

Nos termos do art. 398 do CPC/73, argumentou o recorrido sobre as razões técnicas que levaram à autorização para a supressão das árvores. Juntou

Acesso ao Sumário

novos documentos (fls. 221/250).

O douto promotor de justiça, em parecer (fls. 252/253), manifestou-se pelo saneamento do feito, "*fixando como ponto controverso o estado fitossanitário das aludidas árvores e o consequente risco daí advindo, bem como a possibilidade de conduta diversa da supressão. Nesta linha, manifesta-se, desde já, para que seja produzida a pertinente prova pericial*" (fls. 253).

Destaca-se que, instadas a especificarem as provas que pretendiam produzir (fls. 186), a apelante pugnou pela produção de prova pericial (fls. 193) e o recorrido informou que não tem interesse na dilação probatória (fls. 210).

À vista disso, o douto juízo monocrático julgou o feito de forma antecipada, consignado que (fls. 256):

> *Afasto a preliminar de falta de interesse de agir alegada pelo Município, uma vez que há autorização para o corte de árvores, existindo assim o ato administrativo.*
>
> *O feito encontra-se apto ao seu julgamento de plano, sendo desnecessária a produção de qualquer outra prova (oral ou pericial), diante dos documentos juntados.*
>
> *No mérito, a ação é improcedente.*
>
> *É certo que a ré autorizou o corte de seis árvores defronte o imóvel localizado na Avenida Nações Unidas, entre os números 756 a 800, nesta cidade, sendo este o objeto da ação.*
>
> *Porém, ao contrário do alegado pela autora, houve a vistoria, fiscalização e análise da saúde de tais árvores, conforme se verifica pelos documentos de fls. 122/125 e fls. 129/130 e fls. 136/165.*
>
> *Ora, a análise já foi feita por engenheiro, constatando-se que parte das árvores apresentam o fungo ganoderma e outras estão com o tronco oco, colocando em risco a população, já que há risco de queda, não havendo, inclusive, necessidade de elaboração de laudo pericial, tendo em vista todo o procedimento administrativo realizado pela ré, não havendo, ainda, motivo plausível para que a conclusão a que se chegou não seja acolhida. Assim, a autorização do corte de árvore foi dada com base em avaliação técnica e nos termos da Lei Municipal (fls. 66/68), de modo que improcede a ação.*
>
> Pois bem.

Não se desconhece que o ato administrativo nasce com presunção *iuris tantum* de legitimidade e veracidade, e que cabe ao contestante a prova em sentido contrário.

Nesta toada, diversamente das ações populares cujo objeto seja apenas o patrimônio, em que o binômio ilegalidade-lesividade é necessário para

Acesso ao Sumário

a propositura da demanda, na ação popular ambiental basta tão somente a lesividade.

Neste sentido, ensina Édis Milaré, *in verbis*:

O binômio ilegalidade-lesividade, exigível para a propositura da ação popular de cunho simplesmente patrimonial, não se afeiçoa à demanda popular destinada à proteção do ambiente, para a qual tão só a lesividade é suficiente à provocação da tutela jurisdicional.

A licitude da atividade não exclui a responsabilidade decorrente do dano ambiental. Assim, ao poluidor, em face do qual se imputa fato lesivo ao meio ambiente, não cabe invocar a licitude da atividade ensejada por atos normativos ou autorizativos do Poder Público, na linha do que prescreve o art. 14, § 1.º, da Lei 6.938/1981, integralmente recepcionada pelo vigente sistema constitucional.

De fato, tanto o art. 5.º, LXXIII, quanto o art. 225, § 3.º, da Lei Fundamental fazem referência apenas ao requisito da lesividade, sufragando, na matéria, a tese da responsabilidade objetiva, ante o alarmante quadro de degradação a que se assiste não só no Brasil, mas em todo o mundo. (Milaré, Édis – Direito do Ambiente/Édis Milaré. – 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. – páginas 1563 e 1564).

Assim, basta comprovar a lesividade ambiental para a procedência da ação popular.

No caso concreto, os documentos trazidos pela recorrente e os questionamentos quanto ao real estado fitossanitário das árvores são suficientes para controverter a questão, não sendo suficiente apenas o laudo produzido de forma unilateral pela municipalidade.

Observa-se que a lei não exige da parte autora da ação popular prova técnica pré-constituída do estado fitossanitário das árvores.

Consequentemente, no caso concreto, a questão levantada gera dúvida razoável, que só pode ser dirimida por regular prova pericial realizada de forma totalmente imparcial.

Ressalta-se, ainda, que a ação popular segue o rito ordinário previsto no Código de Processo Civil, possuindo, por corolário, maior amplitude na fase instrutória.

Nesta senda, a previsão do artigo 7º, V, da Lei nº 4.717/65 (**sem destaque no original**):

Art. 7º A ação obedecerá ao procedimento ordinário, previsto no Código de Processo Civil, observadas as seguintes normas modificativas:

(...)

V - Caso não requerida, até o despacho saneador, a produção de prova testemunhal ou pericial, o juiz ordenará vista às partes por 10 (dez) dias, para alegações, sendo-lhe os autos conclusos, para sentença, 48 (quarenta e oito) horas após a expiração desse prazo; ***havendo requerimento de prova, o processo tomará o rito ordinário.***

Deste modo, diante do quadro que se descortina, deve a r. decisão ser anulada e os autos retornarem ao juízo de origem para a devida instrução processual com a realização de perícia sobre o estado fitossanitário das árvores objeto da demanda e o consequente risco advindo, bem como a possibilidade de conduta diversa da supressão.

DISPOSITIVO:

Diante do exposto, voto pelo provimento do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0018657-49.2012.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO, é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4.620)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 7 de dezembro de 2016.

SOUZA MEIRELLES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Embargos à execução fiscal – reconhecimento do direito de aproveitamento de crédito de ICMS decorrente de utilização de energia elétrica, pela inteligência do art. 33 da Lei Complementar nº 87/96 e, consequentemente, à decretação da nulidade do lançamento do tributo – Parcial procedência na origem – Inconformismo – Inocorrência de cerceamento de defesa – Contribuinte que exerce notadamente atividades comerciais, não demonstrando a utilização

de energia elétrica em processo de industrialização – Creditamento indevido de ICMS – Multa punitiva que não tem caráter confiscatório – Correto cálculo do termo *a quo* da incidência de juros de mora – Sentença mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Apelação cível manejada por **Companhia Brasileira de Distribuição** nos autos de embargos à execução opostos em face da **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**, os quais tramitaram na Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Vicente, cujos pedidos foram julgados **parcialmente procedentes**, determinando o recálculo dos juros de mora, que deverão obedecer à taxa SELIC, bem como reconhecer a decadência dos subitens **2.1** e **3.1** do **Auto de Infração e Imposição de Multa nº 3.089.125-5**. Diante da sucumbência em maior parte, a apelante foi condenada ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em **R$ 4.000,00** (quatro mil reais).

Vindica a apelante a desconstituição da r. sentença, a fim de que seja anulada por cerceamento de defesa, visto que não foi realizada prova pericial. Alega também que desenvolve atividades industriais, motivo pelo qual tem direito ao aproveitamento integral de crédito de ICMS decorrente de utilização de energia elétrica no processo de industrialização (refrigeração, embalamento e panificação). Por fim, suscita o caráter confiscatório da multa aplicada pela recorrida e a ilegalidade da incidência dos juros de mora antes da data de vencimento do pagamento do crédito tributário.

Recurso tempestivo, bem processado e não-contrariado (conforme certidão de decurso de prazo às fls. 558).

Dispensável o reexame necessário, pois o crédito executado do qual decaiu a Fazenda não perfaz 500 salários mínimos (art. 496, § 3º, II, do CPC/2015).

Tal, em abreviado, o relatório.

Embargos à execução fiscal opostos por **Companhia Brasileira de Distribuição** objetivando o reconhecimento da decadência parcial do crédito tributário, bem como a nulidade do lançamento, tendo em vista o direito ao aproveitamento de crédito de ICMS relativo à energia elétrica utilizada em suposto processo de industrialização.

Ainda, postula pelo afastamento da multa confiscatória, de alegados juros abusivos e daqueles computados sobre a sanção pecuniária, além da postergação do termo inicial dos juros moratórios para o dia útil subsequente à data do vencimento.

Em que pese ao inconformismo da apelante, o recurso não comporta

provimento.

De proêmio, ressalta-se que a preliminar alegada pela apelante – cerceamento de defesa em virtude da necessidade de produção de prova técnica para determinar a quantidade de energia elétrica utilizada em eventual processo de industrialização – será analisada em conjunto com o mérito da demanda.

Dessume-se que os embargos foram opostos pela apelante relativamente à execução fiscal movida pela **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**, cujo objeto é a Certidão de Dívida Ativa nº 1.056.840.216, no valor de **R$ 569.500,34** (quinhentos e sessenta e nove mil, quinhentos reais e trinta e quatro centavos).

Por sua vez, a mencionada CDA refere-se ao Auto de Infração e Imposição de Multa nº 3.089.125-5, lavrado em **29.2.2008**, relativo ao ICMS, cujo total é **R$ 130.756,74** (cento e trinta mil, setecentos e cinquenta e seis reais e setenta e quatro centavos), havendo ainda multa punitiva de R$ 130.756,00 (cento e trinta mil, setecentos e cinquenta e seis reais), além de juros moratórios.

Com efeito, as **Disposições Transitórias do Regulamento do ICMS** estabelecem a possibilidade de creditamento do imposto na entrada de energia elétrica: *in litteris*

> **Artigo 1º – O crédito do imposto com relação à entrada de energia elétrica e aos serviços de comunicação tomados pelo contribuinte, ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2001 e até 31 de dezembro de 2006, somente será efetuado relativamente (Lei Complementar federal 87/96, art. 33, II e IV, na redação da Lei Complementar 102/00, art. 1º, com alteração da Lei Complementar 114/02, art. 1º):**
>
> **I – à entrada de energia elétrica no estabelecimento, quando:**
>
> **a) for objeto de operação de saída de energia elétrica;**
>
> **b) for consumida em processo de industrialização;**
>
> **c) seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais;**
>
> **II – ao recebimento de serviços de comunicação utilizados pelo contribuinte, quando:**
>
> **a) tenham sido prestados na execução de serviços da mesma natureza;**
>
> **b) de sua utilização resultar operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção desta sobre as saídas ou prestações totais.**

Tangente à questão, a **Decisão Normativa CAT 1**, de **25.4.2001**, considerou a **energia elétrica consumida no processo industrial como <u>insumo</u>** (subitem 3.1), **cabendo ao contribuinte** "*<u>munir-se de demonstrativo que comprove o real consumo de energia elétrica</u> e do serviço de comunicação utilizando em cada área ou departamento*" (subitem V.6).

No caso em apreço, foi elaborado laudo técnico pela embargante em **maio de 2008** (fls. 106/122), enquanto o Auto de Infração e Imposição de Multa refere-

se a período anterior, ao qual não podem ser aplicadas as mesmas conclusões, tendo em vista a ausência de constância nas atividades industriais e comerciais.

Assim, os dados aferidos pelo engenheiro responsável pela feitura do laudo não são aplicáveis ao período autuado, tampouco deve haver o acolhimento da preliminar de cerceamento de defesa, uma vez que a perícia técnica deveria ter sido elaborada no momento oportuno (período da autuação), cabendo ao contribuinte sua realização, nos termos do **subitem V.6** da **Decisão Normativa CAT 1/2001**.

Destarte, em que pese às demais disposições da **Decisão Normativa CAT 1/2007**[1], é certo que a embargante deveria ter realizado a correta mensuração da energia elétrica consumida.

Nesse sentido, posicionamento desta **C. Corte**:

APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. Creditamento de ICMS decorrente de energia elétrica. Estabelecimento supermercadista. Atividade mista de indústria e comércio.

CERCEAMENTO DE DEFESA. Nulidade. Inocorrência. A controvérsia repousa sobre o efetivo emprego da energia elétrica lastreadora do creditamento de ICMS na atividade de industrialização. Pretensão de produção de prova pericial tendente à aferição do emprego da energia elétrica lastreadora do creditamento de ICMS na atividade de industrialização. Inexistência de dados pertinentes ao consumo de energia elétrica durante o período em que foi realizado o creditamento. Volatilidade do consumo de energia elétrica. Impraticabilidade de eventual prova pericial indireta.

MÉRITO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. Creditamento de ICMS decorrente de energia elétrica. Estabelecimento supermercadista que desenvolve atividade mista, industrializando mercadorias para comércio. Possibilidade de aproveitamento de crédito de ICMS

1 4. Considerando, então, que apenas confere direito de crédito de ICMS a energia elétrica despendida em operações de efetiva industrialização promovidas pela consulente, analisemos cada item questionado: panificação e confeitaria: entendidos como o local físico onde se realiza a fabricação de pães e doces, ou seja, o setor de transformação de insumos em produtos acabados, o crédito pode ser admitido; açougue e corte de frios: a admissão do crédito é dependente do acondicionamento em embalagem de apresentação, assim entendida aquela que objetive valorizar o produto em razão da qualidade do material nele empregado, da perfeição do seu acabamento ou da sua utilidade adicional; não satisfaz este requisito a mercadora (carne ou frios) meramente cortada, sobreposta a uma bandeja, tendo como envoltório um plástico PVC, com etiqueta contendo seu peso e preço, ainda que contenha o nome do estabelecimento comercial ou sua marca; "rotisserie": abstemo-nos de manifestação sobre essa atividade específica porque não temos um detalhamento do processo e, sendo assim, a consulente pode retornar com nova petição de consulta sobre este item, pormenorizando os procedimentos realizados; iluminação: apenas admite-se o crédito de ICMS da energia elétrica despendida na área onde se realiza o processo de industrialização; refrigeração: admite-se o crédito de ICMS pela energia elétrica consumida em fase de industrialização ou em momento anterior, ou seja, na refrigeração dos insumos dos quais resultará um produto industrializado; uma vez que o produto estiver pronto, não há que se falar mais em industrialização e sua conservação em geladeiras é inerente à atividade comercial; a energia despendida na refrigeração de produtos acabados não confere o direito de crédito.

Acesso ao Sumário

decorrente de energia elétrica desde que comprovado o emprego da energia no processo industrial. Contribuinte não se desincumbiu do ônus que lhe competia para demonstrar o direito ao crédito. Laudo posterior ao período utilizado para o creditamento. Indispensável a aptidão e idoneidade do objeto da perícia. A superveniente alteração substancial do fato, sem a preservação de vestígios e registro de dados essenciais para a obtenção de esclarecimentos técnicos relevantes, prejudica a realização da perícia. Preponderância da autuação.

MULTA PUNITIVA. Legalidade. Penalidade imputada prevista no artigo 527, inciso I, alíneas "f" c/c § 1º e 10 do RICMS (Decreto nº 45.490/2000). Ausência de caráter confiscatório. Precedentes.

INCONSTITUCIONALIDADE DOS JUROS. Reconhecimento da inconstitucionalidade da interpretação dada pelo Fisco Estadual à Lei n.º 13.918/09, sem alteração gramatical. Limitação da taxa de juros incidente sobre o imposto ou multa a percentual não excedente à Taxa Selic.

LIMITES OBJETIVOS DA AÇÃO. Prevalência do princípio da adstrição e congruência. Discussão sobre a legalidade dos cálculos realizados para o cômputo dos juros de mora e seu termo inicial. Impossibilidade de ampliação da atividade de jurisdição para resolver questão que não foi objeto da petição inicial dos embargos à execução.

NEGADO PROVIMENTO AOS RECURSOS, COM OBSERVAÇÃO. (Apelação nº 0208389-98.2011.8.26.0100, Rel. JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR; 9ª Câmara de Direito Público; j. em 24.2.2016 – o grifo foi por nós)

Ainda, não se olvida o posicionamento do **A. STJ** sobre a impossibilidade de creditamento de ICMS relativo à energia elétrica consumida por supermercados nas atividades de panificação e congelamento de produtos, hipótese dos autos:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. ICMS. CREDITAMENTO (PRINCÍPIO DA NÃO- CUMULATIVIDADE). AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA CONSUMIDA NO ESTABELECIMENTO COMERCIAL (SUPERMERCADO). ATIVIDADES DE PANIFICAÇÃO E CONGELAMENTO DE ALIMENTOS. ARTIGO 33, II, "B", DA LEI COMPLEMENTAR 87/96. ARTIGO 46, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN. DECRETO 4.544/2002 (REGULAMENTO DO IPI). PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. CREDITAMENTO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.

1. As atividades de panificação e de congelamento de produtos perecíveis por supermercado não configuram processo de industrialização de alimentos, por força das normas previstas no Regulamento do IPI (Decreto 4.544/2002), razão pela qual inexiste

Acesso ao Sumário

direito ao creditamento do ICMS pago na entrada da energia elétrica consumida no estabelecimento comercial.

2. A Lei Complementar 87/96, pelo princípio da não-cumulatividade, assegura ao sujeito passivo do ICMS, entre outros, o direito de creditamento do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria destinada ao uso ou consumo do estabelecimento (artigo 20, caput).

3. O artigo 33, II, da lei complementar em tela, no que concerne ao direito de aproveitamento de crédito de ICMS decorrente da energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento, previu o que se segue: "Art. 33. (...) Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte: (...) II - a energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento dará direito de crédito a partir da data da entrada desta Lei Complementar em vigor;" (redação original) "II - somente dará direito a crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento: a) quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;

b) quando consumida no processo de industrialização; c) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais; e d) a partir de 1º de janeiro de 2003, nas demais hipóteses;" (inciso e alíneas com a redação dada pela Lei Complementar 102, de 11 de julho de 2000) "d) a partir de 1º de janeiro de 2007, nas demais hipóteses;" (alínea com a redação dada pela Lei Complementar 114, de 16 de dezembro de 2002) "d) a partir de 1º de janeiro de 2011, nas demais hipóteses;" (redação dada pela Lei Complementar 122, de 12 de dezembro de 2006)

(....)"

4. A redação original do inciso II, do artigo 33, da Lei Complementar 87/96, preceituava que a energia elétrica genericamente usada ou consumida no estabelecimento geraria direito ao creditamento do ICMS, a partir de 1º.11.1996 (data da entrada em vigor da aludida lei complementar).

(...)

9. In casu, contudo, o estabelecimento comercial (supermercado) ajuizou embargos à execução fiscal fundada em auto de infração, lavrado em 20.08.2004, que considerou indevido o creditamento de ICMS pago na entrada de energia elétrica consumida nas atividades de panificação e congelamento de produtos perecíveis.

10. Deveras, o objeto social da empresa, ora recorrente, consiste na "comercialização de produtos manufaturados, semi-manufaturados, ou in natura, nacionais ou estrangeiros, de todo e qualquer gênero e espécie, natureza ou qualidade, desde que não vedada por lei, bem como a industrialização e processamento de produtos por conta própria ou de terceiros", tendo sido confirmado, pelo Tribunal de

Acesso ao Sumário

origem, que o supermercado, em alguns setores, realiza atividades tendentes à transformação de matéria-prima e ao aperfeiçoamento de produtos destinados ao consumo.

11. A tese genérica de que o contribuinte tem direito ao creditamento de ICMS se comprovar ter utilizado a energia elétrica "no processo de industrialização", ex vi do disposto no artigo 33, II, "b", da Lei Complementar 87/96, foi consagrada pela Primeira Seção, no âmbito de embargos de divergência interpostos por estabelecimento industrial (EREsp 899.485/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 13.08.2008, DJe 15.09.2008).

12. O parágrafo único, do artigo 46, do CTN, ao versar sobre o IPI, considera industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo.

13. Nada obstante, as normas previstas no Regulamento do IPI (Decreto 4.544/2002) afastam a caracterização das atividades de panificação e congelamento de alimentos como industriais.

14. Com efeito, o artigo 3º, do aludido regulamento, preceitua que "produto industrializado é o resultante de qualquer operação definida neste Regulamento como industrialização, mesmo incompleta, parcial ou intermediária".

15. As características e modalidades de industrialização restaram elencadas no artigo 4º, do Decreto 4.544/2002, verbis: "Art. 4º Caracteriza industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoe para consumo, tal como (Lei nº 4.502, de 1964, art. 3º, parágrafo único, e Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, art. 46, parágrafo único): I - a que, exercida sobre matérias-primas ou produtos intermediários, importe na obtenção de espécie nova (transformação);

II - a que importe em modificar, aperfeiçoar ou, de qualquer forma, alterar o funcionamento, a utilização, o acabamento ou a aparência do produto (beneficiamento); III - a que consista na reunião de produtos, peças ou partes e de que resulte um novo produto ou unidade autônoma, ainda que sob a mesma classificação fiscal (montagem); IV - a que importe em alterar a apresentação do produto, pela colocação da embalagem, ainda que em substituição da original, salvo quando a embalagem colocada se destine apenas ao transporte da mercadoria (acondicionamento ou reacondicionamento); ou V - a que, exercida sobre produto usado ou parte remanescente de produto deteriorado ou inutilizado, renove ou restaure o produto para utilização (renovação ou recondicionamento).

Parágrafo único. São irrelevantes, para caracterizar a operação como industrialização, o processo utilizado para obtenção do produto

Acesso ao Sumário

e a localização e condições das instalações ou equipamentos empregados." 16. O aludido regulamento, por seu turno, enumera as operações que não são consideradas industrialização, entre as quais consta: "I - o preparo de produtos alimentares, não acondicionados em embalagem de apresentação: a) na residência do preparador ou em restaurantes, bares, sorveterias, confeitarias, padarias, quitandas e semelhantes, desde que os produtos se destinem a venda direta a consumidor" (artigo 5º, inciso I, alínea "a", do Regulamento do IPI).

(...)

18. Conseqüentemente, a atividade de panificação, desenvolvida pelo supermercado, não se afigura como "processo de industrialização", à luz do disposto no artigo 46, do CTN, em virtude da exceção prevista no artigo 5º, inciso I, alínea "a", do Decreto 4.544/2002, que se apresenta como legislação tributária hígida.

19. A atividade de congelamento de alimentos, por seu turno, não se amolda aos critérios estabelecidos no artigo 4º, do regulamento citado.

(...)

28. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1117139/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, **PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 18/02/2010 – o grifo foi por nós)**

Dessa maneira, de rigor concluir que **as atividades de panificação e congelamento de produtos** (laticínios, sorvetes, carnes, frios e embutidos), exercidas pela apelante, **não configuram processo de industrialização de alimentos, não havendo falar em direito ao creditamento do ICMS.**

Esse também é o posicionamento adotado por este **E. Tribunal de Justiça**:

PRELIMINAR – Cerceamento de defesa – Inocorrência – O Juiz é o destinatário da prova, cabendo a ele decidir ser pertinente ou não a dilação probatória – Acervo documental que viabilizou o exaurimento da cognição judicial.

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – ICMS – Decadência e Nulidade da r. sentença por ausência de fundamentação – Inocorrência – Creditamento de ICMS referente à energia elétrica utilizada em supostas atividades industriais (rotisseria, peixaria, padaria, etc) – Inadmissibilidade – Processo de industrialização não caracterizado – Precedentes – Autuação mantida – Multa não excessiva, fundamentada no art. 527, II, alínea "j" cumulada com §§1º e 10º do RICMS/00 – Reconhecimento da inconstitucionalidade da interpretação dada pelo Fisco Estadual à Lei 13.918/09, sem alteração gramatical – Aplicação de taxa de juros sobre o imposto ou a multa não excedente a Selic. – R. Sentença parcialmente

Acesso ao Sumário

reformada. Recurso parcialmente provido. (Apelação nº 0012279-77.2012.8.26.0590, Rel. CARLOS EDUARDO PACHI; 9ª Câmara de Direito Público; j. em 11.2.2015 – o grifo foi por nós)

APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – ICMS – Auto de infração e imposição de multa – Crédito indevido de ICMS – Imposto pago em razão do fornecimento de energia elétrica – Contribuinte que atua como supermercado e não demonstrou, de forma suficiente, o direito ao crédito – Autuação que merece prevalecer – Cerceamento de defesa – Inocorrência – Presunção de legalidade e veracidade do ato administrativo que não foi afastada – Multa punitiva – Redução indevida – Multa de 100% que possui previsão legal e não é confiscatória – Taxa de juros e correção monetária aplicada ao caso não pode ser superior à utilizada pela União – Lei Estadual nº 13.918/2013 que alterou a redação dos arts. 85 e 96 da Lei Estadual nº 6.374/1989 – Interpretação dada pelo Estado reconhecida como inconstitucional pelo C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça – Taxa de juros que deve ser igual ou inferior à utilizada pela União para o mesmo fim – Sentença mantida – Reexame necessário e recurso voluntário da autora improvidos. (Apelação nº 0117863-51.2012.8.26.0100, Rel. MARIA LAURA TAVARES; 5ª Câmara de Direito Público; j. em 18.4.2016 – o grifo foi por nós)

AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO – ICMS – Decadência parcial não caracterizada – Lançamento realizado de ofício pela autoridade tributária, com base no art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, dentro do quinquênio legal – Creditamento de ICMS relacionado ao consumo de energia elétrica – Estabelecimentos autuados que integram uma rede de supermercados – Inadmissibilidade – As atividades de panificação e de congelamento de produtos perecíveis por supermercado não configuram processo de industrialização de alimentos, por força das normas previstas no Regulamento do IPI (Decreto 4.544/2002), razão pela qual inexiste direito ao creditamento do ICMS pago na entrada da energia elétrica consumida no estabelecimento comercial – Matéria cujo entendimento já se encontra pacificado com base na sistemática de julgamento dos recursos repetitivos (CPC, art. 543-C) – REsp. n. 1.117.139/RJ – Sem embargo, sopesadas a gravidade e circunstâncias do ilícito, à luz da proporcionalidade e razoabilidade, chega-se à conclusão de que a multa de mora, estabelecida em 100% dos valores não recolhidos, comporta redução pela metade – Os juros moratórios, por sua vez, devem ser contados com base na taxa SELIC, conforme já definido pelo Órgão Especial desta Corte no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0170909-61.2012.8.26.0000, relativa aos arts. 85 e 96 da Lei Estadual nº 6.374/89, com a redação dada pela Lei Estadual nº 13.918/09 – Destarte, na composição do crédito tributário devido pela ora agravada, não incidirá a citada Lei nº 13.918/09,

Acesso ao Sumário

devendo ser adotada taxa de juros (que atualmente engloba a correção monetária) igual ou inferior à utilizada pela União para o mesmo fim (taxa SELIC) – Multa pelo descumprimento de obrigação tributária que, outrossim, corresponde a 100% do valor do tributo devido, podendo então ser mitigada, pois não se coaduna com a razoabilidade à qual se deveria ater o órgão autuante – Pertinência, nas circunstâncias, da redução determinada em primeiro grau para 50% sobre a base de cálculo representada pelo imposto devido – Recurso da autora parcialmente provido. (Apelação nº 0030307-55.2012.8.26.0053, Rel. PAULO DIMAS MASCARETTI; 2ª Câmara Extraordinária de Direito Público; j. em 24.9.2015 o grifo foi por nós)

Ademais, a multa aplicada pela Fazenda Pública, imposta no percentual de **100%**, (cem por cento) tem guarida no **art. 527, II, "j"** cumulado com **§§ 1º e 10, do RICMS**:

Artigo 527 – O descumprimento da obrigação principal ou das obrigações acessórias, instituídas pela legislação do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços, fica sujeito às seguintes penalidades (Lei 6.374/89, art. 85, com alteração das Leis 9.399/96, art. 1º, IX, e 10.619/00, arts. 1º, XXVII a XXIX, 2º, VIII a XIII, e 3º, III):

(...)

II – infrações relativas ao crédito do imposto:

(...)

j) crédito indevido do imposto, em hipótese não prevista nas alíneas anteriores, incluída a de falta de estorno – multa equivalente a 100% (cem por cento) do valor do crédito indevidamente escriturado ou não estornado, sem prejuízo do recolhimento da respectiva importância.

(...)

§1º – A aplicação das penalidades será feita sem prejuízo da exigência do imposto em auto de infração e das providências necessárias à instauração da ação penal cabível, inclusive por crime de desobediência.

(...)

§10 – O valor da multa deverá ser arredondado com desprezo de importância correspondente a fração da unidade monetária.

Assim, não restou evidenciado o caráter confiscatório da multa aplicada, uma vez que possui natureza punitiva, que visa desestimular a reincidência do contribuinte.

Ademais, o **Pretório Excelso** já firmou entendimento no sentido de que "*o valor da obrigação principal deve funcionar como limitador da norma sancionatória, de modo que a abusividade revela-se nas multas arbitradas*

Acesso ao Sumário

acima do montante de 100%" (ARE 836828 AgR/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 16.12.2014).

Posicionando-se sobre a questão, recente julgado desta **C. Corte:**

"APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – Preliminar de cerceamento de defesa afastada – Auto de infração e imposição de multa – Crédito indevido de ICMS decorrente de fornecimento de energia elétrica – Contribuinte que atua como supermercado e não demonstrou, de forma suficiente, o direito ao crédito oriundo da alegada atividade industrial – Autuação que merece prevalecer – Multa punitiva de 100% que possui previsão legal e não é confiscatória – Taxa de juros sobre a multa que não fora objeto da exordial, não podendo ser analisada em sede recursal – Sentença mantida – Preliminar afastada e recurso desprovido." (Apelação nº 0214630-88.2011.8.26.0100, Rel. MOREIRA DE CARVALHO; 9ª Câmara de Direito Público; j. em 17.8. 2016 – o grifo foi por nós)

Portanto, rejeitada a alegação de que a multa imposta tem caráter confiscatório, resta a análise de suposta ilegalidade da forma de cálculo dos juros.

Com efeito, o **art. 565** do **RICMS** estabelece o termo *a quo* para a incidência dos juros de mora:

Artigo 565 – O débito fiscal 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 253 e 257, 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 527;

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 527;

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 527;

d) a partir do dia seguinte àquele em que ocorra a falta de pagamento, nas demais hipóteses.

Portanto, não se aplica à hipótese dos autos o **art. 565, I, "a"**, do **RICMS** tal como pretende a recorrente, porquanto se trata de imposto exigido em auto de infração, nos termos do **art. 527, II, "j",** do **RICMS**, não havendo malferição ao **art. 161** do **CTN**[2].

2 Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual

Sendo assim, de rigor a mantença da r. sentença, por seus próprios e judiciosos fundamentos.

Postas tais premissas, por meu voto, **nego provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000562-45.2016.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é apelante RODRIGO FERRARI FERNANDES NAUFAL, são apelados DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DE SÃO PAULO – DETRAN e DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM – DER.

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 23.742)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CRISTINA COTROFE (Presidente), BANDEIRA LINS e ANTONIO CELSO FARIA.

São Paulo, 19 de dezembro de 2016.

CRISTINA COTROFE, Relatora

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO – Autuação por transitar em velocidade superior à máxima permitida em mais de 50% – Suspensão do direito de dirigir por dois meses e participação em curso de reciclagem – Velocidade permitida no trecho da infração – 80km/h – Presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos – Autor que não se desincumbiu dos fatos constitutivos do alegado direito – Ônus que lhe competia – Inteligência do artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por ***Rodrigo Ferrari Fernandes Naufal***, contra a respeitável sentença de fls. 118/120, que julgou improcedente a ação

for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

anulatória de Auto de Infração.

Sustenta o apelante, em síntese que, no trecho em que houve a autuação, a velocidade permitida para veículos leves era de 100km/h, de modo que não ultrapassou em 50% o limite permitido. Afirma, ainda, que diante da ausência de sinalização regulamentadora no referido trecho, incide a regra do artigo 61, § 1º, inciso II, a, item 1, do Código de Trânsito Brasileiro, que dispõe ser a velocidade de 110km/h. Requer a anulação do Auto de Infração nº 1P970883-2 (fls. 150/158).

Regularmente processado o recurso, foram apresentadas contrarrazões (fls. 164/173).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Extrai-se dos autos que o autor foi autuado por transitar em 25/12/2012, no Km 456+250m, sentido sul, da Rodovia SP425, em velocidade superior à máxima permitida em mais de 50%.

O radar fotográfico auferiu a velocidade de 139km/h (valor considerado de 129km/h) em via cujo limite regulamentar era de 80km/h (fls. 24).

A controvérsia cinge-se ao limite de velocidade permitido na via.

Verifica-se do ofício expedido pelo Departamento de Estradas de Rodagem que no sentido sul, no km 456+770m, há placa de 100km/h para veículos leves e 80km/h para veículos pesados.

Ora, a infração foi cometida antes da referida sinalização, de modo que não subsiste a alegação de que no local a velocidade regulamentar era de 100km/h.

Outrossim, infere-se que para acessar a SP-425 faz-se necessário passar por alguma das marginais, chamadas de vias de trânsito rápido, cujos limites de velocidade são de 80km/h[1], sendo esta a velocidade regulamentar até que outra placa indique seu aumento/redução.

Ressalte-se que o autor, em sua manifestação sobre a contestação, requereu a prolação da sentença, sem qualquer menção a eventuais provas que pretendia produzir.

Ora, competia ao autor, nos termos do artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil, provar os fatos constitutivos de seu direito, sendo certo que:

"*O ônus da prova representa uma verdadeira distribuição de riscos, ou seja, considerando que o conjunto probatório possa ser lacunoso ou obscuro, a lei traça critérios destinados a informar, de acordo com o caso, qual dos litigantes deverá suportar os riscos derivados dessas lacunas ou obscuridades, arcando com as consequências desfavoráveis de não haver provado o fato que*

1 Artigo 61, §1º, inciso I, a, do Código de Trânsito Brasileiro.

lhe aproveitava."[2]

Assim, o Auto de Infração atestando a velocidade regulamentar do local como de 80km/h é prova suficiente da infração, como decorrência da presunção de veracidade e legalidade que protege os atos da Administração.

Conforme preleciona Hely Lopes Meirelles, "*a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos responde a exigência de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência da solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos, para só após dar-lhes execução. (...) a presunção de veracidade, inerente à de legitimidade, refere-se aos fatos alegados e afirmados pela Administração para a prática do ato, os quais são tidos e havidos como verdadeiros até prova em contrário*."[3]

Destarte, nada há que se reparar na respeitável sentença de primeiro grau.

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% do valor da causa para 15% do referido montante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001267-19.2015.8.26.0663, da Comarca de Votorantim, em que são apelantes APPARECIDA DE PONTES ZANCHETTA (FALECIDO), CARLOS ALBERTO ZANCHETTA (HERDEIRO), MARGARETE DE PONTES ZANCHETTA (HERDEIRO), ELISABETE ZANCHETTA MADALENA (HERDEIRO) e CLAUDETE DE PONTES ZANCHETTA FERNANDES (HERDEIRO), são apelados MUNICÍPIO DE VOTORANTIM e FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso, por V.U., em conformidade com o voto do Relator. **(Voto nº 23.799)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REBOUÇAS DE CARVALHO (Presidente) e CARLOS EDUARDO PACHI.

Acesso ao Sumário

2 2º TACSP, resc. Ac. Câm. Nº 441.4128-00/9, 4º Gr., rel. Juiz Antonio Marcato, j. 23.4.96, RT 732/276.

3 MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 35ª edição, 2009, Malheiros Editores, p. 161.

São Paulo, 19 de dezembro de 2016.
MOREIRA DE CARVALHO, Relator

Ementa: "APELAÇÃO – DANOS MORAIS – Negligência e omissão em atender à apelante para realização de procedimento cirúrgico de caráter urgente – Danos morais caracterizados – Nexo causal entre a conduta omissiva e o falecimento da apelante – Sentença de improcedência reformada – Recurso provido."

VOTO

Trata-se de ação ajuizada sob o rito ordinário por **APPARECIDA DE PONTES ZANCHETTA**, a qual faleceu no curso do feito e foi substituída por seus herdeiros (**CARLOS ALBERTO ZANCHETTA, MARGARETE DE PONTES ZANCHETTA, ELISABETE ZANCHETTA MADALENA** e **CLAUDETE DE PONTES ZANCHETTA FERNANDES**) em face do **MUNICÍPIO DE VOTORANTIM** e da **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**. Objetiva a realização de cirurgia no fêmur, além de compensação por danos morais decorrentes da má prestação de serviços (recusa de tratamento imediato). Com a notícia de óbito da autora em 13.06.2015, o feito foi extinto em relação ao pedido obrigacional, com habilitação dos herdeiros para prosseguimento do pedido indenizatório.

A sentença (fls. 325/328) julgou improcedente o pedido e condenou o autor, em virtude da sucumbência, ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios da parte contrária, fixados em R$ 300,00 (trezentos reais), ressalvada a benesse da justiça gratuita.

Apela a autora substituída pelos herdeiros (fls. 336/342).

Requer a reforma da r. sentença para que seja julgado procedente o pedido.

Foram apresentadas contrarrazões ao recurso (fls. 345/358; 359/369).

Vieram os autos para julgamento.

RELATEI.

Em se tratando de responsabilidade do Estado, pode este responder objetivamente ou subjetivamente pelos danos causados. A primeira hipótese trata da modalidade risco administrativo, que não exige a comprovação de dolo ou culpa no resultado danoso, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Já, a segunda hipótese corresponde à ideia conhecida entre os franceses como *faute du service*, quando, o serviço não funciona, funciona mal ou atrasado.

No presente caso, discute-se a hipótese de responsabilidade subjetiva do

Estado, ideia conhecida entre os franceses como *faute du service*, quando, o serviço não funciona, funciona mal ou atrasado.

Acerca da responsabilidade subjetiva do Estado, nos ensina Celso Antonio Bandeira de Melo: *Ocorre a culpa do serviço ou "falta do serviço" quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a responsabilidade objetiva.*

(...)

Em suma: a ausência do serviço devido ao seu defeituoso funcionamento, inclusive por demora, basta para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em agravo dos administrados.

Para a configuração da falta do serviço, necessária a demonstração da ocorrência do dano, nexo de causalidade entre estes, comportamento omissivo da Administração e a existência de culpa.

Feitas estas considerações, passo a análise da presença dos requisitos necessários para a responsabilização do ente público – dano e nexo causal entre este e a alegada conduta ilícita do Município e da Fazenda:

In casu, extrai-se dos autos, que a apelante sofreu uma fratura no fêmur em 09.05.2015 (fls. 21) e teve encaminhamento para realização de cirurgia, a qual, no entanto, não foi realizada em razão de **falta de material cirúrgico** na mesma data, pelo Hospital Municipal de Votorantim (fls. 282).

Apparecida então permaneceu internada na unidade citada até 20.05.2015 (fls. 138), quando foi transferida para o Hospital São Camilo em Itu/SP (fls. 263).

Ocorre que a necessidade do procedimento cirúrgico restou evidente, tanto que houve deferimento de liminar para determinar à realização dessa mesma cirurgia no prazo de 10 (dez) dias, em 08.06.2015 (fls. 79), cujos mandados foram cumpridos em 10.06.2015 (fls. 86).

Entretanto, não houve tempo hábil para a realização do procedimento e Apparecida faleceu no dia 13/06/2016 (fls. 216).

A Diretoria Técnica de Departamento do Conjunto Hospital de Sorocaba veio a confirmar nos autos a não realização do procedimento cirúrgico: "*Referente a paciente Apparecida de Pontes Zancheta, informamos que* ***a mesma não realizou procedimento cirúrgico nesta Unidade Hospitalar*** *[...]*".

Impende ressaltar que a própria Administração confirmou o caráter de urgência em relação ao atendimento da apelante (fl. 281), no entanto, não despendeu de prazo razoável para a realização da operação cirúrgica.

E ainda, da análise do conjunto probatório extrai-se que a paciente teve que aguardar lapso temporal superior a 1 (um) mês, sem a realização do

procedimento, contado da data na qual buscou o órgão público (09.05.15) até a data de seu falecimento (13.06.2015).

Decerto, sabe-se que a transferência de qualquer paciente aos hospitais de especialidade médicas credenciados depende do surgimento de vagas e de estrutura material, contudo, não subsiste no caso em apreço tal argumento, devido à constatação por parte do próprio Hospital de Votorantim da urgência para que atendesse a autora, assim como houve a violação ao princípio da razoabilidade pelo tempo excessivo de espera para o procedimento cirúrgico de caráter urgente, que não foi realizado.

Ademais, importante destacar que, por ser a apelante pessoa idosa, a esta é assegurado atendimento prioritário, o que não foi observado neste caso, nos termos do Estatuto do Idoso:

> *''Art. 3º. É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.*
>
> *Parágrafo único - A garantia de prioridade compreende:*
>
> *I - atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população;*
>
> *VIII - garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais".*

Em suma, a Administração não adotou todas as providências administrativas cabíveis para garantir o bom estado de saúde da apelante, que veio a falecer, enquanto buscava repetidamente sua operação cirúrgica.

Da conduta que se extrai dos autos, pode-se admitir a responsabilização dos apelados, pois analisando os procedimentos dos agentes de saúde envolvidos, estes agiram de forma integralmente ilícita e indiligente, pois não buscaram solucionar o caso tempestivamente para garantir a estabilidade da saúde da apelante.

A mera alegação dos apelados de que somente foram cientificados da liminar em 12.06.2015, um dia antes do óbito da apelante, não justifica a omissão e negligência perpetrada por mais de 1 (um) mês, pois a Administração não está vinculada às decisões judiciais para que atenda os seus administrados com celeridade.

Assim, existe nexo causal entre o alegado dano e conduta da Administração que se colocou de forma omissa, possuindo o Estado, consequentemente, o dever de indenizar.

Nesta linha, quanto aos danos morais, deve-se considerar que a indenização não constitui reparação, mas sim uma compensação, eis que, a dor,

Acesso ao Sumário

a aflição e o incômodo sofridos não podem ser mensurados. A compensação pode ser razoavelmente estabelecida, até como solução de equidade.

E, não havendo um critério legal para a fixação dos danos morais, entendo que devem ser arbitrados levando-se em consideração o prejuízo causado, a gravidade do dano e as condições do causador do dano, servindo a condenação como uma punição, para que este seja desestimulado a reiterar a conduta e, ao mesmo tempo, não sirva de enriquecimento ilícito à outra parte, que deve ter proporcionado uma satisfação justa.

Nesse sentido, vale transcrever os ensinamentos de Rui Stoco:

"(...) Tratando-se de dano moral, nas hipóteses em que a lei não estabelece critérios de reparação, impõe-se obediência ao que podemos chamar de 'binômio do equilíbrio', cabendo reiterar e insistir que a compensação pela ofensa irrogada não deve ser fonte de enriquecimento sem causa para quem recebe, nem causa de ruína para quem dá. Mas também não pode ser tão apequenada que não sirva de punição e desestímulo ao ofensor, ou tão insignificante que não compense ou satisfaça o ofendido, nem o console e contribua para a superação do agravo recebido."[1]

Nesse passo, de acordo com o princípio da razoabilidade e segundo prudente arbítrio com análise do caso concreto, entendo que o valor da indenização deve ser fixado em R$24.000,00 (vinte e quatro mil reais), nos termos requeridos na inicial.

Diante disso, tendo em vista que no caso em tela não é aplicável o texto originário do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, uma vez que incide apenas "*nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos*", aplicam-se nas condenações decorrentes do reconhecimento da responsabilidade civil do Estado, as regras concernentes aos juros legais especificadas na lei civil, a regra do art. 406, do Código Civil de 2002, incidindo a Taxa Selic.

E, sobre os danos morais deverá incidir juros de mora, desde o evento danoso, nos termos da súmula 54, do Superior Tribunal de Justiça e correção monetária desde o arbitramento, nos termos da súmula 362, do Superior Tribunal de Justiça.

Destarte, merece reforma a r. sentença para que seja a ação julgada procedente, fixando o valor de R$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais) a títulos de danos morais, invertendo o ônus da sucumbência.

No presente caso, por se tratar de sentença prolatada depois da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, ante a interposição do presente recurso, conforme expresso no art. 85, §1º, condeno os vencidos ao pagamento cumulativo de honorários, os quais arbitro em 10% do valor da causa.

Acesso ao Sumário

1 STOCO, Rui. "Tratado de responsabilidade civil – doutrina e jurisprudência", 7ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 128.

Ocorrendo isto, **DOU PROVIMENTO AO RECURSO**, nos termos supramencionados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000479-21.2016.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE ARAÇATUBA, é apelado ACIMARA CUSTÓDIO FERREIRA SILVA – ME.

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 apelo e ao reexame necessário. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.885)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CRISTINA COTROFE (Presidente) e BANDEIRA LINS.

São Paulo, 20 de dezembro de 2016.

LEONEL COSTA, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – CASSAÇÃO DE ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO PARA A ATIVIDADE DE MOTOTAXISTA – Pretensão de anulação do ato administrativo de cassação de alvará de localização e funcionamento – Violação pela Administração Pública dos princípios do contraditório e da ampla defesa – Ausência de comprovação de comunicação enviada ao impetrante, para demonstrar que garantiu o exercício da ampla defesa e do contraditório à impetrante, nos termos do Decreto Municipal nº 17.854/2014. Sentença que concedeu a ordem mantida.

Recurso voluntário do réu e reexame necessário não providos.

VOTO

Vistos.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Acimara Custódio Ferreira Silva - Me contra ato do Secretário Municipal de Planejamento Urbano e Habitação do Município de Araçatuba, que cassou o alvará de localização

e funcionamento de sua empresa de mototáxi, objetivando a anulação do ato administrativo por violação aos princípios da legalidade, ampla defesa e contraditório.

A liminar foi deferida às fls. 34/35.

A r. sentença de fls. 72/74 concedeu a ordem para declarar nulo o ato administrativo que cassou o alvará de localização e funcionamento da empresa de mototáxi da impetrante. Julgou extinto o processo, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do NCPC. Não há fixação de honorários (Súmula 512 do Supremo Tribunal Federal).

No prazo legal, apela o Município de Araçatuba. Alega perda do objeto, pois a decisão que determinou a cassação de licença de funcionamento já foi suspensa. Requer, assim, seja a ação extinta sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Novo Código de Processo Civil.

Contrarrazões à fl. 84.

É o relatório, voto.

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.

A impetrante se insurge contra ato administrativo que cassou o alvará de localização e funcionamento de sua empresa de moto-táxi, por infração ao artigo 16, inciso VII e parágrafo único, da Lei Municipal nº 6.690/2005. Alega que não lhe foram garantidos os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

O Decreto Municipal nº 17.854/2014, ao regulamentar o processo administrativo para sistematização de regras para o exercício da profissão de mototáxi, garante em seu artigo 16 o exercício da ampla defesa e do contraditório, cujo texto segue:

> Art. 16 - Em qualquer procedimento administrativo instaurado para punição de infração descrita na Lei Municipal nº6690/05, o infrator será comunicado através de correspondência com Aviso de Recebimento (AR), da qual constarão a descrição da conduta tipificada e a respectiva pena, e terá quinze dias para, querendo, oferecer resposta.

Assim, conforme bem asseverado pelo d. magistrado *a quo*, bastaria à apresentar o Aviso de Recebimento (AR) da comunicação enviada ao impetrante, para demonstrar que lhe garantiu o exercício da ampla defesa e do contraditório, nos termos do Decreto Municipal nº 17.854/2014, porém, assim não fez.

Ademais, não há que se falar em superveniente perda de objeto da ação em razão da suspensão do ato administrativo, uma vez que a suspensão do ato implica na subsistência deste, mas com seus efeitos suspensos, persistindo, assim, a necessidade ou utilidade na tutela jurisdicional, pois o objeto da

Acesso ao Sumário

impetração é a anulação do ato.

De rigor, portanto, a manutenção da r. sentença que declarou nulo o ato administrativo por violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso voluntário do réu e ao reexame necessário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003706-06.2015.8.26.0565, da Comarca de São Caetano do Sul, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado ARISTEU XAVIER DE PAULA NETO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª 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, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.093)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REBOUÇAS DE CARVALHO (Presidente sem voto), OSWALDO LUIZ PALU e CARLOS EDUARDO PACHI.

São Paulo, 19 de dezembro de 2016.

DÉCIO NOTARANGELI, Relator

Ementa: TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO – IPVA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – VEÍCULO – TRANSFERÊNCIA – COMUNICAÇÃO AO ÓRGÃO DE TRÂNSITO – INEXISTÊNCIA.

O proprietário que transfere seu veículo deve comunicar o órgão executivo de trânsito do Estado no prazo de trinta dias (art. 6º, II, da Lei Estadual nº 13.296/08). Veículo adquirido pela parte e posteriormente devolvido. Alegação de fraude na transferência final. Irrelevância. Responsabilidade afastada somente com a comunicação dos fatos ao Estado. Pedido procedente, em parte. Recurso provido, em parte.

VOTO

A r. sentença de fls. 98/99, cujo relatório se adota, julgou procedente o

pedido inicial e declarou a inexigibilidade de IPVA referente aos exercícios de 2013 a 2015 sobre o veículo descrito na inicial, anulou os lançamentos em nome do autor e determinou o cancelamento do protesto de certidão de dívida ativa.

Inconformada apela a vencido objetivando a reforma do julgado. Para tanto, sustenta, em síntese, que o veículo foi adquirido e financiado pelo autor estando registrado em seu nome, inexistindo prova de que o negócio foi desfeito e o bem devolvido à vendedora, assim como de comunicação do fato à administração tributária.

Recurso processado, com contrarrazões, ausente oposição das partes ao julgamento virtual.

É o relatório.

Assiste razão, em parte, à apelante.

Narra o autor que em março de 2012 adquiriu o automóvel usado descrito na inicial da empresa RFO Multimarcas mediante financiamento de BV Financeira. Cinco dias depois, porém, o veículo apresentou defeito e foi devolvido à vendedora, com a promessa de que o financiamento seria "transferido" e toda a documentação seria regularizada.

Confiando na promessa, o comprador não tomou qualquer providência até 2014, quando foi surpreendido por uma ação de busca e apreensão da instituição financeira. Apenas então providenciou a lavratura do Boletim de Ocorrência de fls. 10/12, muito embora tenha perdido a posse da motocicleta entregue à RFO Multimarcas como parte do pagamento do veículo.

Em outras palavras, segundo a própria narrativa o autor adquiriu o automóvel Peugeot e posteriormente foi vítima de estelionato, induzido a erro pelo vendedor. De qualquer forma, verdadeira ou não a promessa que a vendedora providenciaria a regularização dos documentos, as convenções entre particulares obrigam apenas as partes envolvidas não sendo oponíveis à Fazenda Pública "para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes" (art. 123 do CTN).

Acesso ao Sumário

E a definição legal de sujeito passivo da obrigação de pagar IPVA inclui tanto o atual proprietário quanto aquele que aliena, ou seja, transfere o veículo sem fornecer os dados necessários à alteração no Cadastro de Contribuintes do IPVA no prazo de 30 dias (arts. 5º e 6º, II, Lei nº 13.296/08), que é precisamente o que relata o apelado.

Assim, esteja o autor na qualidade de contribuinte ou responsável tributário, a exação é legítima. A diferença entre um e outro está na possibilidade de afastar a obrigação com a comunicação da transferência da propriedade (art. 6º, II, parte final), o que somente foi feito em novembro de 2014. Portanto, não há como reconhecer a inexistência de relação jurídica tributária relativa ao IPVA dos exercícios de 2013 e 2014.

Entretanto, a fim de que a situação do apelado não se perpetue eternamente é razoável e justo que se determine o bloqueio por falta de transferência de titularidade. Não a partir do alegado desfazimento do negócio, por falta das respectivas comunicações legais, mas a contar comunicação de crime à autoridade policial documentada em boletim de ocorrência, até porque a falsidade das alegações configura, em tese, crime previsto nos arts. 299 e 340 do Código Penal. Dessa forma, não basta a dúvida genérica lançada pela apelante sobre a unilateralidade da formação do boletim de ocorrência. Portanto, a partir do exercício de 2015, inclusive, o IPVA não pode mais ser exigido do autor. Nesse sentido a jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça:

> "APELAÇÃO – BLOQUEIO DO VEÍCULO – AUSÊNCIA DE PROVA DA ALIENAÇÃO DO VEÍCULO não obstante a ausência de provas da alienação do veículo, o bloqueio do veículo se impõe – Trata-se de ato vinculado da Administração Pública, sob pena de ofensa ao Princípio da Legalidade. RECURSO NÃO PROVIDO" (Apelação Cível nº 0013983-69.2010.8.26.0114, rel. Des. José Luiz Germano, j. 07/02/12).
>
> "AÇÃO DECLARATÓRIA TRANSFERÊNCIA DOVEÍCULO, SEM A CIÊNCIA DA ALIENAÇÃO À REPARTIÇÃO DE TRÂNSITO COMPETENTE – PEDIDO DE BLOQUEIO DO VEÍCULO – ADMISSIBILIDADE, A FIM DE COMPELIR O ATUAL PROPRIETÁRIO A REGULARIZAR A TRANSFERÊNCIA DO VEÍCULO, O QUE NÃO IMPLICA, DESTARTE, A IMEDIATA MUDANÇA DE TITULARIDADE NO CADASTRO DO DETRAN – RECURSO IMPROVIDO" (Apelação Cível nº 0080645-49.2009.8.26.0114, rel. Des. Pires de Araújo, j. 05/03/12).
>
> "BLOQUEIO DE VEICULO – Veículo alienado – Ausência de comunicação ao DETRAN – Multas de trânsito – Autor que não sabe o paradeiro do adquirente, e não possui o CRV do veículo nem qualquer documento que comprove a alienação – Bloqueio judicial do veículo – Único meio de localização do atual proprietário – Exigência de comunicar a transferência do veículo, no prazo assinado no art. 134 do Código de Trânsito Brasileiro, que não pode obstar seu direito de pleitear o bloqueio por falta de transferência – Recurso improvido" (Apelação Cível nº 0068496-26.2006.8.26.0114, rel. Des. Antônio Carlos Malheiros, j. 27/03/12).
>
> "APELAÇÃO – Mandado de Segurança – Alienação de veículo que não foi comunicada formalmente ao DETRAN no trintídio previsto no artigo 134 do Código de Trânsito Brasileiro – Pedido de bloqueio do veículo – Admissibilidade a fim de evitar que a situação do impetrante perdure sem solução, determina-se o bloqueio do veículo por falta de transferência de titularidade – Responsabilidade solidária até o ajuizamento da ação –

Acesso ao Sumário

Recurso provido" (Apelação Cível nº 0003524-73.2011.8.26.0081, Rel. Des. Sérgio Gomes, j. 11 de julho de 2012).

Por essas razões, dá-se provimento, em parte, ao recurso para reformar a r. sentença apelada e julgar improcedente o pedido inicial em relação ao IPVA dos exercícios de 2013 e 2014, mantida, no mais, a r. sentença apelada, nos termos acima especificados. Havendo sucumbência recíproca, as custas processuais serão rateadas na proporção de 2/3 para o autor e 1/3 para a ré, respondendo as partes com o pagamento de honorários advocatícios fixados em R$ 200,00, nos termos do art. 85, § 8º, CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1027720-49.2015.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado FERRAMENTARIA METHODO LTDA.

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. Declarará voto convergente o 3º juiz, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.357)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ LUIZ GERMANO (Presidente) e EDSON FERREIRA.

São Paulo, 9 de janeiro de 2017.

J. M. RIBEIRO DE PAULA, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Sustação de protesto de CDA – Incidência inconstitucional dos juros previstos pela Lei 13.918/09 – Admissibilidade – Interpretação conforme a Constituição, decisão do C. Órgão Especial do TJSP – Impossibilidade de exceder os juros incidentes na cobrança dos tributos federais – Sentença de procedência confirmada – Reexame necessário e recurso de apelação, desprovidos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Relatório

Mandado de segurança contra ato do Procurador Geral do Estado de São

Paulo, objetivando o cancelamento do protesto de CDA.

A sentença, de relatório adotado, concedeu a segurança, para cancelar o protesto da CDA.[1]

Recorre a FESP, pela reforma da sentença; recurso recebido e contra-arrazoado.[2]

Fundamentação

O protesto de CDA é medida prevista em lei, expressamente autorizado pelo par. único do art. 1º da Lei 9.492/97, acrescentado pela Lei 12.767/12:

> "Art. 1º Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.
>
> Parágrafo único. Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas."

Mesmo com a possibilidade de a FESP cobrar a dívida ativa mediante processo de execução fiscal, nada impede o protesto da CDA, que visa dar publicidade à mora do devedor, de modo a compeli-lo a quitar seus débitos perante o Fisco, sem a necessidade de provocação do Poder Judiciário. Esse é o entendimento do C. STJ:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PROTESTO DE CDA. LEI 9.492/97. INTERPRETAÇÃO CONTEXTUAL COM A DINÂMICA MODERNA DAS RELAÇÕES SOCIAIS E O "II PACTO REPUBLICANO DE ESTADO POR UM SISTEMA DE JUSTIÇA MAIS ACESSÍVEL, ÁGIL E EFETIVO". SUPERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. 1. Trata-se de Recurso Especial que discute, à luz do art. 1º da Lei 9.492/1997, a possibilidade de protesto da Certidão de Dívida Ativa (CDA), título executivo extrajudicial (art. 586, VIII, do CPC) que aparelha a Execução Fiscal, regida pela Lei 6.830/1980. 2. Merece destaque a publicação da Lei 12.767/2012, que promoveu a inclusão do parágrafo único no art. 1º da Lei 9.492/1997, para expressamente consignar que estão incluídas "entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas". 3. Não bastasse isso, mostra-se imperiosa a superação da orientação jurisprudencial do STJ a respeito da questão. 4. No regime instituído pelo art. 1º da Lei 9.492/1997, o protesto, instituto bifronte que representa, de um lado, instrumento para constituir o devedor em mora e provar a inadimplência, e, de outro, modalidade alternativa para cobrança de dívida, foi ampliado, desvinculando-se dos títulos estritamente cambiariformes para abranger todos e quaisquer "títulos ou documentos de dívida". Ao contrário do afirmado pelo Tribunal de origem, portanto, o atual regime jurídico do protesto não é vinculado exclusivamente aos títulos cambiais. 5. Nesse sentido, tanto

1 Fls. 146/148.

2 Recurso de apelação, fls. 153/176; recebimento, fl. 177; contrarrazões, fls. 186/207.

Acesso ao Sumário

o STJ (RESP 750805/RS) como a Justiça do Trabalho possuem precedentes que autorizam o protesto, por exemplo, de decisões judiciais condenatórias, líquidas e certas, transitadas em julgado. 6. Dada a natureza bifronte do protesto, não é dado ao Poder Judiciário substituir-se à Administração para eleger, sob o enfoque da necessidade (utilidade ou conveniência), as políticas públicas para recuperação, no âmbito extrajudicial, da dívida ativa da Fazenda Pública. 7. Cabe ao Judiciário, isto sim, examinar o tema controvertido sob espectro jurídico, ou seja, quanto à sua constitucionalidade e legalidade, nada mais. A manifestação sobre essa relevante matéria, com base na valoração da necessidade e pertinência desse instrumento extrajudicial de cobrança de dívida, carece de legitimação, por romper com os princípios da independência dos poderes (art. 2º da CF/1988) e da imparcialidade. 8. São falaciosos os argumentos de que o ordenamento jurídico (Lei 6.830/1980) já instituiu mecanismo para a recuperação do crédito fiscal e de que o sujeito passivo não participou da constituição do crédito. 9. A Lei das Execuções Fiscais disciplina exclusivamente a cobrança judicial da dívida ativa, e não autoriza, por si, a insustentável conclusão de que veda, em caráter permanente, a instituição, ou utilização, de mecanismos de cobrança extrajudicial. 10. A defesa da tese de impossibilidade do protesto seria razoável apenas se versasse sobre o "Auto de Lançamento", esse sim procedimento unilateral dotado de eficácia para imputar débito ao sujeito passivo. 11. A inscrição em dívida ativa, de onde se origina a posterior extração da Certidão que poderá ser levada a protesto, decorre ou do exaurimento da instância administrativa (onde foi possível impugnar o lançamento e interpor recursos administrativos) ou de documento de confissão de dívida, apresentado pelo próprio devedor (e.g., DCTF, GIA, Termo de Confissão para adesão ao parcelamento, etc.). 12. O sujeito passivo, portanto, não pode alegar que houve "surpresa" ou "abuso de poder" na extração da CDA, uma vez que esta pressupõe sua participação na apuração do débito. Note-se, aliás, que o preenchimento e entrega da DCTF ou GIA (documentos de confissão de dívida) corresponde integralmente ao ato do emitente de cheque, nota promissória ou letra de câmbio. 13. A possibilidade do protesto da CDA não implica ofensa aos princípios do contraditório e do devido processo legal, pois subsiste, para todo e qualquer efeito, o controle jurisdicional, mediante provocação da parte interessada, em relação à higidez do título levado a protesto. 14. A Lei 9.492/1997 deve ser interpretada em conjunto com o contexto histórico e social. De acordo com o "II Pacto Republicano de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo", definiu-se como meta específica para dar agilidade e efetividade à prestação jurisdicional a "revisão da legislação referente à cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, com vistas à racionalização dos procedimentos em âmbito judicial e administrativo". 15. Nesse sentido, o CNJ considerou que estão conformes com o princípio da legalidade normas expedidas pelas Corregedorias de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e de Goiás que, respectivamente, orientam seus órgãos a providenciar e admitir o protesto de CDA e de sentenças condenatórias transitadas em julgado, relacionadas às obrigações alimentares.

Acesso ao Sumário

16. A interpretação contextualizada da Lei 9.492/1997 representa medida que corrobora a tendência moderna de intersecção dos regimes jurídicos próprios do Direito Público e Privado. A todo instante vem crescendo a publicização do Direito Privado (iniciada, exemplificativamente, com a limitação do direito de propriedade, outrora valor absoluto, ao cumprimento de sua função social) e, por outro lado, a privatização do Direito Público (por exemplo, com a incorporação - naturalmente adaptada às peculiaridades existentes - de conceitos e institutos jurídicos e extrajurídicos aplicados outrora apenas aos sujeitos de Direito Privado, como, e.g., a utilização de sistemas de gerenciamento e controle de eficiência na prestação de serviços). 17. Recurso Especial provido, com superação da jurisprudência do STJ.

(REsp 1126515/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/12/2013, DJe 16/12/2013).

Ademais, o Órgão Especial deste E. Tribunal já teve oportunidade de pronunciar-se sobre o tema em Arguição de Inconstitucionalidade que restou desacolhida:

Arguição de inconstitucionalidade. Lei 12.767/2012, que acrescentou dispositivo à Lei nº 9.492/97 de modo a admitir extração de protesto de certidões de dívida ativa. Alegação de falta de pertinência temática entre a emenda legislativa que acrescentou aquela disposição e o teor da Medida Provisória submetida a exame. Irrelevância. Pertinência temática que a Constituição da República só reclama nos casos nela indicados em "numerus clausus", rol que não compreende o tema em questão. Sanção presidencial que, ademais, validou o acréscimo feito pelo Legislativo, perdendo sentido, destarte, discussão sobre a regularidade formal daquela modificação. Inconstitucionalidade não reconhecida Arguição desacolhida **(Arguição de Inconstitucionalidade nº 0007169-19.2015.8.26.0000; Relator(a): Arantes Theodoro; Comarca: Mogi das Cruzes; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 29/04/2015).**

No entanto, os encargos cobrados pela FESP, com previsão na Lei nº 13.918/09, comprometem a própria subsistência do protesto do título fiscal.

O Órgão Especial deste Tribunal de Justiça decidiu conferir interpretação conforme a CF dos arts. 85 e 96 da Lei 6.374/89, com a redação dada pela Lei 13.918/09, de modo que a taxa de juros aplicável ao montante do tributo não exceda aquela incidente na cobrança dos tributos federais, *verbis:*

"INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – Arts. 85 e 96 da Lei Estadual n° 6.374/89, com a redação dada pela Lei Estadual n° 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 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

Acesso ao Sumário

no art. 24, inciso I, da CF, em que se situa a competência concorrente da União, dos Estados e do DF – §§ Iº a 4° 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" 183.907-4/SP e ADI n° 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° 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° 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 vêm 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 § 2º) – Procedência parcial da arguição."[3]

Diante do exposto, nega-se provimento ao reexame necessário e ao recurso voluntário da FESP; confirma-se a sentença de sustação do protesto da CDA nº 1183389527, emitida com os juros previstos na Lei 13.918; se já efetivado, que cesse sua publicidade. É como voto.

Dispositivo

REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO DE APELAÇÃO, DESPROVIDOS.

Acesso ao Sumário

3 Arguição de Inconstitucionalidade nº 0170909-61.2012.8.26.0000, Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, j. 27.02.2013.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

O douto Relator Ribeiro de Paula manteve a sentença de procedência, a qual sustou o protesto da CDA nº 1183389527, levado a efeito com aplicação de juros calculados com base na Lei nº 6.374/89, com a redação dada pela Lei nº 13.918/09, declarada inconstitucional pelo Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça.

Em casos análogos, decidi nesta Colenda 12ª Câmara ser cabível o protesto, sendo desnecessária a anulação da CDA para sanar os juros reputados ilegais (*utile per inutile non vitiatur*). Para tanto, vide: AP 2030161-03.2016.8.26.0000, j. 07.12.2016; AP 1000181-56.2015.8.26.0099, j. 07.12.2016; AI 2244078-42.2015.8.26.0000, j. 05.08.2016.

Não obstante, nesse caso, para não causar divergências, apenas ressalvo minha posição, mas acompanho o relator.

JOSÉ LUIZ GERMANO, Desembargador, 3º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0023546-71.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados MARINALVA FERRAZ DOMINGOS, MARIA ILZA FERRAZ DE OLIVEIRA, ZENITA FERRAZ DOS SANTOS TEIXEIRA, JOAO FERRAZ DOS SANTOS, ALCENI FERRAZ DOS SANTOS e IRACI FERRAZ DOS SANTOS (FALECIDO).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento à apelação fazendária e deram provimento parcial à remessa necessária, por V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.657)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), FRANCISCO BIANCO e NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 10 de janeiro de 2017.

FERMINO MAGNANI FILHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO – Pedido de

ressarcimento moral em razão de falha na prestação de serviço médico-hospitalar que resultou no óbito da genitora dos autores – Negligência materializada pela má qualidade no atendimento médico na rede pública – Elementos configuradores do dever de indenizar comprovados nos autos – Apelação fazendária não provida – Remessa necessária parcialmente provida tão somente para readequação do termo inicial da correção monetária.

LEI 11.960/2009: ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA – Eficácia resolvida pelo Supremo Tribunal Federal, nas ADINs nºs 4.357 e 4.425 – Inconstitucionalidade da expressão "índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança", inscrita no artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação alterada pelo artigo 5º da Lei nº 11.960/2009 – Consequente vácuo para o estabelecimento de novo indexador mais consentâneo à vocação primordial da correção monetária, que é assegurar o poder de compra do capital comprometido em consequência da decisão judicial – Adoção do IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo) no que concerne à correção monetária, consoante precedente havido no Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.270.439/PR, do Eg. Superior Tribunal de Justiça (j. 26/06/2013). JUROS MORATÓRIOS – Escalonamento conforme edição da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24/08/2001, e da Lei nº 11.960, de 30/06/2009 – Utilização dos critérios estabelecidos no REsp nº 937.528/RJ (STJ-5ª Turma, DJe 1º/11/2011).

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Apelação tempestiva interposta pela Fazenda Paulista contra r. sentença do digno Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital (fls 133/134), que julgou procedente ação ajuizada por Marinalva Ferraz Domingos, Maria Ilza Ferraz de Oliveira, Zenita Ferraz dos Santos Teixeira, João Ferraz dos Santos e Alceni Ferraz dos Santos, visando ressarcimento moral em razão de falha na prestação de serviço médico-hospitalar estatal, que resultou no óbito de Iraci Ferraz dos Santos, genitora dos autores.

Recurso fundado, em síntese, nestas teses: a) o Hospital Regional não se destina ao tratamento psiquiátrico, não necessitando impreterivelmente de proteção nas janelas ou profissionais especializados; b) a conduta suicida da falecida excedeu a previsão hospitalar (fls 150/155).

Apelo respondido (fls 159/169).

É o relatório.

1- De início, considero interposta a remessa necessária.

No caso em tela a sentença condenatória é ilíquida, devendo ser efetuada a consolidação dos valores devidos, incluindo-se a correção monetária. Teresa Arruda Alvim Wambier, em obra coletiva, ensina que *a remessa necessária somente pode ser dispensada se a sentença for certa e líquida. Aliás, o § 3º do art. 496 do CPC vale-se expressamente da expressão "valor certo e líquido". Sendo ilíquida a sentença, não é possível dispensar a remessa necessária (Súmula do STJ, 490). O enunciado 490 da Súmula do STJ refere-se ao valor de sessenta salários mínimos, que era previsto no CPC/1973. O entendimento mantém-se; alteram-se apenas os limites legais* (Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil, 1ª edição, página 1261, Revista dos Tribunais, 2015).

2- Ao mérito:

Os irmãos Marinalva Ferraz Domingos, Maria Ilza Ferraz de Oliveira, Zenita Ferraz dos Santos Teixeira, João Ferraz dos Santos e Alceni Ferraz dos Santos ajuizaram ação reparatória de danos morais em face da Fazenda Paulista, reclamando ressarcimento moral pela morte da sua genitora Irani Ferraz dos Santos. Ela encontrava-se internada no Hospital Artur Ribeiro de Sabóia, com quadro clínico de hipertensão arterial seguida de infarto. Transferida na noite de 24/03/2010 para o Hospital Regional Sul, apresentou sinais de agitação levando a equipe médica a aplicar-lhe medicação sedativa e privar visitas, fatos estes que sucederam o ato suicida da paciente ao lançar-se da janela do quinto andar desse prédio.

Afirma a Fazenda Paulista que todas as medidas necessárias foram empreendidas no que diz respeito ao infarto e sua posterior inquietação. Contudo, a referida excedeu a previsão hospitalar pela ausência de histórico depressivo ou psiquiátrico.

Mesmo assim, não resta dúvida quanto a negligência médica nos cuidados prestados, uma vez que o próprio quadro instável merecia maior precaução, motivo pelo qual a r. sentença deve ser mantida.

A responsabilidade, não é demais ressaltar, é objetiva.

Dispõe a Constituição Federal:

Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos

Acesso ao Sumário

princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público de as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Assim, forçoso reconhecer os elementos que consubstanciam o dever de indenizar no presente caso. Estão comprovados os elementos do fato complexo que compõem a *causa petendi* próxima da responsabilidade civil, consubstanciada na narrativa do autor: a) inegável a *imperícia* do Hospital Municipal; b) o *resultado* danoso (óbito da vítima); c) o liame, o *nexo causal* entre a conduta negativa e os prejuízos morais.

O magistério de Hely Lopes Meirelles acentua que a responsabilidade do Estado, em situações como a presente, é objetiva: *O exame desse dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar os danos causados a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão.*

Continua o mestre:

Por isso, incide a responsabilidade civil objetiva quando a Administração Pública assume o compromisso de velar pela integridade física da pessoa e esta vem a sofrer um dano decorrente da omissão do agente público naquela vigilância. Assim, os alunos da rede oficial de ensino, pessoas internadas em hospitais públicos ou detentos, caso sofram algum dano quando estejam sob a guarda imediata do Poder Público, têm direito à indenização, salvo se ficar comprovada a ocorrência de alguma causa do dever daquela responsabilidade estatal (Direito Administrativo Brasileiro, 33ª edição, páginas 655/656, Malheiros, 2007).

Ademais, é preciso salientar que não se requer atitude dolosa, intencional, para configuração do dever estatal de reparar o dano. Na lição de Marçal Justen Filho, *quando o Estado infringir esse dever objetivo e, exercitando suas competências, der oportunidade à ocorrência do dano, estarão presentes os elementos necessários à formulação de um juízo de reprovabilidade quanto à sua conduta. Não é necessário investigar a existência de uma vontade psíquica no sentido da ação ou omissão causadoras do dano. A omissão da conduta necessária e adequada consistente na materialização de vontade defeituosamente desenvolvida. Logo, a responsabilidade continua a envolver um elemento subjetivo, consistente na formulação defeituosa da vontade de agir ou deixar de agir* (Curso de Direito Administrativo, 2ª edição, página 811, Saraiva, 2006).

Em suma, *a jurisprudência tem reconhecido a responsabilidade civil do*

Acesso ao Sumário

Estado, com obrigação de indenizar os danos nos casos de lesões ou morte decorrentes de demora ou de inadequado atendimento hospitalar prestado ao paciente pelo hospital público, por desídia ou negligência de seu serviço médico (Yussef Said Cahali - Responsabilidade Civil do Estado, 3ª Edição, página 251, Revista dos Tribunais, 2007).

A ausência de prestação médica ao sintoma de agitação apresentada pela paciente, bem como deixá-la desacompanhada demonstram a falha no atendimento estatal. Estas condutas levam ao nexo causal do suicídio, portanto a responsabilidade objetiva recai sobre o Estado.

Nestes termos, caracterizado o nexo de causalidade, mantenho a verba indenizatória fixada na sentença de primeiro grau.

Anoto tratar-se de família proletária, autores beneficiários da gratuidade processual, que em nada enriquecerão com as cotas indenizatórias individuais de R$ 50.000,00 que lhes foram arbitradas, sobretudo em razão dos notórios calotes estatais que invariavelmente constrangem o pagamento dos credores-cidadãos.

3- Necessário estabelecer os parâmetros de consolidação dos valores devidos a título de danos morais.

Antecipo-me em dispor sobre as consequências do advento da Lei Federal nº 11.960/2009. Assunto que certamente atormentará a fase executiva.

É conhecida, e isso se toma como fato notório, a má disposição do Estado Brasileiro, por qualquer das três esferas federativas – União, Estados e Municípios – no que tange a honrar compromissos financeiros. O cidadão enfrenta, portanto, não apenas a inadimplência do Estado, já por si bastante grave. Pior é a sua infidelidade, afrontosa aos direitos subjetivos dos súditos, desonrando obrigações. Aí o germe da deslegitimação do poder estatal – e do Poder Judiciário, se nisso consente –, a anarquia das instituições.

Consequência desse costume espúrio, a sociedade brasileira sofreu duas investidas praticamente simultâneas do império estatal: a Lei nº 11.960, editada em 29/06/2009, e a Emenda Constitucional nº 62, publicada em 12/12/2009. A primeira corrói o cômputo dos juros e da correção monetária[1]. A segunda institui parcelamento semidesindexado (caem os juros compensatórios) de longuíssimo prazo, que certamente tampouco será cumprido. Como de hábito, nenhum alento aos credores.

Parte significativa dos magistrados em 2º grau reagiu pelo CADIP - Centro de Apoio ao Direito Público, considerando que *a Lei nº 11.960 somente se aplica às ações ajuizadas após a sua vigência, ressalvada a eventual declaração de*

1 Diz-se no artigo 5º da Lei Federal 11.960/09, que inseriu o artigo 1º-F à Lei Federal 9.494/97: *Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.*

inconstitucionalidade desta norma. Da mesma origem, *a Lei nº 11.960/2009 não se aplica aos processos com trânsito em julgado, em respeito à coisa julgada*. Aguardávamos, portanto, o que considerávamos a inevitável declaração de inconstitucionalidade desse diploma, ou parte dele, pelos Tribunais Superiores, mas com o óbvio cuidado político-jurisdicional de nada precipitarmos nesta instância, além daqueles dois verbetes, sob pena de agravar os maus tratos já impingidos ao desgraçado credor.

Assunto agora pacificado – ao menos aparentemente pacificado, se surpresa não houver no ensejo da sua modulação – pelo E. Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento das ADINs nºs 4.357 e 4.425, declarou a inconstitucionalidade da expressão "*índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança*", inscrita no artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação alterada pelo artigo 5º da Lei nº 11.960/2009.

Seguindo co'a interpretação conforme do § 12 do artigo 100 da Constituição Federal, decidiram os Senhores Ministros que os critérios de fixação de juros moratórios devem prevalecer para devedores públicos e privados, nos limites de cada relação jurídica realizada, rejeitado o privilégio fazendário.

No mais, afirmado o caráter processual desse diploma, determinou-se sua incidência imediata aos processos em curso. Tópico em que se ratificou a jurisprudência já majoritária nos últimos tempos.

Concorde-se ou não co'a solução pretoriana, *Brasilia locuta est, causa finita est.* Fundamental estabelecermos a segurança jurídica que se pretende da jurisprudência dessa Corte Constitucional. Resultado já publicado, tem natureza oponível *erga omnes* e vinculativo (mas ainda que assim não fosse, valeria a ata publicada no dia 13/03/2013, *apud* Reclamações nºs 15.971/SE, relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe 14/08/2013, e 3.632-AgR, relator Ministro Eros Grau, DJe 18/08/2006).

Note-se, contudo, que ao declarar a inconstitucionalidade da expressão "*índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança*", o Supremo Tribunal Federal apenas, por assim dizer, "retirou" o indexador considerado insuficiente para repor a perda inflacionária. Logo, deixou campo aberto à estipulação de novo indexador, mais consentâneo à vocação primordial da correção monetária, que é assegurar o poder de compra do capital comprometido em consequência da decisão judicial.

Acesso ao Sumário

Necessário, pois, "suprir" esse vácuo, estipular qual será o **novo indexador judicial.**

No caso dos autos, considerados os parâmetros contábeis da casuística salada de indexadores governamentais, bem como o precedente havido Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.270.439/PR, julgado pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça no dia 26/06/2013, sob relatoria do Ministro Castro

Meira (e apesar de precedentes recentes desta mesma 5ª Câmara de Direito Público em sentido contrário, adotando o INPC) – insisto, sempre com olhos postos na segurança jurídica que deve emanar da jurisprudência unificada dos Tribunais Superiores, que, a esta altura dos acontecimentos, é o único valor realmente urgente a ser afirmado – passa-se a adotar no tocante à correção monetária o **IPCA** (Índice de Preços ao Consumidor Amplo). Índice que, escrito no V. Acórdão condutor desse julgamento, *por ser mais abrangente que o IPC, melhor reflete a inflação acumulada do período e serve de norte seguro para a atualização das condenações impostas à Fazenda Pública.*

Especificando agora o **cômputo dos juros de mora**, adaptado aqui o precedente havido no REsp nº 937.528/RJ, relatado pela Ministra Laurita Vaz (5ª Turma, DJe 1º/11/2011), temos que:

a) Aplica-se a taxa de 1% (um por cento) ao mês até a publicação da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24/08/2001, que acresceu o artigo 1º-F à Lei nº 9.494/1997;

b) Aplica-se a taxa de 0,5% (meio por cento) ao mês a partir de 24/08/2001, data da publicação da Medida Provisória nº 2.180-35, inclusive após o advento da Lei nº 11.960, de 30/06/2009, que deu nova redação ao artigo 1º-F à Lei nº 9.494/1997.

Porém, observando tratar-se de questão relativa à responsabilidade extracontratual do Estado, incide a Súmula nº 54 do Superior Tribunal de Justiça, computando-se os juros de mora a partir do evento danoso (25/03/2010). A correção monetária incidirá deste o arbitramento da indenização, nos moldes da Súmula nº 362 do Superior Tribunal de Justiça.

Por meu voto, nego provimento à apelação fazendária e dou provimento parcial à remessa necessária. Mantida na essência r. sentença recorrida, observo que a correção monetária do ressarcimento arbitrado pela perda moral (R$ 50.000,00) seguirá o IPCA desde a data da r. sentença apelada (fls 133-A/134-A - 30/09/2014), conforme orientação da Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça. Juros de mora à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, a contar do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça (25/03/2010).

Ficam as partes e respectivos procuradores cientificados que eventuais recursos interpostos contra esta decisão poderão ser submetidos a julgamento virtual.

Eventual oposição deverá ser formalizada no momento de sua interposição ou resposta.

O silêncio será interpretado como anuência ao julgamento virtual.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002469-96.2015.8.26.0609, da Comarca de Taboão da Serra, em que é apelante SANDRA REGINA DE CARVALHO, é apelado COORDENADOR DA COORDENADORIA DE GESTÃO DE RECURSOS HUMANOS DA SECRETARIA DE ESTADO DA EDUCAÇÃO 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 20.782)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AROLDO VIOTTI e JARBAS GOMES.

São Paulo, 13 de janeiro de 2017.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – PROFESSORA – APOSENTADORIA POR IDADE – Pretensão do cômputo das licenças saúde e das faltas médicas para que possa usufruir da aposentadoria especial – Possibilidade, nos termos do artigo 81, inciso II, da Lei Estadual nº 10.261/68 e dos artigos 1º, inciso I, e 4º da Lei Complementar Estadual 1.041/2008 – Precedentes deste Egrégio Tribunal – Sentença denegatória da segurança reformada.

Recurso provido.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Sandra Regina de Carvalho, titular de cargo efetivo do quadro do magistério da Secretaria Estadual de Educação, contra ato praticado pelo Coordenador da Coordenadoria Geral de Recursos Humanos da Secretaria de Estado da Educação do Estado de São Paulo, alegando, em síntese, que é titular de cargo efetivo de professora e que, tendo preenchido os requisitos legais, pleiteou a liquidação do tempo de contribuição para fins de aposentadoria por idade. Entretanto, foi-lhe negado o direito, eis que no decorrer de seu tempo de serviço afastou-se das funções docentes em alguns períodos em virtude de licença-saúde e faltas médicas. Pugna pela concessão da segurança, a fim de que sejam reconhecidos esses períodos de afastamento por motivos de saúde como de efetivo exercício para fins de aposentadoria.

Acesso ao Sumário

A liminar foi indeferida a fls. 90.

Parecer do Ministério Público pela sua não intervenção (fls. 147).

A r. sentença de fls. 155/157 julgou improcedente a ação e denegou a segurança. Custas na forma da lei. Sem arbitramento de honorários.

Inconformada, a impetrante interpôs recurso de apelação a fls. 160/165, sustentando o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo (Lei n° 10.261/2008) explicita em seu artigo 78 as hipóteses de afastamento que devem ser consideradas como de efetivo serviço, para todos os efeitos legais, sendo que dentre elas, o inciso VI, contempla os casos de doença do trabalho e/ou profissional. Afirma que adquiriu moléstia psiquiátrica advinda de sua atividade professoral, consubstanciadas nas mesopatias depressivas e fobias (CID 10: F-33 e F-40), que resultou em afastamentos para tratamento de saúde, todos aprovados pelos órgãos estaduais competentes (fls. 22/23). No mais, aduz que artigo 191 do referido Estatuto expressa o ditame da concessão de licença para o cuidado da saúde pessoal como sendo período de efetivo exercício, portanto, considerada para todo e qualquer direito trabalhista, estatutário e previdenciário. Por fim, sustenta que concretiza-se tal entendimento com o desconto para contribuição previdenciária de 11% no contracheque da apelante em todos os meses de afastamento para tratar de sua debilitada saúde.

Contrarrazões a fls. 170/172.

É o relatório.

O recurso merece provimento.

A questão cinge-se em saber se a licença para tratamento de saúde e os dias de falta médica são consideração ou não como tempo a ser considerado como de efetivo serviço.

Toma-se como norte no presente julgado, a princípio, o voto proferido na Apelação de nº 0005756-05.2012.8.26.0637 pelo ilustre desembargador Aroldo Viotti, julgada em 06 de maio de 2014, que esclarece a questão.

"Verifica-se dos documentos juntados aos autos que a autora pretende, de fato, a expedição de liquidação de tempo de contribuição para efeito de aposentadoria especial de professor, com a inclusão de períodos de licença para tratamento de saúde e dias de faltas médicas, na forma do artigo 40, § 5º, da Constituição Federal, na redação da Emenda Constitucional nº 20/98, que tem o seguinte teor:

Artigo 40 Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

Acesso ao Sumário

§ 1º. Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

(...)

III voluntariamente, desde que cumprido o tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;

(...)

§ 5º. Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em 5 (cinco) anos, em relação ao disposto no § 1º, III, a, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

A Fazenda, por sua vez, assevera que afastamentos para tratamento de saúde não constituem efetivo exercício, porque não constam do rol taxativo do artigo 78 da Lei Estadual nº 10.261/68 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo):

Artigo – 78 Serão considerados de efetivo exercício, para todos os efeitos legais, os dias em que o funcionário estiver afastado do serviço em virtude de:

I – férias;

II – casamento, até 8 (oito) dias;

III – falecimento do cônjuge, filhos, pais e irmãos, até 8 (oito) dias;

IV – falecimento dos avós, netos, sogros, do padrasto ou madrasta, até 2 (dois) dias;

V – serviços obrigatórios por lei;

VI – licença quando acidentado no exercício de suas atribuições ou atacado de doença profissional;

VII – licença à funcionária gestante;

VIII – licenciamento compulsório, nos termos do art. 206;

IX – licença-prêmio;

X – faltas abonadas nos termos do § 1º do art. 110, observados os limites ali fixados;

XI – missão ou estudo dentro do Estado, em outros pontos do território nacional ou no estrangeiro, nos termos do art. 68;

XII – nos casos previstos no art. 122;

XIII – afastamento por processo administrativo, se o funcionário for declarado inocente ou a pena imposta for de repreensão ou multa; e, ainda,

Acesso ao Sumário

os dias que excederem o total da pena de suspensão efetivamente aplicada;

XIV – trânsito, em decorrência de mudança de sede de exercício, desde que não exceda o prazo de 8 (oito) dias; e

XV – provas de competições desportivas, nos termos do item I, do § 2º, do art. 75.

XVI – licença-paternidade, por 5 (cinco) dias.

Referido dispositivo legal realmente não elenca como tempo de efetivo exercício, dentre as hipóteses que especifica, a licença para tratamento de saúde.

No entanto, o artigo 81, inciso II, do mesmo estatuto legal, é expresso no sentido de que deve ser o período correspondente computado para a aposentadoria.

Artigo 81 – Para efeito de disponibilidade e aposentadoria será contado o tempo de:

II – licença para tratamento de saúde.

Da mesma maneira, as faltas médicas devem ser computadas, nos termos e limites dos artigos 1º, inciso I, e 4º da Lei Complementar Estadual 1.041, de 14 de abril de 2008:

Artigo 1º - O servidor público não perderá o vencimento, a remuneração ou o salário do dia, nem sofrerá desconto, em virtude de consulta, exame ou sessão de tratamento de saúde referente à sua própria pessoa, desde que o comprove por meio de atestado ou documento idôneo equivalente, obtido junto ao Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual - IAMSPE, órgãos públicos e serviços de saúde contratados ou conveniados integrantes da rede do Sistema Único de Saúde - SUS, laboratórios de análises clínicas regularmente constituídos ou qualquer dos profissionais da área de saúde especificados no Anexo que faz parte integrante desta lei complementar, devidamente registrado no respectivo Conselho Profissional de Classe, quando:

I - deixar de comparecer ao serviço, até o limite de 6 (seis) ausências ao ano, independente da jornada a que estiver sujeito, ainda que sob o regime de plantão, não podendo exceder 1 (uma) ao mês;

[...]

Artigo 4º - As ausências do servidor fundamentadas no inciso I do artigo 1º desta lei complementar serão computadas somente para fins de aposentadoria e disponibilidade.

Dessa maneira, os afastamentos da autora para tratamento de saúde e as faltas médicas, estas nos termos da aludida Lei Complementar 1.041/2008, devem ser incluídos para contagem do tempo para a aposentadoria especial,

Acesso ao Sumário

sobretudo por ter havido mudança substancial nas regras para postulação da inatividade, não se computando mais o tempo de serviço, mas o de contribuição previdenciária, nos termos da Emenda Constitucional nº 20/98.

Ademais, durante os períodos de afastamento, a servidora continua recebendo vencimentos e, portanto, tendo descontadas as contribuições previdenciárias.

O argumento de que a Súmula 726 do Supremo Tribunal Federal impediria o cômputo de tais licenças não tem cabimento, uma vez que esse entendimento, revisto por aquele Tribunal por ocasião da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3772/DF ajuizada contra a Lei Federal 11.301/2006, apenas se refere à extensão da expressão "funções de magistério", para incluir nesse conceito, no tempo de serviço, as atividades inerentes ao magistério exercidas pelos professores, atividades inerentes ao magistério, como cargos de direção escolar, coordenação e assessoramento pedagógico."

Colacionam-se, abaixo, outros julgados deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no mesmo sentido:

> ***Ementa: SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - PROFESSOR DO ENSINO INFANTIL, FUNDAMENTAL OU MÉDIO - MANDADO DE SEGURANÇA OBJETIVANDO CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO, PARA FINS DE APOSENTADORIA ESPECIAL (CF, ART. 40, § 5º, CONFORME EC 20/98), INCLUINDO OS PERÍODOS EM QUE ESTEVE AFASTADO POR FALTAS MÉDICAS E/OU LICENÇAS-SAÚDE. - A efetivação do direito constitucional à saúde em geral e à saúde do trabalhador não poderia prejudicá-lo no âmbito previdenciário, o que seria uma incoerência interpretativa, inclusive porque a saúde, a previdência social e a assistência social são uma tríade que compõe a seguridade social. - Esses períodos de afastamento são considerados pela legislação estadual como de efetivo exercício e o servidor continua a receber seus vencimentos e a efetuar as respectivas contribuições previdenciárias, sendo, portanto, devida a contagem como tempo de serviço e de contribuição para a aposentadoria especial. - Sentença denegatória da segurança - Apelação provida para conceder a segurança. (Apelação Cível 3003598-20.2013.8.26.0562, Relator Desembargador Ponte Neto, julgada pela 8ª Câmara de Direito Público em 22 de outubro de 2014).***
>
> ***Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Professora de Educação Básica I – Aposentadoria Especial – Pretensão de obter a ratificação e homologação da certidão de liquidação de tempo nº 001/2012, incluindo o período de licença para tratamento de saúde e as faltas médicas no cômputo do tempo de serviço – Possibilidade – Inteligência do art. 81, inciso***

II, da Lei Estadual nº 10.261/68 e arts. 1º e 4º da Lei Complementar Estadual nº 1.041/2008 – Readaptação em função de assessoramento pedagógico no estabelecimento de ensino – Tempo que deve ser contado para fins de aposentadoria especial – Artigo 40, § 5º, da Constituição Federal – Artigo 67, § 2º, da Lei nº 9.394/96 com a redação dada pela Lei nº 11.301/2006 – ADIN 3772/DF que afastou somente o exercício da função por especialista de educação – Precedentes deste Tribunal – Sentença de procedência mantida – Recurso improvido. (Apelação Cível 3024128-89.2013.8.26.0224, Relatora Desembargadora Maria Laura Tavares, julgada pela 5ª Câmara de Direito Público em 15 de setembro de 2014).

Ementa: APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – PROFESSOR ESTADUAL – Pretensão de contabilização dos períodos correspondentes à licença-saúde e falta médica como de efetivo exercício para fins de aposentadoria especial, com a correspondente expedição de Certidão de Liquidação de Tempo de Serviço – Sentença extintiva do feito reformada, ante a presença do interesse de agir da impetrante – Tratando-se de questão exclusivamente de direito e encontrando-se o feito em condições de imediato julgamento, cabível a análise do mérito, nos termos do art. 515, §3º, do CPC – O tempo de afastamento por licença-saúde e por falta médica (limitada a 6 ausências no ano) são considerados como de efetivo exercício para fins de aposentadoria especial do magistério Inteligência do art. 40, § 5º, da CF, art. 81, II, da Lei Estadual 10.261/68, e arts. 1º, I e 4º da Lei Complementar Estadual 1.041/2008 – Direito líquido e certo da impetrante reconhecido – Precedentes deste Tribunal – Segurança concedida – Inversão dos ônus sucumbenciais – Recurso provido.(Apelação Cível 0015485-91.2013.8.26.0161, Relator Desembargador Paulo Barcellos Gatti, julgada em 22 de setembro de 2014).

Em suma, as faltas médicas e as licenças-saúde são computadas até mesmo para fins de aposentadoria especial do magistério, devem sê-lo para a por idade.

Para fins de prequestionamento, consigne-se inexistir ofensa às normas constitucionais e legais mencionadas nas razões e contrarrazões recursais.

Diante do exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso, para reconhecer o direito líquido e certo da parte impetrante à contagem do período de afastamento por licença-saúde e faltas médicas como de efetivo exercício para fins aposentadoria, determinando-se ao impetrado a adoção das providências administrativas necessárias ao cumprimento da ordem, em especial a expedição, em 120 dias, de certidão de liquidação de tempo de serviço. Custas na forma da lei, sem condenação em honorários advocatícios.

Acesso ao Sumário

Eventual recurso que seja apresentado deste julgado estará sujeito ao julgamento virtual. No caso de discordância, esta deverá ser manifestada no momento do oferecimento do referido recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000374-71.2016.8.26.0411, da Comarca de Pacaembu, em que é apelante ELIANA REGINA ROSSI DE ÁVILA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado MUNICÍPIO DE IRAPURU.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Recurso provido para que outra sentença seja proferida, após regular tramitação do feito. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.979)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente), MAGALHÃES COELHO e EDUARDO GOUVÊA.

São Paulo, 18 de janeiro de 2017.

COIMBRA SCHMIDT, Relator

Ementa: SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL. Irapuru. Pleito indenizatório por danos materiais e morais, em virtude de avaliação de desempenho dita desprovida de método ou critérios. Reconhecida nulidade da sentença, por ter a autora formulado pedido expresso quanto à produção de prova documental que se encontra em poder da outra parte. Cerceamento de defesa caracterizado. Recurso provido para que outra sentença seja proferida, após regular tramitação do feito.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ação indenizatória por danos materiais e morais movida por Eliana Regina Rossi de Ávila, servidora pública municipal, contra o Município de Irapuru, objetivando o ressarcimento de prejuízos causados em virtude de avaliação de desempenho dita desprovida de métodos ou critérios, apurando-se as diferenças salariais e demais direitos decorrentes, bem como o valor relativo aos transtornos por ela sofridos.

Julgou-a improcedente a sentença de f. 62/70, cujo relatório é adotado, nos termos do art. 487, inc. I, do NCPC, condenando a autora no pagamento das custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios arbitrados em R$ 15% do valor da causa, observada a assistência judiciária a ela concedida.

Apela a vencida insistindo no acolhimento de sua pretensão. Alega nulidade da sentença, por violação do princípio da motivação das decisões judiciais e consequente cerceamento do seu direito de defesa, porque não foram apreciados os pontos apresentados na inicial. Reitera necessidade de que seja apreciado seu pedido para que a outra parte lhe forneça os documentos que estão em seu poder, especialmente as avaliações de desempenho da autora e de outros funcionários que exercem a mesma função (f. 72/75).

Contrarrazões a f. 78/90.

É o relatório.

Deveras, ao determinar o Juízo *a quo* que as partes especificassem as provas que pretendiam produzir, justificando objetivamente a sua relevância e pertinência (f. 58), a autora reiterou a necessidade de que a Municipalidade fosse intimada a juntar os documentos de avaliação de desempenho da autora e de funcionários que exercem a mesma função, tais como, relação detalhada de salários, os funcionários que exerciam a função de avaliação e se eram comissionados ou concursados, todos os documentos de notificação ou ciência dos fatos e avaliação da autora e outros que exercem a mesma função, dentre outros.

Em vez de apreciar o pedido, o Juízo de primeiro grau houve por bem sentenciar antecipadamente a lide.

Provas estas que, justamente, a apelante vem requerendo desde a inicial por estarem em poder da outra parte, salientando que *em requerimento junto à prefeitura, devido às constantes informações que os funcionários estavam sendo avaliados e isso se tornou motivo de arbitrariedades, preocupações, pois não existe parâmetro a serem utilizados, itens de avaliação, muito menos quem é a comissão de avaliação e qualquer possibilidade de contestação dos fatos eventualmente atribuídos ao funcionário [sic.]* (f. 2).

Ora, cabendo a quem alega o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito (art. 373, inc. I, do NCPC), a sentença feriu de morte a ampla defesa, subtraindo da demandante justamente a possibilidade de provar suas alegações, de modo a se cuidar, portanto, de controvérsia que necessita de produção de outras provas.

Não houve, pois, preclusão de matéria não acatada conforme defende a outra parte, mas sim impedimento de ampla produção de provas, situação a merecer correção.

No caso, haverá a prova de ser produzida no momento processual oportuno

Acesso ao Sumário

(fase instrutória), já que não se a exige pré-constituída na hipótese dos autos.

Posto isto, dou provimento ao recurso de modo a anular a sentença e determinar a regular tramitação do feito, dando-se seguimento à fase probatória.

Os recursos que deste se originarem estarão sujeitos a julgamento virtual, a não ser que se manifeste impugnação à forma, nos respectivos prazos de interposição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000532-22.2015.8.26.0301, da Comarca de Jarinu, em que é apelante MARCOS ANTONIO KEVELUKI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE JARINU.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.664)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ LUIZ GERMANO (Presidente), OSVALDO DE OLIVEIRA e VENICIO SALLES.

São Paulo, 10 de janeiro de 2017.

JOSÉ LUIZ GERMANO, Relator

Ementa: APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. Escusa de consciência. Candidato a concurso público, membro de igreja Adventista do Sétimo Dia. Impossibilidade de exercer atividades aos sábados, antes das 18h. Pretensão de data ou horário alternativo para realização da segunda fase do certame, designada para um sábado. Conformidade com a Lei Estadual nº 12.142/05. Sentença denegatória da segurança reformada.

RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Marcos Antônio Keveluki contra a r. sentença de fls. 49/50, proferida em 30 de junho de 2015, que nos autos do mandado de segurança proposto contra ato do Presidente da Comissão de Concurso Público nº 01/2014, denegou a segurança por não vislumbrar

ofensa ao direito invocado.

Alegou o autor que é "adventista do sétimo dia e guardador do sábado por motivo religioso"; Que se inscreveu no concurso público promovido pela Prefeitura de Jarinu para o cargo de guarda civil municipal e foi aprovado para a segunda fase. Ocorre que a realização dessa etapa do certame foi agendada para um sábado, então requereu à Prefeitura a realização do exame em dia alternativo, invocando as disposições contidas na Lei Estadual nº 12.142/05. Entretanto, seu pedido não foi respondido, causando-lhe prejuízos. Entende violadas as disposições contidas no art. 5º, VIII da Constituição Federal e art. 1º da Lei Paulista nº 12.142/05.

O juízo sentenciante denegou a segurança, afirmando não ter havido violação ao art. 5º, VI e VII da Constituição Federal.

Recorre o autor pleiteando a reforma do julgado, concedendo-se a segurança, permitindo assim a continuidade de sua participação no concurso.

O recurso foi recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo. Foram apresentadas as contrarrazões pela municipalidade.

A D. Procuradoria de Justiça deixou de manifestar-se nos autos, à vista da natureza disponível do direito em discussão.

As partes não se opuseram ao julgamento por sessão virtual permanente.

É o relatório.

O recurso de apelação comporta provimento.

O inc. VI do art. 5º da Constituição dispõe *ser "inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias".*

Ademais, o art. 5º, VIII institui a chamada 'escusa de consciência', estabelecendo que *"ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei".*

Portanto, a liberdade religiosa fica resguardada com o cumprimento da prestação alternativa fixada em lei, considerada como sanção constitucional em caso de escusa de consciência.

Nesse sentido nos ensina a respeitosa doutrina de José Afonso da Silva (*in* Curso de Direito Constitucional Positivo, 35ª edição, Ed. Malheiros, p. 242):

> *"Mas se o titular do direito de escusa recusar também a prestação alternativa, é que ficará sujeito a qualquer penalidade estatuída na lei referida no artigo ora em comentário."*

A escusa de consciência, baseada nos dogmas da religião professada pelo autor, é suficiente para que a Municipalidade ofereça prestação alternativa, com

Acesso ao Sumário

a finalidade de lhe permitir a realização da segunda fase do certame. Nessa linha já foi decidido:

> *APELAÇÃO. ATOS ADMINISTRATIVOS. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO MEDIATO. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. Desnecessidade de observância da Súmula Vinculante n. 10 do STF se a intenção do órgão fracionário é rejeitar a alegação de nulidade de ato normativo. Precedentes do STF. LIBERDADE DE CRENÇA. Membro da Igreja Adventista do Sétimo Dia. Impossibilidade de exercer atividades no período compreendido no período sabático. Pretensão de abono de faltas em curso técnico ministrado pela UNICAMP em razão de escusa de consciência, mediante a prestação de trabalho alternativo. Direito estabelecido no art. 2º e §1º, da Lei Estadual n. 12.142/05. Rejeição da alegação de inconstitucionalidade. Ato normativo que não ofende os princípios do Estado Laico e da Autonomia Universitária. Precedentes dessa Seção de Direito Público. Possibilidade de autorizar o abono de faltas, sendo assegurada, alternativamente, a apresentação de trabalho escrito ou qualquer outra atividade de pesquisa acadêmica, determinados pelo estabelecimento de ensino, observados os parâmetros curriculares e plano de aula do dia de sua ausência - NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO E REJEITADO O REEXAME NECESSÁRIO* ***(Processo nº 0046302-22.2012.8.26.0114 - Relator José Maria Câmara Junior; Comarca: Campinas; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público; j. 15/04/2015).***

> *APELAÇÃO e REEXAME NECESSÁRIO - Mandado de segurança - Jornada de trabalho - Reposição de aulas aos sábados - Docente que professa a religião cristã Adventista do Sétimo - Dever de guardar o dia de sábado - Ordem parcialmente concedida - Liberdade de crença resguardada - Pretensão de reforma Inadmissibilidade - Prestação alternativa permitida - Precedentes deste Egrégio Tribunal - Manutenção da sentença, nos termos do artigo 252 do RITJSP - Não provimento do recurso, com solução extensiva ao reexame necessário.* ***(APELAÇÃO nº 0023569-03.2012.8.26.0554 - Relatora Maria Olívia Alves; Comarca: Santo André; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público; j. 18/03/2013).***

> *LIBERDADE DE CRENÇA. Constitucional. Impetrante, professora da rede pública estadual que teve determinação de reposição de aulas, a serem ministradas aos sábados, e não o fazendo, por ser adventista do sétimo dia e sua religião guardar o dia de sábado, sofreu descontos em seus vencimentos. Inadmissibilidade. Liberdade de crença inserta no art. 5º, inciso VI, da Constituição Federal. Liminar deferida para que a impetrante reponha aulas de forma a não violentar sua consciência*

Acesso ao Sumário

religiosa. Aulas que podem ser repostas em dias da semana com o prolongamento de horário de aulas - Sentença mantida. Recurso improvido. ***(Apelação n. 0203502-17.2010.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Antônio Carlos Malheiros, j. 11.12.2012).***

AÇÃO DECLARATÓRIA – Liberdade religiosa – Aluna da UNICAMP membro de igreja

Adventista do Sétimo Dia – Impossibilidade de exercer atividades seculares aos Sábados - Escusa de consciência – Pretensão de abono das faltas – Constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 12.142/05 – Sentença de procedência mantida Art. 252 RITJSP - Recurso de apelação desprovido. ***(Apelação n. 0072879-37.2012.8.26.0114, 12ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Ribeiro de Paula, j. 09.03.2016).***

De outra banda, verifica-se que a pretensão do autor encontra amparo na Lei Estadual nº 12.142/05, cujas disposições do art. 1º assim dispõem:

"Art. 1º - As provas de concurso público ou processo seletivo para provimento de cargos públicos e os exames vestibulares das universidades públicas e privadas serão realizados no período de domingo a sexta-feira, no horário compreendido entre as 8h e as 18h.

§1º - Quando inviável a promoção de certames em conformidade com o "caput", a entidade organizadora poderá realiza-los no sábado, devendo permitir ao candidato que alegar motivo de crença religiosa a possibilidade de fazê-los após as 18h.

§2º - A permissão de que trata o parágrafo anterior deverá ser precedida de requerimento, assinado pelo próprio interessado, dirigido à entidade organizadora, até 72 (setenta e duas) horas antes do horário de início certame.

§3º - Na hipótese do §1º, o candidato ficará incomunicável desde o horário regular previsto para os exames até o início do horário alternativo para ele estabelecido previamente".

Conforme se infere dos dispositivos constitucionais mencionados anteriormente, o Estado brasileiro é laico, mas não é ateu, e respeita os cultos e suas liturgias segundo a fé professada por cada um.

A mencionada lei estadual reafirma a liberdade de crença ao estabelecer o direito à realização do certame após as 18h em razão de *escusa de consciência* alegada por candidato.

Cumpre, por fim, e por oportuno, para que se evite deturpação do posicionamento aqui adotado, aplicando-o para outros casos que não guardem a mesma similaridade fática, que a proteção estendida ao candidato no presente caso não deve ser incondicional e automaticamente estendida a todas as hipóteses que envolvem escusa por crença religiosa.

Acesso ao Sumário

Explica-se. Em casos como o presente faz-se necessário realizar um juízo de ponderação dos direitos em conflito. Deve-se sempre levar em consideração o grau de comprometimento do interesse contraposto, no caso, do interesse público.

O resultado a que se chegou no presente caso poderia ser diverso se, por hipótese teórica, envolvesse a fase objetiva do concurso e a pretensão de mudança de data de realização desta prova. Neste caso, pela necessidade de resguardo do sigilo e pelos gastos públicos elevados que envolvem a organização da etapa, o grau de comprometimento do interesse público seria alto, o que poderia impossibilitar o reconhecimento do direito tutelado.

Entretanto, entende-se que na fase de aptidão física o mesmo não se aplica, o detrimento do princípio contraposto (dever de isonomia e impessoalidade da Administração Pública) ao direito de liberdade de crença e consciência não ocorre em grande dimensão. A pretensão neste caso não afeta o interesse público que se pretende resguardar.

Ademais, a solicitação foi tão somente para que a prova se realizasse após às 18h do mesmo dia da convocação, e não para que fosse realizada em outro dia.

A pretensão tem inclusive subsídio na jurisprudência do STF que, em 3/12/2009, no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 389/MG, acatou a solução dada pela Administração Pública de manter os candidatos que resguardam o sábado em sala isolada até o horário em que lhes seria permitido a realização da prova.

A ponderação feita pelo min. Gilmar Mendes, relator no caso, é de transcrição fundamental:

> *"Deixei consignado inexistir dúvida de que o direito fundamental à liberdade religiosa impõe ao Estado o dever de neutralidade diante do fenômeno religioso, revelando-se proscrita toda e qualquer atividade do ente público que favoreça determinada confissão religiosa em detrimento das demais.*
>
> *Ponderei, entretanto, que o dever de neutralidade por parte do Estado não se confunde com a ideia de indiferença estatal, devendo o Estado, em alguns casos, adotar comportamentos positivos, com a finalidade de afastar barreiras ou sobrecargas que possam impedir ou dificultar determinadas opções em matérias de fé. (...)*
>
> *Vê-se, pois, que tais ações somente se revelam legítimas se preordenadas à manutenção do livre fluxo de ideias religiosas e se comprovadamente não exista outro meio menos gravoso de atingir esse desiderato"*

Acesso ao Sumário

De fato, no caso em tela, compreende-se ser hipótese da necessidade de ação positiva por parte do Estado para afastar barreiras impostas a uma minoria

religiosa.

Não se trata, ao meu ver, de indevido favorecimento pois os argumentos que se poderia elencar em contrário (óbices financeiros, dificuldades operacionais) não são suficientemente fortes para impedir a pretensão, que encontra resguardo no texto constitucional.

Em face do exposto, dá-se provimento ao recurso de apelação do autor para reformar a r. sentença, concedendo-se a segurança ao impetrante, determinando-se

Ante o exposto, é **dado provimento** ao recurso de apelação para **conceder a segurança**, determinando-se ao Município de Jarinu que providencie a realização de prova teste de aptidão física em data que não seja sábado, ou após às 18h, conforme pleiteado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1013334-77.2016.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante AUTO BRASIL COMÉRCIO DE VEÍCULOS SEMINOVOS LTDA. – FORD FORTE CAMPINAS, 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: 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 26.566)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores J. M. RIBEIRO DE PAULA (Presidente sem voto), SOUZA MEIRELLES e VENICIO SALLES.

São Paulo, 31 de janeiro de 2017.

EDSON FERREIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: IPVA DE 2015. Veículo alienado em 28-01-2014. Exclusão de responsabilidade do alienante por débitos posteriores. Comunicação da transferência ao órgão de trânsito, feita por despachante, via internet, em 27-03-2014. Cancelada por falta de envio, em quinze dias, dos documentos correspondentes. Documentos enviados pelo despachante em 14-05-2014. Órgão de

trânsito que considerou intempestiva a entrega dos documentos para validar a comunicação por meio eletrônico. Para efeito de responsabilidade pelo IPVA, segundo a legislação estadual, considera-se feita a comunicação na data da entrega dos documentos, em 14-05-2014, o que exclui a responsabilidade da alienante pelo IPVA de 2015. Recurso provido para julgar procedente a demanda.

VOTO

A sentença, proferida em 07 de setembro de 2016, pelo eminente juiz, Doutor Mauro Iuji Fukumoto, julgou improcedente demanda pela declaração de inexigibilidade de débitos tributários relacionados ao veículo GM/Celta, placa HCI 3697, e cancelamento do título de protesto nº 1.211.767.203, tendo fixado honorários advocatícios em dez por cento sobre o valor dado à causa (fls. 73).

Apela a autora pela inversão do resultado, alegando que vendeu o veículo em 28-01-2014; que o valor cobrado se refere a IPVA de 2015, posterior à venda; que o despachante comunicou a venda ao DETRAN, em 27-03-2014, pelo sistema GEVER, tendo sido protocolizada a comunicação, com os documentos físicos correspondentes, em 14-05-2014.

Recurso respondido.

É o relatório.

Segundo a petição inicial, a autora, que recebeu do 2º Tabelião de Protesto de Campinas, notificação de apontamento para protesto de certidão de dívida ativa relativa a IPVA 2015, vendeu o correspondente veículo em 28-01-2014 e protocolizou a comunicação do fato ao órgão de trânsito em 14-05-2014.

Consta que em 27-03-2014 foram encaminhadas, por despachante, via sistema eletrônico, GEVER, a comunicação da venda.

Segundo a Portaria CAT 753/2002, após a remessa eletrônica da informação, deve ser protocolizada a documentação física correspondente.

Acesso ao Sumário

Diz o fisco estadual que o prazo para envio da documentação física, de quinze dias, não foi observado pela autora, feita por isso a exclusão automática da comunicação de venda em 22-04-2014, sendo intempestiva a protocolização, feita pelo despachante, em 14-05-2014, da documentação física necessária à validação do comunicado (fls. 55).

Segundo o órgão de trânsito, a documentação física para validação do comunicado é a cópia do Certificado de Registro do Veículo CRV, preenchido, assinado e com firmas reconhecidas (fls. 55).

De acordo com documentos apresentados pelo DETRAN, a venda foi

comunicada somente em 08-03-2016 (fls. 52/53).

Pela Portaria DETRAN 753, de 26 de junho de 2002, foi instituído o Sistema de Gerenciamento Eletrônico de Veículos Registrados, GEVER, para gerenciar, controlar e fiscalizar todo o processo de registro e licenciamento de veículos, quando realizado por despachante, compreendendo o gerenciamento eletrônico de todos os dados cadastrais e técnicos informativos encaminhados pelos despachantes ao banco de dados do DETRAN/SP, via transmissão e consultas "on line", "internet" ou canal de comunicação eletrônica, cumprindo destacar:

Artigo 10 - As rotinas procedimentais estabelecidas pelo Sistema GEVER não desobrigam os seus integrantes do estrito cumprimento das regras atinentes à comunicação das alterações havidas em relação à propriedade do veículo, consoante disposição expressa no artigo 16 e §§ da Lei Estadual nº 6.606, de 20 de dezembro de 1989 (COM ALTERAÇÕES) (dispõe a respeito do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores IPVA).

§1º – A comunicação por meio eletrônico, em face da implantação do Sistema GEVER, não induz na aceitação ou cumprimento das disposições previstas no caput deste artigo, a qual somente estará comprovada com a entrega física dos documentos exigidos, nas suas diversas hipóteses e circunstâncias constantes em rotinas administrativas.

Não estipulou prazo para a entrega dos documentos físicos, informando o DETRAN que esse prazo seria em torno de quinze dias da inserção do comunicado na base de dados pelo despachante.

Nota-se que a entrega dos documentos físicos ao órgão de trânsito foi realizada quase dois meses depois da comunicação via internet da venda do veículo.

Todavia, para efeito de responsabilidade pelo IPVA, segundo a legislação estadual, considera-se feita a comunicação na data da entrega dos documentos, em 14-05-2014 (fls. 32/33), o que exclui a responsabilidade da alienante pelo IPVA de 2015.

Portanto, para eximir a autora do pagamento de IPVA do veículo em questão, GM/Celta, placa HCI 3697, desde a comunicação da venda ao órgão de trânsito, em 14-05-2014, e determinar o cancelamento do protesto nº 1.211.767.203, do Segundo Tabelionato de Protestos de Campinas, relativo ao IPVA de 2015, com inversão dos ônus da sucumbência e fixação de honorários advocatícios, já considerada o majoração pelo trabalho adicional decorrente do recurso, por apreciação equitativa, dado o baixo valor da causa, em novecentos reais, **DÁ-SE** provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006973-33.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada PATRÍCIA GIANINI RODEGHER.

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 11.491)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO DELBIANCO (Presidente), LUCIANA BRESCIANI e CARLOS VIOLANTE.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2017.

RENATO DELBIANCO, Relator

Ementa: Apelação Cível – ITCMD – Auto de Infração e Imposição de Multa – Anulação – Admissibilidade – Havendo prova nos autos de que a autora efetuou o correto pagamento do imposto quanto a todos os bens recebidos em inventário de seus genitores, a anulação do auto de infração e imposição de multa era de rigor, eis que a divergência de valores existentes na Declaração de Imposto de Renda e a Declaração de Inventário não macula o correto pagamento do imposto – Sentença mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto nos autos da ação que visava à anulação de auto de infração e imposição de multa, e que foi julgada **procedente** pela r. sentença de fls. 298/302.

Sustenta a apelante (fls. 305/328) que a retificação na autuação efetuada em desfavor da apelada, na capitulação do AIIM contém expressa previsão no art. 77 do Decreto nº 54.486/2009. Afirma que foi observado no procedimento administrativo o direito ao contraditório, à ampla defesa, e ao devido processo legal. Aduz que o imposto é devido porque a apelada recebeu transferência patrimonial que foi lançada em suas declarações de imposto de renda pessoa física, ano base 2007, ficando comprovado administrativamente que o valor dos imóveis recebidos por herança equivale ao total de R$ 1.578.720,57, sem o pagamento de ITCMD. Sustenta que o AIIM combatido não se encontrada eivado

de nulidades. Alega que a autora junta aos presentes autos os comprovantes de recolhimento de ITCMD devido sobre a transmissão causa mortis dos imóveis herdados, deixando de fazê-lo com referência ao valor integral dos bens imóveis recebidos por herança, equivalente a R$ 1.578.720,57. Afirma ser inequívoca a capitulação imposta, eis que constatada a infringência ao art. 31, inciso I, § 1º, item 1, do RITCMD, aprovado pelo Decreto Estadual nº 46.655/2002. Aduz que não havendo o pagamento do tributo incide juros de mora e multa. Afirma não ser a multa abusiva. Por final, alega que a eventual boa-fé do contribuinte não exclui a sua responsabilidade por eventuais infrações fiscais, muito menos pelo pagamento do imposto devido.

O recurso recebeu resposta (fls. 331/333).

Não houve oposição ao julgamento virtual (fl. 337).

É o relatório.

A autora ajuizou a presente demanda visando à anulação do auto de infração e imposição de multa, que lhe foi imposto pela falta de pagamento de ITCMD em 31.12.2007, no valor de R$ 63.148,82, em decorrência de sucessão patrimonial havida em face do falecimento de seus genitores.

A r. sentença houve por bem julgar procedente a demanda, recorrendo a Fazenda do Estado visando à inversão do julgado.

Consta dos autos (fl. 87) que a apelada recebeu bens por herança, em virtude do falecimento de seus genitores, por sentença proferida em 17.05.2007, tendo recebido de seu pai bens no valor de R$ 1.621.649,50, e de sua mãe, no valor de R$ 1.497.213,06, consoante se vê das Declarações de Inventário nºs 007045278 e 007043372 (fls. 52/58 e 65/70), tendo a autora recolhido o ITCMD sobre o total de cada declaração em 20.10.2006 (fls. 59, 71, 76 e 77).

No ano 2008, ao entregar sua Declaração de Imposto de Renda à Receita Federal (fls. 91/97), indicou no item "*Rendimentos Isentos e Não-Tributáveis, no campo Transferências Patrimoniais – doações, heranças, meações e dissolução da sociedade conjugal ou unidade fam*" o valor de R$ 1.578.720,57, o que gerou uma notificação encaminhada pela Delegacia Regional Tributária da Capital, para que apresentasse documentos que confirmassem o recolhimento do ITCMD sobre os bens herdados e declarados (fl. 11).

A autora não compareceu na data aprazada, o que gerou nova notificação, todavia, agora, para que efetuasse o recolhimento do ITCMD sobre o valor declarado, ou seja, sobre R$ 1.578.720,57 (fls. 12), tendo sido lavrado em 10.09.2012, o AIIM 4.010.787.5 (fls. 13/17), em virtude de não ter a autora procedido ao pagamento do imposto.

Posteriormente, rejeitada a defesa administrativa, foi tal débito inscrito em dívida ativa (fls. 265).

O cerne da questão está na divergência existente entre o valor dos bens

Acesso ao Sumário

apostos na Declaração de Imposto de Renda, com o valor sobre o qual foi calculado o ITCMD, e se tal divergência teria o condão de embasar o auto de infração lavrado.

E pela análise que se faz das provas colhidas nos autos, das alegações das partes, e da fundamentação da r. sentença, a conclusão que se chega é negativa.

Com efeito, consoante bem deixou assentado o MM. Juiz *a quo*, o fato de ter a autora indicado o recebimento, a título de herança, o valor de R$ 1.578.720,57, enquanto nas declarações de inventário havia recebido os valores de R$ 1.621.649,50 e R$ 1.497.213,06, não tem qualquer pertinência para fins de recolhimento do ITCMD, uma vez que a autora já havia recolhido o correto valor do imposto quanto a todos os bens recebidos nos inventários em 20.10.2006.

Desta forma, se mostra correta a r. sentença que julgou procedente a demanda, para que fosse anulado o AIIM, sob fundamento de que o imposto foi pago de maneira escorreita, inexistindo no caso em apreço, qualquer conduta que pudesse embasar a autuação aplicada à autora pela falta de pagamento de ITCMD, muito embora tenha ocorrido divergência de valores nas declarações.

Assim, ante tais ponderações, forçoso se mostra a manutenção da r. sentença, que bem julgou a causa.

Por final, nos termos do art. 85, §§ 1º e 3º, inciso I, ambos do Código de Processo Civil, majoro a verba honorária fixada em primeira instância em mais 5% do valor da condenação.

Considera-se prequestiona da toda matéria infraconstitucional e constitucional aventada, observado que é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido analisada.

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

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3011670-35.2013.8.26.0161, da Comarca de Diadema, em que é apelante EUROPINT PINTURAS TÉCNICAS AUTOMOTIVAS LTDA., é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE DIADEMA.

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 36.843)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores

ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente), JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA e AMORIM CANTUÁRIA.

São Paulo, 31 de janeiro de 2017.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: DESAPROPRIAÇÃO – Indenização Pela Perda do Fundo de Comércio – Pretensão da autora a ser indenizada pelos prejuízos havidos por sua atividade empresarial – Inadmissibilidade – Não comprovação dos alegados prejuízos – Necessidade de avaliação prévia – Despejo por falta de pagamento em curso contra a apelante com ordem de despejo já decretada – Mudança do apelante do imóvel para localização muito próxima do local da desapropriação que não prejudicou sua atividade – Sentença Mantida – Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 165/171), em face de sentença (fls. 161/162), cujo relatório se adota, proferida em ação de indenização decorrente de desapropriação, objetivando a autora indenização em face da desapropriação do imóvel em que era locatária, julgando-a improcedente.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos (fls. 175), respondido a fls. 178/179 e verso, preparo a fls. 172/174.

É o relatório.

Trata-se de ação de indenização em que a autora objetiva ressarcir-se dos prejuízos que alega ter sofrido em razão da desapropriação e subsequente imissão na posse de imóvel em era locatária. Alega ter havido inúmeros prejuízos, gastos com a mudança e adequação em novo galpão e encerramento do negócio local, tendo em vista o término da relação locatícia, por conta da desapropriação.

A r. decisão julgou a ação improcedente, condenando a autora no pagamento das custas e despesas processuais bem como honorários de advogado arbitrados em R$ 3.000,00 (três mil reais).

Apela a autora pleiteando a reforma da decisão.

A autora alega que locou o imóvel desapropriado, sito à rua D. Maria Fidelis n. 300, Piraporinha, Município de Diadema, de propriedade da Sra. Maria Judith Guillen, que foi desapropriado por ordem do Decreto Municipal 6.614/2011, que o declarou de utilidade pública. A autora exercia no imóvel atividade empresarial no ramo de pintura de peças plásticas para o setor

Acesso ao Sumário

automotivo entre outras. Em 2011 a apelante recebeu mandado de imissão na posse provisório que determinava que os ocupantes do imóvel o desocupassem, tendo em vista a desapropriação em trâmite.

Assim sendo a autora mudou de local a fim de dar continuidade ao seu negócio, o que lhe acarretou gastos com mudança e de sua readaptação no novo endereço. Assim sendo ingressou com esta ação a fim de ser ressarcida das despesas que teve com a desapropriação do imóvel.

O recurso não merece ser provido. Acertada a r. decisão. É que o autor não comprovou minimamente as despesas com a mudança e adequação do novo galpão, nem dos gastos referentes a alegada adequação do espaço físico.

A jurisprudência pátria defende a indenização sempre mediante a comprovação dos gastos e despesas. Até os próprios julgados trazidos pela apelante confirmam tal assertiva. Por outro lado, nem sequer trouxe a apelante para os autos as cópias dos contratos de trabalho de seus funcionários existentes antes e depois da desapropriação.

Por outro lado não há comprovação de prejuízo quanto à atividade comercial. Não há nos autos qualquer documento fiscal ou contábil sobre os quais recairia a perícia contábil a fim de se demonstrar o prejuízo sofrido.

Além de tudo isso há que se mencionar que contra a apelante tramitava ação de despejo por falta de pagamento, sendo que a ordem desocupação já se encontrava em mãos do sr. Oficial de justiça, de forma que a apelante seria em breve obrigada a desocupar o imóvel. Além disso, não pode dizer a apelante que sofreu prejuízo com a perda da clientela, eis que o novo imóvel para o qual se mudou dista apenas 1,6 (hum quilometro e seiscentos metros) do antigo local desapropriado.

Assim a sentença será mantida por seus doutos e jurídicos fundamentos.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000443-20.2016.8.26.0568, da Comarca de São João da Boa Vista, em que é apelante JOÃO BATISTA DA COSTA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento parcial, nos termos que constarão do acórdão. V.U., de conformidade

com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.596)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente), FERMINO MAGNANI FILHO e FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2017.

MARIA LAURA TAVARES, Relatora

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Ação Civil Pública que busca impedir a realização de festa organizada e divulgada sem as providências indispensáveis para eficaz proteção dos frequentadores do evento e sem garantir a segurança viária no entorno do local – Pedido inicial que deve ser acolhido para determinar que festa "Love Funk" não se realize, nem no imóvel indicado na inicial e nem em qualquer outro local, sem a comprovação de que todas as medidas necessárias à segurança dos frequentadores tenham sido tomadas – Sentença que não pode, nesses autos, impedir a realização de qualquer festa no imóvel indicado, por não haver pedido nesse sentido – Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO contra THIAGO AUGUSTO DA SILVA e JOÃO BATISTA DA COSTA com a alegação de que o requerido Thiago organizou para o dia 12.02.2016, no imóvel de propriedade do requerido João, festa denominada "Love Funk", sem tomar as providências indispensáveis para eficaz proteção dos frequentadores do evento e sem garantir a segurança viária no entorno do local. Diz que o organizador não possui alvará da Municipalidade, tanto do local quanto para a realização da festa, e nem possui Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros. Destaca que não há indicativo da capacidade do local e nem laudos técnicos dos responsáveis pela montagem de palco, das instalações elétricas, documentação acerca da empresa responsável pela segurança privada, brigada de incêndio e ou a relação dos profissionais da saúde que estarão a postos para atender aquelas pessoas que necessitarem de algum atendimento ou alvará do Juízo da Infância e Juventude autorizando o ingresso de menores de dezoito anos no evento. Pede que seja impedida a realização do evento "FESTA FUNK", tanto no local conhecido por "Sítio dos Amigos" ou em qualquer outro local da Comarca, até a comprovação de que o local escolhido está provido de

Acesso ao Sumário

todas as condições necessárias de segurança, sob pena de pagamento de multa de R$150.000,00 por evento.

A r. sentença de fls. 91/93, cujo relatório é adotado, julgou procedente o pedido, para impedir a realização de festas no imóvel indicado na inicial, excluídas as de ordem familiar do dono do imóvel, sob pena de multa que fica estabelecida em R$10.000,00, por evento. Foi adotado o entendimento de que há atividade comercial no local sem as cautelas necessárias.

O requerido João apresentou recurso de apelação a fls. 103/116, requerendo, inicialmente, a gratuidade da justiça, nos termos do artigo 98 da Lei n° 13.105/15. Alega, em síntese, que não chegou a concretizar a locação para que Tiago realizasse o evento, de forma que o apelante é parte ilegítima para figurar no polo passivo, e que a sentença é *ultra petita*. Diz que o próprio apelante comunicou a Polícia Militar para que o evento não se realizasse e que Thiago, quando o procurou para efetuar a locação, mentiu quanto ao tipo de evento que realizaria. Aduz que o apelante não pode ser responsabilizado, já que não foi concluído qualquer negócio jurídico no sentido da locação de seu imóvel. Destaca que promove há anos festa típicas sertanejas no local (missas católicas, quadrilhas, festas caipiras, terços, aniversários, casamentos, festas de São Joao, festa de natal, almoços e jantares, todos beneficentes) e que proibir a realização de eventos dessa natureza seria atentar contra a cultura local municipal.

Recurso bem respondido (fls. 124/133).

A D. Procuradoria Geral de Justiça se manifestou a fls. 137/141, pelo desprovimento do recurso.

Deferida a gratuidade pleiteada pelo réu (fls.142/143).

É o relatório.

Inicialmente, a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelo requerido João foi bem afastada pela r. sentença. Ainda que a locação não tenha sido concluída por meio da assinatura de contrato de locação do imóvel, é certo estava programada a realização da Festa "Love Funk" em sua propriedade, de forma que é parte legítima para figurar no polo passivo da presente demanda.

No mais, tem-se dos autos que o requerido Thiago organizou para o dia 12.02.2016, no imóvel de propriedade do requerido João, festa denominada "Love Funk", sem qualquer alvará e sem tomar qualquer providência para eficaz proteção dos frequentadores do evento.

O direito de propriedade, como todos os outros, não é absoluto, de forma que o proprietário não pode permitir a realização de evento aberto ao público, com cobrança de ingresso, sem atendimento das posturas municipais e, ainda, sem respeito às regras de proteção a criança e ao adolescente.

As atividades de particulares que se revelem contrárias, nocivas ou inconvenientes ao bem-estar social podem ser restringidas pelo Poder Público

e a ausência de alvará e de auto de vistoria do Corpo de Bombeiros de local em que se pretende realizar evento comercial – como é o caso da festa "Love Funk", em que há cobrança de ingressos para entrada – coloca em risco a integridade física e a saúde das pessoas.

Assim, correta a determinação de não realização da festa da forma pretendida.

A presente ação civil pública foi ajuizada para que fosse impedida a realização do evento "FESTA FUNK", tanto no local conhecido por "Sítio dos Amigos" ou em qualquer outro local da Comarca, até a comprovação de que o local escolhido está provido de todas as condições necessárias de segurança, sob pena de pagamento de multa.

A r. sentença julgou procedente o pedido, para impedir a realização de festas no imóvel indicado na inicial, excluídas as de ordem familiar do dono do imóvel, sob pena de multa que fica estabelecida em R$10.000,00, por evento.

Verifica-se, portanto, que a tutela conferida pela r. sentença vai além do que foi pleiteado na inicial. O pedido na inicial busca impedir a realização da festa "Love Funk" em qualquer local que não forneça segurança aos frequentadores, enquanto a r. sentença impediu a realização de qualquer festa no imóvel detido por João.

Assim, o recurso de João deve ser parcialmente provido, para que a condenação nestes autos seja apenas de que a festa "Love Funk" não seja realizada sem a adoção das medidas necessárias para assegurar a segurança, integridade física e saúde das pessoas.

A presente decisão não autoriza a realização de festas no imóvel detido pelo apelante sem a tomada de providências que assegurem a segurança dos frequentadores, exigência que decorre da própria legislação em vigor. O que se assegura, por meio da presente decisão, é a simples adequação do provimento judicial ao pedido feito pelo autor.

Dessa forma, deve ser mantida a procedência do pedido, mas apenas para determinar que a festa "Love Funk" não se realize, nem no imóvel indicado na inicial e nem em qualquer outro local, sem a comprovação de que todas as medidas necessárias à segurança dos frequentadores tenham sido tomadas, sob pena de multa de R$10.000,00, por evento.

Pelo exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso.

Eventuais recursos que sejam apresentados deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância esta deverá ser apresentada no momento da apresentação de referidos recursos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006011-03.2012.8.26.0268, da Comarca de Itapecerica da Serra, em que são apelantes JOSÉ VALENTIM PINHEIRO DOS SANTOS (E OUTROS(AS)), ANA ALVES DA SILVA SANTOS, MARIO DA SILVA PINHEIRO DOS SANTOS e MARIA DA PENHA DA SILVA SANTOS, é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Não conheceram do agravo retido e deram provimento em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.843)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REBOUÇAS DE CARVALHO (Presidente sem voto), MOREIRA DE CARVALHO e CARLOS EDUARDO PACHI.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2017.

OSWALDO LUIZ PALU, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. Indenização por danos materiais e morais.

1. Responsabilidade civil do Estado. Óbito do filho dos requerentes havido em Centro de Detenção. Sentença de primeiro grau que julgou improcedente o pedido dos autores. Conjunto probatório coligido aos autos que demonstra a falta do serviço. Responsabilidade do Estado em indenizar configurada. Suicídio.

2. Danos materiais indevidos. Extinto que não residia com os autores e estes não demonstraram dependência econômica do mesmo antes de ter sido preso. Ausência de comprovação de que o morto contribuía de alguma forma para o sustento dos autores.

3. Danos morais. Cabimento. Fixação no valor de R$ 10.000,00 porquanto se mostra razoável e proporcional ao abalo sofrido, ainda que o extinto estivesse em local perigoso.

4. Consectários legais. Juros e correção monetária. Aplicação da taxa SELIC. Atualização monetária que deve se dar desde o arbitramento da indenização, sendo os juros devidos a contar da data do evento

Acesso ao Sumário

danoso. Incidência dos verbetes das Súmulas nº 54 e 362 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

5. AGRAVO RETIDO. Pretenso reconhecimento de inépcia da inicial. Ausência de reiteração em contrarrazões. Não conhecimento.

Não se conhece do agravo retido e dá-se parcial provimento ao recurso dos autores.

VOTO

I. RELATÓRIO.

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra r. sentença de **fls. 336/341** que, nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais aforada por **JOSÉ VALENTIN PINHEIRO DOS SANTOS** e **OUTROS** em face da **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO** julgou improcedente o pedido formulado em razão de inexistência de ilicitude na conduta estatal e condenou os autores ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, observada a gratuidade de justiça. **Inconformados** com a r. sentença de improcedência apelam os autores **(fls. 343/347)** e sustentam que a morte do filho dos autores ocorreu por causa da morosidade do Estado em dar atendimento especializado ao detento que se encontrava em quadro depressivo. Recebido o recurso **(fls. 348)** sobrevieram as contrarrazões **(fls. 352/370).** Há agravo retido da Fazenda Estadual às **fls. 304/309** pugnando pelo reconhecimento da inépcia da inicial. É o relatório.

II. FUNDAMENTO E VOTO

1. Pelo meu voto, **não conheço do agravo retido da Fazenda** e **dou parcial provimento ao recurso dos autores.**

2. Conforme se depreende da inicial os autores, os dois genitores e dois irmãos de **MARCOS PINHEIRO DA SILVA**, sustentam que em **21 de abril de 2012** quando os citados genitores JOSÉ VALENTIN e ANA ALVES chegaram ao **CENTRO DE DETENÇÃO PROVISÓRIA** para visitar seu filho que estava detido tiveram a notícia de que ele havia falecido em **03.04.2012**, ou seja, mais de dezessete dias sem que tivessem recebido qualquer notícia a respeito. Na certidão de Óbito constava a morte por "asfixia mecânica enforcamento, agente físico químico" **(fls. 20)** e o detento fora enterrado no Cemitério Recanto do Silêncio onze dias após sua morte. Ao fundamento que o Diretor do Centro de Detenção Provisória de Itapecerica da Serra não entrou em contato com a família para avisá-los da morte e não prestou qualquer tipo de esclarecimento sobre as causas da morte de Marcos Pinheiro da Silva é que pretendem a indenização pleiteada diante da negligência configurada no valor de R$ 400.000,00, bem

Acesso ao Sumário

como a fixação de pensão vitalícia em favor dos genitores. Afirma que não se sabe até o momento da propositura da ação as razões que culminaram com o evento morte.

O MM. Juiz houve por bem julgar o pedido improcedente que, no entanto, merece parcial reforma.

3. Inicialmente **não se conhece do agravo retido** interposto pela Fazenda Estadual porquanto não reiterado em contrarrazões nos termos do art. 523 do CPC/73.

4. Mérito. É inegável que o Estado tem a inarredável obrigação de zelar pelo preso, mantendo sua integridade física e a saúde, na forma prevista no artigo 5º, inciso XLIX, da Carta Magna de 1988. E, a partir do momento em que o indivíduo é custodiado pelo Estado, este é posto sob a guarda e responsabilidade das autoridades policiais e (ou) penitenciárias, que se obrigam à preservação da integridade corporal daquele, protegendo-o de eventuais violências que possam ser contra ele praticadas, seja da parte de seus próprios agentes, seja por parte de outros detentos, seja por parte de terceiros.

4.1. *In casu*, é fato, houve suicídio mas constata-se a responsabilidade do Estado (omissiva) pela morte do filho dos autores eis que constitui fato incontroverso que o detento suicidou-se enquanto permanecia encarcerado nas dependências do **CENTRO DE DETENÇÃO PROVISÓRIA "NILTON CELESTINO" de ITAPECERICA DA SERRA**, por meio de asfixia mecânica (enforcamento), levada a efeito com uso de uma amarra improvisada. É conhecida a polêmica sobre a indenizabilidade de atos tresloucados, como o dos autos, mas há notícias de que o extinto passava por crise depressiva, conforme se observa pelos documentos médicos de **fls. 190/199**, a demonstrar de fato que o filho dos autores apresentava quadro depressivo e fora encaminhado ao psiquiatra. Acrescente-se que o detento era pessoa quieta, introspectivo e de pouco convívio com os detentos. Não houve solução ao caso do morto, sendo que os esforços estatais, claramente, falharam.

4.2. Logo, a reparação dos danos de ordem moral suportados pelos autores em face da morte de seu filho no interior do Centro de Detenção é medida de rigor. E aqui cabe ressaltar que os **danos materiais são indevidos** porquanto não mensurados nem comprovados. Não há prova nos autos de que o detento era provedor dos autores antes de ser recolhido ao Centro de Detenção Provisória de Itapecerica da Serra. Assim porque descabida a pretensão da pensão vitalícia, até porque inexiste comprovação de relação de dependência econômica entre os autores e o detento. Aliás, verifica-se que o detento não morava com a família, mas sim com a companheira. E, neste aspecto cumpre aqui fazer uma ressalva quanto ao alegado desconhecimento da morte do filho dos autores. Não obstante os autores terem conhecimento do falecimento do detento dias após o

Acesso ao Sumário

evento, verifica-se que a ausência de comunicação do ocorrido não se dera por negligência da requerida. A data após o óbito do detento 04.04.2012 a Diretora do Núcleo de Atendimento à Saúde Maria Aparecido Flor dirigiu-se até o endereço informado pelo custodiado no ato de sua inclusão no CDP, como sendo o de sua residência, qual seja, rua da Pátria, nº 38 – Jd. São Judas, Taboão da Serra **(fls. 49),** restando infrutíferas as tentativas de encontrar os familiares do detento. Diante da dificuldade de encontrar os familiares e não terem comparecido no final de semana subsequente ao falecimento do detento é que impossibilitou a informação. A responsabilidade do Estado aqui advém de falha mínima, da **responsabilidade especial** que deve se têm como detentos, escolares e outros diretamente ligados à atividade que o Estado proporciona.

5. Deste modo, ausentes os danos materiais, os danos morais devem ser fixados em R$ 10.000,00 corrigidos desde a data do arbitramento e acrescido de juros de mora aplicáveis pela lei civil, a contar da data do evento danoso. Fica consignado que, em se tratando de indenização decorrente do reconhecimento da responsabilidade civil do Estado, devem incidir as regras concernentes aos juros legais especificadas na lei civil, ou seja, a regra do art. 406 do Código Civil de 2002, incidindo, assim, a **TAXA SELIC**, e o termo 'a quo' de incidência dos juros de mora deve ser desde o evento danoso – nos termos da Súmula 54 do C. STJ e correção monetária desde seu arbitramento, nos termos da Súmula 362 do C. STJ.

6. Com efeito, a indenização por danos de ordem moral, ao ser fixada, deve ser sopesada na medida em que deve ser utilizada como uma forma de mitigar a dor experimentada pelos parentes do falecido e, em contrapartida, não pode ser fator de enriquecimento indevido. Assim, nesse trilho, o valor de **R$ 10.000,00** (dez mil reais) se mostra razoável e ponderado, sendo certo que repara com justiça o abalo moral experimentado pelos requerentes.

7. Deste modo, ao pedido dos autores há de ser dado parcial provimento tão somente para reconhecer os danos morais, porém não no valor pleiteado. **Nesse passo**, em razão da reforma da sentença, fica determinada a sucumbência recíproca, devendo as partes arcarem proporcionalmente as despesas e honorários, nos termos do art. 21 do CPC/73. E, sobre a questão da honorária, coloque-se, em premissa, que a análise foi feita sob o manto do Código de Processo Civil de 1973, e não sob a égide da nova lei adjetiva, considerando-se que a r. sentença de primeiro grau fora proferida sob o manto do revogado Código de Processo Civil, observando, assim, a recomendação estabelecida no enunciado administrativo nº 07, do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

8. Ante o exposto, pelo meu voto, **não conheço do agravo retido e dou parcial provimento ao recurso.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9093211-59.2008.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que é apelante DALMIR RIBEIRO, são apelados PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ, MARCELA BELIC CHERUBINE, APARECIDA RECHI e ANTONIO AGNELO BONADIO.

ACORDAM, em 3ª 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, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.998)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente) e JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2017.

CAMARGO PEREIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DIRETOR EXECUTIVO DA AUTARQUIA ENTÃO DENOMINADA CAIXA DE PENSÕES DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS DE SANTO ANDRÉ (ATUALMENTE INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DE SANTO ANDRÉ). CARGO EM COMISSÃO DE LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO PELO CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL. SERVIDOR EFETIVO (ECONOMISTA), EMPOSSADO NOS TERMOS DO ESTATUTO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DE SANTO ANDRÉ. EXONERAÇÃO ASSINADA PELO PREFEITO, E PUBLICADA NO JORNAL DIÁRIO DO GRANDE ABC (DGABC) DO CARGO COMISSIONADO DE DIREÇÃO. ALEGAÇÕES DE DANO MATERIAL EM RAZÃO DA PERDA REMUNERATÓRIA, E DE DANO MORAL PELAS PUBLICAÇÕES FEITAS PELO DGABC SOBRE O IMBRÓGLIO OCORRIDO ENTRE AS PESSOAS JURÍDICAS JULGADAS IMPROCEDENTES PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. COMPATIBILIDADE.

Acesso ao Sumário

FUNDAMENTAÇÃO DE FLAGRANTE AUSÊNCIA DO NEXO DE CAUSALIDADE. POSSIBILIDADE. PRELIMINARES SUSCITADAS NAS RAZÕES RECURSAIS AFASTADAS. ARBITRAMENTO DE MULTA EM DESFAVOR DO AUTOR POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. REFORMA. O juiz é o destinatário das provas e, satisfeitos os pressupostos materiais suficientes ao seu convencimento e julgamento, a dispensa de outras provas não induz ao cerceamento de defesa. No caso dos autos, não se vislumbrou nenhuma comprovação do nexo de causalidade. Não há prova que cabalmente demonstre a prática de algum ato culposo ou doloso por um dos agentes públicos que tenha provocado direta ou indiretamente os danos experimentados pelo autor a partir de sua exoneração. Intenção deliberada de alterar substancialmente a verdade dos fatos, no entanto, não comprovada satisfatoriamente. Sentença que, no mais, deve prevalecer integralmente.

Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de ação ordinária de indenização por danos materiais e morais (0043392-70.2006.8.26.0554) ajuizada por Dalmir Ribeiro contra Teresa Santos, Marcela Belic Cherubine, Aparecida Rechi, Vladimir Augusto de Souza Rossi, Antonio Agnelo Bonadio e Município de Santo André, objetivando condená-los, solidariamente, ao pagamento de indenização a título de danos materiais (R$ 103.201,01) e morais (R$ 516.005,05), estes correspondendo ao quíntuplo daquele, assim como das custas, despesas processuais e honorários pericial e advocatício, este a ser fixado por equidade (CPC, art. 20), tudo acrescido de atualização monetária, juros moratórios e demais encargos, ao fundamento de que os danos sofridos teriam sidos causados a partir de sua exoneração do cargo de diretor executivo da autarquia então denominada Caixa de Pensões dos Servidores Públicos Municipais de Santo André (hoje Instituto de Previdência de Santo André).

Segundo apontou, o imbróglio giraria em torno da incidência, ou não, tanto dos juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês previstos na Lei nº 2.126, de 1963, quanto de correção monetária sobre valores contabilizados pela autarquia referentes a repasses das contribuições patronais no percentual de 12%

Acesso ao Sumário

(doze por cento) sobre a folha de pagamento dos servidores ativos e inativos que deveriam ter sido realizados em favor desta pela prefeitura municipal andreense nos períodos que menciona.

Isso porque, na qualidade de diretor, e por estar amparado por previsões legais e pareceres da Administração à época, desde o início teria se manifestado plenamente a favor da incidência dos juros moratórios e da correção monetária, tanto que teria determinado fossem feitas inscrições da dívida da prefeitura municipal nos balanços da autarquia. No entanto, por questões políticas, teria sido promulgada a Lei nº 8.353, de 2002, que, além de prever que a dívida seria parcelada em 480 (quatrocentos e oitenta) meses e atualiza da pela Taxa Referencial (TR), também teria revogado dispositivo da Lei nº 2.126 (art. 114, III) que previa referida incidência de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês para os repasses em atraso.

E como as provisões contábeis continuaram sendo alimentadas com números que integralizavam esse percentual mesmo com o advento da nova legislação, além de o requerente, quando do retorno do período de férias, ter determinado à sua equipe financeira desfazer os trabalhos contábeis realizados na sua ausência, sob as ordens de órgão gestor da prefeitura (em que não eram provisionados os juros), estes atos teriam sido interpretados pelas autoridades responsáveis dos órgãos gestores do Executivo como "quebra de acordo".

Além disso, oficiou o autor, formalmente, ao então prefeito municipal sua insatisfação com alguns procedimentos adotados durante o período em que esteve ele afastado do cargo em decorrência de gozo de período de férias, ocasião em que também teria, reiteradamente, colocado seu cargo à disposição (fls.265/270).

Em face de todo o ocorrido, teria sido o requente exonerado do seu cargo de diretor executivo, por meio da Portaria nº 253.01.2.004, assinada pelo então prefeito municipal (João Avamileno), e publicada no *Diário do Grande ABC* de 22 de janeiro de 2004 (fl. 271).

Assim, os alegados danos materiais teriam surgidos de tais circunstâncias, sobretudo em virtude da expressiva queda do rendimento salarial, eis que teria retornado ao cargo que exercia antes de ser nomeado diretor executivo, refletindo-se negativamente sobre direitos estatutários, tais como quinquênio, licença-prêmio, licenças em vencimentos, utilização de assistência médica exclusiva de membros da autarquia e contratação de plano de saúde para ele e sua família, além da venda de um imóvel e um automóvel, e do pagamento de mensalidade escolar de seu filho, que teria sido reprovado no ano letivo diante do desequilíbrio familiar que os fatos teriam gerado.

Acesso ao Sumário

Do mesmo modo teria ocorrido em relação aos danos morais, pois, além desse cenário, o simples fato de ter havido ato ilícito e com gravidade, nasceria

o direito à indenização pela perturbação aos sentimentos e caracteres psíquicos, sem contar as diversas matérias jornalísticas da imprensa escrita veiculadas e que teriam gerado enorme constrangimento ao autor e sua família, seja no ambiente de trabalho com colegas de profissão ou nas relações íntimas com amigos e familiares (fls. 02/24).

Apresentou o autor aos autos vasto conjunto probatório (fls. 25/425).

Gratuidade processual deferida pelo juízo *a quo* (fl. 426).

Contestação apresentada pelos requeridos Teresa Santos, Aparecida Rechi, Vladimir Augusto de Souza Rossi e Antonio Agnelo Bonadio (fls. 454/501), com documentos (502/509), bem como pela requerida Marcela Belic Cherubine (fls. 520/599), com documentos (fls. 600/699), e pelo Município de Santo André (fls. 707/732), igualmente com documentos (fls. 733/754).

Réplicas apresentadas pelo autor (fls. 759/766 e 767/776).

Manifestação da Seção de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil, na qualidade de assistente da advogada Marcela Belic Cherubine, na defesa de suas prerrogativas profissionais (fls. 778/804), com documentos (fls. 805/911).

Nova réplica apresentada pelo autor (fls.915/920).

Impugnação do autor acerca da intervenção da OAB/SP em favor das prerrogativas profissionais de Marcela Belic Cherubine (fls. 921/927).

Pedido dos requeridos Teresa Santos, Aparecida Rechi, Vladimir Augusto de Souza Rossi e Antonio Agnelo Bonadio de julgamento antecipado da lide e de condenação por litigância de má-fé do autor, em razão de supostas afirmações falsas sobre a alegada contratação de assistência médica por este em seu benefício e de sua família (fls. 937/941), composto por documentos (fls. 942/957).

A r. sentença, indeferindo o pedido de chamamento ao processo, e analisando as preliminares no bojo da análise do mérito, julgou improcedente a ação, extinguindo o feito (CP C, art. 269, I), ao fundamento, dentre outros argumentos, de não ter vislumbrado o nexo causal entre a atuação dos agentes públicos e os danos reclamados pelo autor, condenando-o, assim, ao pagamento das custas e despesas processuais (L 1060/50, art. 12) e honorários advocatícios no valor de R$ 2.000,00 (CPC, art. 20, § 4º) para os patronos de cada um dos requeridos, bem como ao pagamento de multa correspondente a 1% (um por cento) do valor da causa (CPC , art. 18), em razão de haver-se verificado dolosa alteração substancial da verdade dos fatos, quando teria alegado de prejuízo material na contratação de plano de saúde (fls. 977/999).

Dessa decisão, sobrevieram recurso de embargos de declaração do Município de Santo André (fls. 1001/1002), conhecidos e rejeitados (fl. 1003), assim como recurso de apelação do autor, que alega, em síntese, além de ser beneficiário da gratuidade da justiça, preliminarmente, cerceamento de defesa,

Acesso ao Sumário

em razão do indeferimento pelo juízo *a quo* de pedido expresso de produção de prova oral, porque a oitiva de testemunhas possibilitaria, sobretudo, a comprovação acerca da emissão de ordem da responsável pela secretaria de administração municipal à equipe financeira da autarquia para que se alterasse o balancete de outubro de 2003 (posterior à vigência da Lei nº 8.353/02), a fim de se excluírem os juros até então provisionados, o que teria afetado, assim, o devido processo legal, segundo preceituariam a doutrina e a jurisprudência.

Ainda em sede preliminar, alega nulidade da r. sentença pela sua indevida condenação por litigância de má-fé, na qual entendeu o juízo *a quo* ter o conjunto probatório demonstra do que o autor teria feito falsa afirmação de ter contratado plano de saúde em decorrência de sua exoneração do cargo de diretor executivo da autarquia quando, na verdade, ele e sua família já teriam aderido ao plano havia mais de 6 (seis) meses antes da data do suposto evento danoso, eis que apenas teria sido o termo "contratar" empregado inadequadamente, pois o que deveria ter sido utilizado era o "manter", não havendo, portanto, nenhuma intenção maliciosa ou deliberada (dolo) de alterar a verdade, não devendo, por isso, sofrer as sanções legais, segundo preconizaria a jurisprudência.

No mérito, pugna pela reforma integral da r. sentença, reiterando os termos aduzidos na peça inicial, para ainda alegar que o ato de sua exoneração foi muito além do que compreendeu o juízo *a quo* na r. sentença, pois, não obstante ter de fato colocado seu cargo à disposição, não se poderia ignorar as pressões sofridas pela então secretária de administração (Teresa Santos), que teria lhe dado ordens cujo cumprimento estaria aquém de sua momentânea situação, seja por conta do seu recente retorno às atividades, ou por não ter conhecimento do balizado conteúdo, ou até mesmo porque as considerava ilegais e inapropriadas, o que configuraria, portanto, o nexo causal sobre os danos materiais .

Ademais, os danos morais seriam resultado do fornecimento aos jornais de informações maliciosamente distorcidas pelo secretário adjunto e pela secretária de administração, ora requeridos, inclusive com declarações técnicas a respeito do imbróglio envolvendo dados do balanço da autarquia que teriam exposto o autor perante a comunidade e seus colegas de trabalho, porquanto induziriam os leitores à interpretação de ter havido erro crasso na execução técnica de seu mister como economista, o que teria prejudicado sua imagem enquanto agente técnico, carreira profissional, honra e dignidade, transcendendo, inclusive, as fronteiras da região, considerando os esclarecimentos que teve de prestar a amigos, familiares e até mesmo, por correio eletrônico, à chefia da Casa Civil do Governo Federal.

Acesso ao Sumário

A despeito desse universo de circunstâncias que circunscreveriam a sua gestão à frente da autarquia, rebate as afirmações sobre o alegado aumento do patrimônio, uma vez que este fato teria decorrido justamente da venda de alguns de seus bens (imóvel e automóvel). Além disso, o intercâmbio cultural realizado

por seu filho somente teria sido possível por conta de planejamento familiar, cujos recursos também teriam advindos do valor liquidado com a alienação dos referidos bens.

Por fim, pugna pelo provimento do recurso, para que seja integralmente reformada a r. sentença, dando procedência à ação e condenando os requeridos ao pagamento das indenizações pleiteadas, mais custas e despesas processuais, e honorários advocatícios (fls.1007/1047).

Somou o autor, ora apelante, aos autos mais documentos (fls. 1048/1073).

Foram apresentadas contrarrazões pelos requeridos Município de Santo André (fls. 1076/1099), Marcela Belic Cherubine (fls. 1101/1152), e Aparecida Rechi e Antonio Agnelo Bonadio (fls. 1169/1203), assim como manifestação pela Seção de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil em favor das prerrogativas de Marcela Belic Cherubine (fls. 1154/1167).

Vieram os autos conclusos a este Relator, nos termos do artigo 3º, §4º, da Resolução nº 204, de 2005, por força de prevenção do Exmo. Des. Gama Pellegrini (aposentado).

É o relatório.

Fundamento e voto.

Inicialmente, afastam-se todas as questões prejudiciais alegadas em preliminar.

A alegação de suposto cerceamento do direito de defesa, em decorrência do julgamento antecipado da lide, sem a produção das provas que a parte julgava necessária, há de ser afastada, uma vez que o feito, de fato, estava maduro à resolução do mérito, a exemplo do que dispunha o artigo 285-A, *caput*, do Código de Processo Civil.

O juiz é o destinatário das provas e, satisfeitos os pressupostos materiais suficientes ao seu convencimento e julgamento, a dispensa de outras provas não induz ao cerceamento de defesa.

No caso dos autos, inobstante a acertada ponderação feita pelo magistrado *a quo*, ao salientar que tal diligência lhe "parece absolutamente dispensável para o desate do litígio" (fl. 985), cabe ressaltar que o propósito da requisição de produção de prova oral perde a utilidade à medida que as alegadas ordens recebidas pela equipe técnica da autarquia pela secretária de administração não exerceriam, mesmo que indiretamente, nenhuma influência sobre o específico ponto controvertido deste feito, que se refere às razões técnicas e/ou políticas que teriam motivado a exoneração do autor, passando ao largo do objeto da ação, portanto, quaisquer ordens que supostamente tenham partido, ou não, dos requeridos para aqueles servidores.

Por sua vez, a questão da condenação por litigância de má-fé se confunde

Acesso ao Sumário

com as de mérito, sendo analisadas conjuntamente.

Havendo relação entre as ações de agentes públicos e eventos danosos, a despeito de relação formal e contratual entre as partes envolvidas, a própria constituição federal vigente prevê expressamente acerca da responsabilização das pessoas jurídicas de direito público pelos danos que seus agentes causarem a terceiros (art. 37, §6º).

A responsabilidade civil do Estado e, consequente procedência da ação de indenização, já recebeu diversos tratamentos ao longo da evolução da socieda de: teoria da irresponsabilidade, que excluía a responsabilidade do Estado, ao fundamento da supremacia de sua soberania (sob o princípio de que "o rei não erra"), passando para a teoria da responsabilidade com culpa, fundada em critérios do direito civil, e, finalmente, as teorias publicistas, das quais decorreram a teoria da culpa administrativa, do risco administrativo e do risco integral.

A Constituição Federal de 1988 acolheu a responsabilidade objetiva do Estado, consoante se infere do art. 37, § 6º:

"[...]:

§ 6º 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, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

É suficiente, portanto, a ocorrência do dano resultante da atuação administrativa, independentemente de culpa (*lato sensu*), uma vez que a culpa (*stricto sensu*) ou o dolo são apuráveis no que tange ao direito de regresso contra o responsável.

Por seu turno, o ressarcimento dos danos material e moral depende da existência de ato praticado pelo agente público, bem como do nexo de causalidade.

Nesse sentido, já decidiu o C. Supremo Tribunal Federal:

"Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o eventus damni e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. O dever de indenizar, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva do Poder Público, supõe, dentre outros elementos(RTJ 163/1107-1109, v.g.), a comprovada existência do nexo de causalidade material entre o comportamento do

Acesso ao Sumário

agente e o eventus damni, sem o que se torna inviável, no plano jurídico, o reconhecimento da obrigação de recompor o prejuízo sofrido pelo ofendido."

(RE 481.110-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 6-2-2007, Segunda Turma, *DJ* de 9-3-2007.).

No caso dos autos, diante do vasto conjunto probatório a presentado tanto pelo autor quantos pelos requeridos, não se obteve êxito na comprovação do nexo de causalidade entre os fatos e os danos.

O autor Dalmir Ribeiro é servidor público da Prefeitura Municipal de Santo André, e na data dos fatos exercia a função de diretor executivo da autarquia então denominada Caixa de Pensões dos Servidores Públicos Municipais de Santo André, hoje denominado Instituto de Previdência de Santo André, e, nesta qualidade, alega ter sido exonerado da função em detrimento de seu posicionamento enquanto gestor contrário ao dos integrantes dos órgãos de cúpula do município.

Desse modo, os agentes públicos, ora apelados, teriam participação direta e indireta na promoção dos eventos danosos, contribuindo para o fatídico desfecho do imbróglio com a exoneração do apelante do cargo de diretor executivo da autarquia, situação em que teria gerado os alegados danos materiais e morais.

Entretanto, como já salientado, a previsão constitucional que institui a hipótes e de responsabilização da Administração perante os administrados estabelece algumas condições para a efetivação dessa ocorrência, tais como o nexo de causalidade.

No caso dos autos, não se vislumbrou nenhuma comprovação do nexo de causalidade, pois não há prova no sentido de cabalmente demonstrar a prática de algum ato culposo ou doloso por um dos agentes públicos que tenha provocado direta ou indiretamente os danos experimentados pelo autor a partir de sua exoneração, os quais não se ignoram e nem se questionam a veracidade.

Divergências de todas as ordens são mais que comuns em ambientes de trabalho, ainda mais onde os ocupantes dos cargos responsáveis pela gestão institucional são individual e livremente nomeados por agente político, em que as ideologias de governo são passíveis de modificação a cada período de mandato.

E mesmo que durante a execução dos trabalhos eventualmente não se tivesse observado os preceitos definidos em lei, cabe ao agente público, em alguns casos sob as penas da lei, levar os fatos ao conhecimento da autoridade competente, zelando pelo seu cumprimento. E assim procedeu o autor, mas manifestando-se reiteradamente sobre o desinteresse em permanecer no cargo para o qual foi nomeado, ao colocá-lo à disposição justamente em razão das circunstâncias adstritas a este feito (fls. 265/270), não podendo haver nexo como

Acesso ao Sumário

um ato prejudicial ao autor a ratificação de sua manifestação pelas autoridades competentes.

Como ele mesmo aduz em suas razões recursais, "na verdade, o recorrente procurava, com tentativa final, fazer com que o Senhor Prefeito pudesse entender a gravidade da situação e tomar a iniciativa de intervir a seu favor, prestigiando-o com sua manutenção no cargo, apoiando, assim, sua decisão de rechaçar a ilegalidade e imoralidade que se perpetrava contra o patrimônio da Autarquia" (fl. 1033).

Tanto assim ocorreu que, ao finalizar o raciocínio, diz: "Infelizmente, apesar dos fortes argumentos deduzidos no ofício dirigido ao Senhor Prefeito, não foi possível convencê-lo, e este aceitou o cargo colocado à sua disposição". Assim, e em vista do princípio de que ninguém poderá ser ouvido alegando sua própria torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*), não haveria de se cogitar de nenhum benefício ao autor em face de uma situação lesiva por ele próprio provocada.

Além do mais, o cargo exercido pelo autor de Diretor Executivo era de livre nomeação pelo Prefeito Municipal, segundo dispunha o artigo 13, *caput*, da Lei Municipal nº 4.521, de 13 de agosto de 1974, atualmente revogada pela Lei Municipal nº 8.702, de 22 de dezembro de 2004, segundo a qual ratificou tal prerrogativa, para dispor em seu artigo 19, § 1º, que o Chefe do Poder Executivo nomeará o Diretor Executivo, cargo em comissão de livre nomeação e exoneração, nos termos do artigo 23, *caput* e parágrafo único, dessa lei.

Portanto, detinha o Chefe do Poder Executivo a livre e desimpedida prerrogativa para praticar o ato de exoneração do autor do cargo de Diretor Executivo da autarquia, independentemente de qualquer pedido, manifestação, posição política ou técnica, pressão psicológica, que tenha sido levado a efeito por ele próprio ou por terceiros durante o exercício de seu mister na função de gestor.

Verifica-se, com isso, que os danos materiais suportados pelo autor são inerentes a essas espécies de exercício funcional, seja como função gratificada ou como cargo comissionado, que têm caráter efêmero e precário, eis que, por normalmente representarem cargos de gestão ou de grande responsabilidade, ordinariamente incidem vantagens e acréscimos pecuniários significativos, que podem não implicar na incorporação, segundo as normas estatutárias correspondentes, da diferença entre o valor do que se percebe no cargo pelo qual foi nomeado em caráter efetivo e no cargo pelo qual foi nomeado em comissão.

Acesso ao Sumário

Não obstante o evidente contrassenso (pela grande diferença de valores), aliás, de todo modo era garantido estatutariamente ao autor quando de sua nomeação o direito de optar pela remuneração de seu cargo efetivo (LM 1.492/59, art. 94, I), livrando-o dos infortúnios materiais sobrevindo exoneração

do cargo comissionado, hipótes e, aliás, plausível, sobretudo diante tanto da alternância do poder a cada período de mandato, cujo novo chefe do Executivo teria a prerrogativa de promover a exoneração ou a nomeação ao cargo sem justificativas, bem como de sua formação em nível superior na área econômica.

Nessa esteira, os danos morais experimentados pelo autor igualmente não correspondem aos fatos, considerando terem se parametrizados notadamente pelas matérias divulgadas pela imprensa, publicadas pelo *Diário do Grande ABC*, juntadas aos autos.

A leitura atenta das matérias publicadas não induz outra compreensão.

Em nenhum dos casos não se vislumbrou juízo de valor acerca dos atos praticados (ou omissões) pelo autor no exercício de seu ofício como gestor, mas tão somente reportaram-se os fatos.

Além disso, os redatores tiveram o cuidado de ouvir ambos os lados, ocasião em que o diretor jurídico do Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Santo André ressaltou que o que o autor fez "não está errado, mas não havia condições de ele permanecer no cargo", segundo teria afirmado. E antes de citar as considerações feitas pela então secretária de administração, ao afirmar que o autor "'não fez a correção e, a partir daí, houve quebra de confiança'", e que "'Ele colocou o cargo à disposição e eu aceitei'", também foi esclarecido que, "no entendimento da diretoria da Caixa de Pensões, porém, os débitos deveriam ser acrescidos de juros", e que "o ponto de discórdia foi a correção monetária da dívida que a Prefeitura de Santo André tem com a Caixa de Pensões, referente ao repasse da contribuição patronal" (fls. 272/274).

Noutra matéria publicada, fica ainda mais evidente a falta de nexo entre as notícias publicadas e os danos morais suportados pelo autor. Nela, o seu posicionamento técnico foi claramente respeitado, sobretudo ao dar publicidade aos seus entendimentos, ao afirmar que ele, mesmo após ter sido exonerado, "reforça a tese de endividamento e já mandou documento à Justiça relatando os fatos", e que "ele entende que a Prefeitura tem de pagar à autarquia R$ 25 milhões de juros de uma dívida de R$ 48 milhões referente ao período de outubro de 1996 a maio de 2002 – juros de 1% ao mês".

Também, teria dito que "a própra Secretaria de Assuntos Jurídicos da Prefeitura reconheceu a dívida, após consulta feita por ele há dois anos", assim como que "o parecer foi 'conclusivo e favorável sobre a obrigatoriedade de incluir-se também os juros moratórios de 1% ao mês', além da correção monetária". Ato contínuo, teria dito que "'há mais de dois anos, a posição oficial do governo municipal é pela inclusão dos juros da dívida da Prefeitura para com a Caixa de Pensões. Enfatizo que esse parecer oficial é assinado pela atual secretária de Assuntos Jurídicos (*Marcela Cherubine*)'" (fl. 275).

Ademais, ainda houve publicação da notícia de o autor ter recebido dois

Acesso ao Sumário

convites para integrar o então governo da prefeitura municipal da Capital (Marta Suplicy), os quais, segundo teria afirmado, "são um reconhecimento do trabalho desenvolvido na autarquia", onde teria regularizado toda a parte financeira, ao afirmar que "' tomamos várias iniciativas na autarquia e os resultados começaram a aparecer. Em setembro de 2003, por exemplo, o *déficit* foi zerado. Tudo passou a ser pago rigorosamente em dia. Deixo o cargo de cabeça erguida, pois a Caixa de Pensões está em ordem e saneada'" (fl. 276).

Além disso, teria decidido pedir licença do cargo efetivo por dois anos porque, segundo disse, "'não me sinto confortável e não há clima para continuar trabalhando e exercendo minha função de economista'" (fl. 276).

As demais matérias publicadas igualmente nada mais fazem que noticiar os fatos, inclusive com menção às pretensões da Câmara Municipal de Vereadores de Santo André de apurá-los (fls. 277 e 279/282).

Isto é, fica evidenciado que houve uma mera reportagem dos fatos, em que se deu ampla oportunidade para o autor se manifestar, assim como esclarecer os fatos e as circunstâncias segundo o seu ponto de vista.

Desse modo, os textos, antes de tudo, esclareceram ao leitor do que se tratava o imbróglio, dando oportunidade a qualquer pessoa capaz (CC, art. 1º) de compreendê-lo, ou minimamente, diante da notável imparcialidade, deixar livre a iniciativa de alcançarem as suas próprias conclusões.

Não obstante, caso ainda assim o autor se sentisse lesado, a Constituição Federal garante a todo cidadão o direito de resposta, proporcional ao agravo (art. 5º, V), obviamente pelos mesmos meios de que os autores da lesão teriam se utilizado. Além de não ter havido nos autos notícia de lesão a esse específico direito de resposta, não se pode ignorar que o conteúdo das matérias jornalísticas publicadas, supracitadas, tem esse caráter, ao dar voz aos argumentos do autor em mais de uma oportunidade.

Portanto, os danos morais não podem subsistir, ao menos no que se refira ao caso dos autos, seja pela parametrização com os danos materiais, em que não se verificou o nexo de causalidade, seja pelas publicações jornalísticas, que não teriam o ímpeto de causar constrangimento ao autor fora daquilo que o contexto dos fatos já teria consolidado.

No tocante à alegação de litigância de má-fé e o consequente arbitramento de multa em valor correspondente a 1% (um por cento) do valor da causa (CPC, art. 18) pelo juízo *a quo*, entretanto, a situação é diversificada.

A utilização do verbo "contratar" na peça inicial (fl. 18), de fato, não foi a mais adequada para ilustrar simbolicamente a situação fática relativamente ao custo que a utilização de plano de saúde particular tenha gerado ao autor, diante da impossibilidade de usufruir dos serviços médicos prestados à custa da autarquia por estar licenciado do serviço. Não por acaso, despertou a

Acesso ao Sumário

desconfiança das partes e do próprio juízo *a quo*, que acabou se convencendo da intenção deliberada do autor de alterar substancialmente a verdade dos fatos, uma vez que ficou demonstrado nos autos (fl. 942) que ele, sua esposa e seu filho já haviam aderido ao plano particular havia mais de 6 (seis) meses antes da data dos fatos (fl. 998).

Ocorre que, apesar de este específico ponto não ter sido contestado pelo autor, a intenção, o dolo, de ludibriar o juízo com aquela afirmação não restou plenamente comprovado aos olhos deste juízo *ad quem*, já que "contratar" plano de saúde pode muito bem significar, independentemente de já ter havido adesão, "contratar o serviço" do plano de saúde, o que obviamente geraria um custo, cujo direito ao ressarcimento por meio de indenização também foi objeto da ação relativamente ao dano material, a despeito de não tê-lo sido vislumbrado procedente neste feito, fomentando, por isso, sérias dúvidas a esse respeito.

Ademais, como posteriormente aduziu em suas razões recursais (fls. 1023/1024), "ressalta o recorrente que não contratou o plano de saúde, naquela ocasião, mas sim, que foi obrigado **manter** a contratação daquele plano a partir daquela época em razão da perda do direito de usar aassistência médico-hospitalar e odontológica da Caixa de Pensões, mesmo enfrentando uma situação financeira em desequilíbrio ocasionado pela queda de seus rendimentos verificada após a perda do cargo de maior nível" (destaque original), podendo-se depreender, assim, ter-se comportado no decorrer da participação do processo de acordo com a boa-fé, levando-se a efeito o princípio de que o duvidoso deve ser interpretado pelo melhor lado (*dubia in meliorem partem interpretari debent*).

Portanto, à exceção da decisão que arbitrou multa em desfavor do autor por litigância de má-fé em valor correspondente a 1% (um porcento) do valor da causa (CPC, art. 18), que deverá ser reformada tão somente em relação a essa multa, isentando-o especificamente deste ônus, nos termos logo acima aduzidos, a bem lançada sentença, no entanto, deve, no mais, prevalecer integralmente, eis que apurou os fatos e o direito suscitados pelas partes adequadamente, inclusive em observância ao devido processo legal, devendo-se, no que tange à gratuidade da justiça, observar-se o quanto determinado no julgamento da Apelação Cível nº 9218978-10.2008.8.26.0000 (feito incidental).

Diante do exposto, pelo meu voto, **dou parcial provimento** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0024530-20.2007.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE BARUERÍ, é apelado PHILIPS MEDICAL SYSTEMS

LTDA.

ACORDAM, em 14ª 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 25.679)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente) e HENRIQUE HARRIS JÚNIOR.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2017.

JOÃO ALBERTO PEZARINI, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Declaratória – ISSQN – Sentença procedente. Contrato de reembolso de custo – Exigência do imposto nas remessas efetuadas para o exterior pela executada – Impossibilidade – Inexistência de prestação de serviços, mas de reembolso por serviços de informática contratados pela controladora de valores. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 500/503) em face de sentença[1] (fls. 487/489, 498 e 524) que, nos autos de ação declaratória[2], julgou procedente o pedido, para declarar inexistente relação jurídico-tributária nos repasses de valores feitos pela autora à unidade sediada na Holanda dos meses de março a outubro de 2010.

Sustenta ocorrência da prestação de serviço na hipótese, o que enseja a incidência de ISSQN.

Pede-se reforma.

Processado o recurso (fls. 504), com contrarrazões (fls. 510/523), determinou-se, então, a imediata remessa dos autos à Mesa (fls. 533).

É o relatório.

A sentença não merece reforma.

Cinge-se a controvérsia acerca da natureza do repasse de valores realizado pela autora à sua controladora, a fim de verificar se diz respeito a mero reembolso de despesas incorridas pela empresa estrangeira em favor do grupo

Acesso ao Sumário

1 Prolatada em 13/4/2016, após a vigência do NCPC.

2 De autos nº 1823/2007 (nº de ordem), ajuizada em 3/9/2007 para afastar definitivamente a exigência de ISS sobre valores remetidos `a controladora da Philips Medical Nederland B.V., sediada na Holanda, decorrentes de contrato de reembolso (valor da causa em 27/08/2007: R$5.000,00).

ou de contraprestação pela realização de algum serviço.

A autora é a representante brasileira da controladora Philips Medical System Nederland B.V., sediada na Holanda e, com objetivo de ratear os custos decorrentes de implementação do sistema de informática denominado "SAP R/3", a ser utilizado pelas empresas do grupo espalhadas no mundo inteiro, a controladora firmou contrato de *Cost Reimbursement Agreement* (fls. 115/132).

Nesse passo, a Philips Medical System Nederland B.V. repassou a cada uma das empresas vinculadas as informações e técnicas para operacionalização e utilização do sistema "SAP R/3", por meio de funcionários próprios.

Tal operação foi confirmada pela perícia, ao responder os quesitos apresentados pela Fazenda Municipal (fls. 460/461).

Logo, o contrato de reembolso de custos (fls. 115/132), cerne da presente lide e que estabelece normas de ressarcimento de custos em seu "ANEXO B", não cuida de prestação de serviços, mas sim de rateio de custos, porquanto: as atividades relativas à informática não constituem atividade fim da apelada, mas atividade-meio; não se verifica o intuito de lucro; e, por fim, o interesse das empresas do grupo é comum, e não oposto, já que todas têm como objetivo a utilização de um mesmo sistema de informática.

Dessa forma, patente a inexistência de prestação de serviços no caso concreto, em razão da natureza do contrato de reembolso de custos, isto é, mero reembolso de despesas, o que impossibilita incidência do ISS.

Portanto, forçoso concluir que o Juízo agiu bem, ao sentenciar pela procedência do pedido.

Com isto, **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0023473-95.2011.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante DANIELA CHAGAS DOS SANTOS, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTOS.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público 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 36.235)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente sem voto), AMORIM

CANTUÁRIA e MARREY UINT.

São Paulo, 14 de fevereiro de 2017.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

Ementa: Apelação – Ação de indenização por danos morais e materiais – Realização de laqueadura – Paciente que após dois anos do procedimento engravidou – Falta de comprovação do Município da realização do procedimento – Dano material reconhecido – Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos morais e matérias, com pedido de antecipação de tutela parcial, ajuizada por **Daniela Chagas dos Santos** contra falha no fornecimento de serviço do órgão de saúde da **Prefeitura Municipal de Santos**. Diz a inicial que a autora, que estava gestante de seu terceiro filho no ano de 2008, solicitou que no ato do parto também fosse realizada a laqueadura, diante da situação financeira em que se encontrava, sabendo não ter condições para oferecer qualidade de vida aos seus descendentes. Feita a cirurgia tudo ocorreu bem e achando que a laqueadura havia sido feita, nada fez para verificar sua veracidade.

Acontece que no ano de 2011 ficou grávida novamente. Insatisfeita com a situação, vem ao judiciário alegando falha no fornecimento de serviço de saúde do município, dizendo que o procedimento de laqueadura não foi realizado.

A liminar foi deferida (fl. 34) para determinar que ao tempo do parto do quarto filho seja também realizada a esterilização por laqueadura.

Citado, o Município de Santos apresentou contestação (fls. 38/48), alegando que a laqueadura havia sido realizada em 2008.

O juiz determinou a produção de prova pericial (fl.64).

Laudo médico pericial foi realizado (fls. 519/524), concluindo que não há nexo causal entre o atendimento médico-hospitalar dispensado à autora e o resultado da gravidez indesejada após laqueadura tubária bilateral.

A ação foi julgada (fls.541/546) pelo Juiz Márcio Kammer de Lima, procedente quanto ao pedido de obrigação de fazer a tornar definitivos os efeitos da tutela; e improcedente quanto ao pedido de indenização por danos materiais e morais. Condenou a autora ainda a pagar verba honorária de R$800,00 em favor do Município de Santos.

Insatisfeita, apela Daniela Chagas dos Santos (fls.553/558), requerendo a reforma da sentença para ver procedente o pedido de indenização moral

e material. Alega que a sentença deve ser parcialmente alterada, pois do documento apresentado pela Prefeitura não consta se a laqueadura foi realizada; que o relatório dizendo que o procedimento aconteceu foi feito por médica que não participou da primeira cirurgia e que na ficha de anestesia nada consta sobre a realização da laqueadura, somente do parto cesáreo.

É o relatório

Trata-se de ação de reparação de dano, postulando indenização material e moral, sob alegação de erro médico em cirurgia de esterilização, através de laqueadura tubária.

Não há nos autos qualquer comprovação de que a laqueadura tubária tenha sido realizada. Os documentos referentes a internação da autora no ano de 2008 somente relatam a realização de cesárea; não há relatório médico afirmando a realização do procedimento ou ficha de anestesia atestando tal fim.

Dessa forma, apesar de haver no relatório da médica que realizou a segunda intervenção cirúrgica (fls.52), a realização de uma laqueadura em 2008 que reverteu, houve erro em não reportar a realização desse procedimento na época, restando dúvidas quanto a veracidade do depoimento.

Assim, deve ser acolhida em parte a pretensão da autora, somente quanto ao dano material, não se pode ver no nascimento de um filho dano moral.

Não se duvida que, no caso dos autos, a gravidez não era esperada, mas pelo contrário, evitada pela autora, pois tinha consciência que não poderia oferecer qualidade de vida aos seus filhos diante da situação financeira em que se encontrava.

Mas não se pode falar em dano moral dessa situação decorrente. A dor, a aflição, a tristeza experimentada não pode ser superior à alegria, à felicidade do nascimento de um filho. Se assim não se entender não se pode reconhecer qualidade de pai ao ascendente biológico.

Não se duvida da dor de ser mãe. Mas ela é compensada, e com sobras, pela vinda do filho que, por isso, não pode ser motivo para justificar dor moral. Nem sempre a dor passageira é motivo de indenização. Assim não fosse poderia ser indenizado o torcedor de futebol que vê seu clube de coração virar o jogo nos minutos finais da peleja. A dor anterior é compensada com o resultado do jogo.

Entretanto, se dano moral inexistiu, o mesmo não se pode dizer do dano material. A vinda de um filho traz despesas, e muitas. Por isso é de se reconhecer sua existência e a obrigação do requerido de suportá-los.

A vinda de um filho traz prejuízos. Se ele não é esperado, nem foi voluntariamente assumido, é justo que quem provocou os novos encargos os suporte, ao menos em parte.

Não apenas a autora e seu companheiro de procriação concorreram para

Acesso ao Sumário

o nascimento de alguém, mas também o réu. É justo, por isso, que este também participe, agora, na criação do menor cuja existência ajudou a provocar.

Deve o réu arcar com a obrigação de cooperação, e suprir o menor com um salário mínimo até sua maioridade civil ou, se estudante, até os 25 anos de idade. O valor será corrigido monetariamente conforme a Tabela Prática do Tribunal de Justiça desde a condenação e juros conforme a Lei nº 11.960/09 desde o não pagamento.

Dessarte dá-se parcial provimento ao recurso, invertendo-se o ônus de sucumbência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0057306-45.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados/apelantes MARIA ANGELA ALMEIDA BRESSAN (E OUTROS(AS)), LIDIA CARDOZO DE ANDRADE AMBUS, MAGDA TARGA PESSOA, IVETE BARBOSA DA SILVA, ZILDO TEIXEIRA, SONIA REGINA GONÇALVES DE AZEVEDO RIBEIRO, HERCILIA MARIA CAETANO FERREIRA, JOSE ANIBAL FERREIRA, MARIA HELENA PAVINATO OLIMPIO, MARLI APARECIDA COTRIM MONTEIRO, DIRCE MARIN, ROSANGELA DE FATIMA TESSARI SERINOLI, IARA SOLANGE ROCHA ROTOLI, ROSANA DE ALMEIDA MUZY, LUCI APARECIDA VIOLA CRUZ, MARISA APARECIDA FREITAS NOGUEIRA SOUZA, LUCIA DE MORAES MARTINS, VICENCIA BENEDITA DE FATIMA CASSOLA COSTA, ANGELA MARIA ANDRINO, SONIA MARIA FERREIRA DAS NEVES, ANA CRISTINA DE CARVALHO MEDEIROS, VANIA APARECIDA MARCHI NUCI, PATRICIA CERETTI, CRISTIANE FERREIRA DE OLILVEIRA, MARIA LUZIA DA SILVA, RENATA MACEDO CAPATTO, ROSA MARIA FERREIRA, LUZIA ANGELA SCARPIONI FERRARI, ANA PAULA BALBINO MENDES AMARAL e ANDREIA APARECIDA DE MIRA NASCIMENTO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso da FESP e parcial provimento ao recurso oficial e dos autores, por votação unânime.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.211)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente sem voto), RICARDO ANAFE e BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 15 de fevereiro de 2017.

Acesso ao Sumário

FERRAZ DE ARRUDA, Relator

Ementa: SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS – CÁLCULO DA SEXTA-PARTE SOBRE A TOTALIDADE DOS VENCIMENTOS – ADMISSIBILIDADE – ARTIGO 129 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – DIFERENÇAS ATRASADAS DEVERÃO SER PAGAS EM CONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO ADOTADO PELO STF, EM SEDE DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO JULGAMENTO DAS ADIS Nºs 4.357/DF E 4.425/DF, ATÉ QUE SOLUÇÃO SEJA DADA À REPERCUSSÃO GERAL DE Nº 810, ATRELADA AO RE 870947 – VERBA HONORÁRIA ALTERADA PARA 10% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO – RECURSO DA FESP PROVIDO, PARCIALMENTE PROVIDOS O REEXAME NECESSÁRIO E O APELO DOS AUTORES.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença de fls. 307/309 que julgou procedente a ação ordinária promovida por servidores estaduais (professores) objetivando o recálculo da sexta-parte para que incidam sobre a totalidade dos vencimentos.

Apela a ré pleiteando a integral observância da Lei 11.960/09 com relação aos juros de mora e correção monetária.

Os autores recorrem insurgindo-se contra a fixação dos honorários advocatícios em valor certo, alegando que estes devem ser fixados em percentual (20%) sobre a condenação.

Tempestivos, os recursos foram contra-arrazoados.

É o relatório.

Primeiramente, de rigor asseverar que a sentença foi proferida sob a égide do CPC/73, sendo este o aplicável ao julgamento do presente recurso, nos termos do artigo 14, do NCPC.

Considero interposto o recurso oficial eis que incerto o valor da condenação.

Os autores são servidores públicos estaduais (professores) e ajuizaram a presente ação objetivando o recálculo do benefício da sexta-parte de forma a incidir sobre a totalidade de seus vencimentos.

Acesso ao Sumário

Com efeito, está expresso no artigo 129, da Constituição Estadual:

Ao servidor público estadual é assegurado o percebimento do adicional por tempo de serviço, concedido no mínimo, por qüinqüênio, e vedada a sua limitação, bem como a sexta-parte dos vencimentos integrais, concedida aos vinte anos de efetivo exercício, que se incorporarão aos vencimentos para todos os efeitos, observado o disposto no artigo 115, XVI, desta Constituição.

A própria legislação estabeleceu que o benefício da sexta-parte seria calculado sobre os vencimentos integrais e que se incorporará para todos os efeitos a recair, pois, sobre todas as parcelas componentes dos vencimentos dos autores, ou seja, o padrão mais as vantagens efetivamente recebidas, sem que haja qualquer limitação.

Vale frisar que as gratificações e adicionais percebidos pelos autores já vem sendo pagos há muito tempo pela Administração, não possuindo caráter precário ou transitório e muito menos de mera eventualidade, uma vez que não caracterizam retribuição pelo desempenho do servidor em atividade ou qualquer outro motivo que ensejaria ao servidor o direito de receber uma "gratificação extra". Essas gratificações têm característica de aumento nos salários.

Assim sendo, a sexta-parte deve recair sobre o total dos vencimentos que compreende: o vencimento do servidor, mais as vantagens pecuniárias percebidas a qualquer título, sendo certo que tem a Administração Pública por costume conceder aumentos de vencimentos sob a rubrica de gratificação, exatamente para tentar se subtrair da obrigação de fazer incidir os adicionais temporais sobre ela.

Dá-se, assim, vigência plena ao artigo 129 da Constituição do Estado de São Paulo, ao determinar recaia o cômputo da sexta-parte sobre os vencimentos integrais dos servidores.

Vale mencionar que a determinação de incidência da sexta-parte sobre os vencimentos integrais não implica ofensa ao art. 37, XIV, da Constituição Federal por inocorrer incidência recíproca entre vantagens, o chamado efeito cascata. Uma vez incorporados, as gratificações ou adicionais que integram a base de cálculo do benefício passam a integrar os vencimentos/proventos, inclusive os quinquênios, que também devem ser considerados para efeito do cálculo da sexta-parte.

Acesso ao Sumário

Esta, ademais, é a orientação da jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça, tendo sido objeto do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 193.485-1/6-03, assim ementado:

SERVIDOR PÚBLICO. Sexta-parte. Incidência sobre todas as parcelas componentes dos vencimentos, entendendo-se por vencimentos integrais, o padrão mais as vantagens adicionais efetivamente recebidas, salvo as

eventuais. (Turma Especial da 1ª Seção Civil, rel. Des. Leite Cintra, j. 17-05-96).

Assim, a procedência da ação deve ser mantida.

Com relação à aplicação da Lei 11.960/09, muito embora possua entendimento pela sua inconstitucionalidade, curvei-me ao entendimento do STF, adotado por esta Câmara, nos seguintes termos:

Enquanto não modulados (por completo) os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do §12, do artigo 100, da Constituição Federal, introduzido pela EC nº 62/09 (e, por arrastamento, do artigo 5º, da Lei nº 11.960/09) levada a efeito pelo STF no julgamento das ADIs 4357 e 4425, devem ser aplicadas, aos **débitos fazendários oriundos de condenação judicial, na íntegra, as disposições do mencionado artigo 5º, da Lei 11.960/09, que alterou a redação do artigo 1º-F, da Lei 9.494/97** e, no que couberem, as regras da Lei 12.703/2012, conforme orientação contida nos julgados do STF: RE 803592, rel. Min. Carmen Lúcia, j. 16/04/2014; Recl 16.475-MC, rel. Min. Teori Zavascki, DJe 20.11.2013; e RE 747703 AgR, rel. Min. Luiz Fux, j. 24/02/2015, **até que solução seja dada à Repercussão Geral de nº 810, atrelada ao RE 870947** (apontado como *leading case*).

Ressalva se faz, entretanto, às **ações com precatório já expedido**, para as quais deverá ser observada a decisão do Plenário do STF, de **25/03/2015**, segundo a qual, **apenas a partir daquela data, para os débitos não-tributários, se aplicará, a título de atualização monetária o IPCA-E**, no lugar da TR. Se o precatório, entretanto, versar débito tributário os critérios a serem observados são os mesmos pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários. Vale lembrar que para o período anterior à data supra mencionada, observa-se, como acima já indicado, igualmente e na íntegra, o disposto no artigo 5º, da Lei 11.960/09 sem qualquer alteração.

Com relação aos honorários advocatícios, de rigor a fixação em percentual sobre o valor da condenação, por questão de isonomia. Caso sucumbentes os autores, a verba seria fixada nos termos do artigo 20, §3º, do CPC, aplicável, igualmente, à hipótese em tela.

Observados os critérios insculpidos nas alíneas do referido parágrafo e a simplicidade da causa, recorrente e meramente de direito, fixo a verba honorária em 10% sobre o valor da condenação. O percentual remunera condignamente o profissional e não nega vigência ao disposto no parágrafo 4º, do artigo 20, do estatuto processual de 1973.

Assim sendo, pelo meu voto, dou provimento ao recurso da FESP e parcial provimento ao reexame necessário para alterar as taxas de juros e atualização monetária incidentes na espécie e dou parcial provimento ao apelo dos autores para fixar a verba honorária em 10% sobre o valor da condenação.

Acesso ao Sumário

Apelações/Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1015626-29.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, FDE – FUNDAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento aos apelos e ao reexame necessário. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.885)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente sem voto), DANILO PANIZZA e LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 6 de dezembro de 2016.

VICENTE DE ABREU AMADEI, Relator

Ementa: APELAÇÕES E REEXAME NECESSÁRIO – Ação civil pública – Pretensão cominatória para regularizar todas as escolas públicas estaduais do Município de São Paulo (mais de mil prédios), no foco da segurança edilícia e da prevenção a incêndios, até a emissão do AVS (pela municipalidade) e do AVCB (pelos Bombeiros), bem como de não instalar, funcionar, administrar e gerir novas unidades sem as tais e prévia aprovações (AVS e AVCB), em prazo determinado e sob pena de multas cominadas – Pertinência jurídica, ante as normas legais e a eloquente necessidade dos prédios destinados aos serviços públicos educacionais atender às exigências de segurança edilícia e de prevenção a incêndios – Ausência, contudo de determinação e especificação fática da situação peculiar de cada prédio, que desaguou em formulação de demanda ampla e genérica inadmissível e desviada do foco da regular, útil, eficaz e exequível prestação jurisdicional –

Acesso ao Sumário

Improcedência da demanda, na forma cominatória universal e conjunta, como foi formulada, que se impõe, sem prejuízo de eventuais ações em molde cominatório singularizado para cada unidade, com delimitação das deficiências edilícias de cada uma – RECURSOS PROVIDOS.

VOTO

Trata-se de apelações e reexame necessário, em ação civil pública ajuizada pelo **Ministério Público do Estado de São Paulo** (autor) contra a **Fazenda Pública do Estado de São Paulo** e a **Fundação para o Desenvolvimento da Educação – FDE** (réus), em face da r. sentença (fls. 2648/2658) de procedência da demanda, que condenou os réus a: **a)** na obrigação de não fazer consistente em não instalar, não funcionar, não administrar e não gerir novas escolas no território do Município de São Paulo, sem que, previamente, sejam obtidos os competentes AVS e AVCB, sob pena de multa diária de R$500.000,00 (quinhentos mil reais); **b)** realizarem, no prazo de 12 (doze meses), as obras, intervenções e atuações necessárias à integral regularização de todos os prédios e construções onde se encontram instaladas as escolas estaduais localizadas no Município de São Paulo, a fim de que obtenham os competentes AVS e AVCB, sob pena de aplicação de multa diária fixada em R$ 100.000,00 (cem mil reais) pelo descumprimento do acima determinado, nos termos do art. 437, §1º, inciso I, do Código de Processo Civil. Tudo, sem condenação ao pagamento dos encargos da sucumbência.

Os Embargos de Declaração foram acolhidos para esclarecer que as prerrogativas da Fazenda Pública não são aplicáveis à FDE (fls. 2682).

Apela a Fazenda Pública Estadual (fls. 2687/2698), para a reforma da r. sentença, sustentando, em resumo, que nunca se opôs às medidas reclamadas neste feito, observando, inclusive, que já adotou medidas para que os projetos de construção de novas escolas contemplem as normas de prevenção de incêndio e demais requisitos para obtenção das licenças; todavia, a forma e o prazo estipulados na r. sentença para as regularizações determinadas extrapolam as possibilidades fática e jurídica de cumprimento da decisão, destacando que a adequação das unidades escolares às normas de segurança, a incluir as instalações de equipamentos de segurança estão sendo implantadas de forma paulatina, bem como que o processo de análise e expedição do AVS (Auto de Verificação de Segurança) é longo e complexo, não dependendo apenas de suas providências (até porque não tem ingerência na esfera autônoma do município), não se olvidando, ainda, que eles pressupõem a realização de projetos e obras de acessibilidade, e, para tanto, já há TAC firmado em fev./2014, para além da

Acesso ao Sumário

quantia vultosa estimada para regularização dos prédios, que é de cerca de R$ 1.140.000.000,00, sem considerar os custos dos processos e de gerenciamento de projetos e obras. Informa, ademais, que, na medida de suas possibilidades, tem realizado as providências necessárias à regularização, bem como que, conforme a jurisprudência, a impossibilidade fática de cumprimento da obrigação afasta as multas cominatórias, que, ademais, foram fixadas em quantias excessivas e desarrazoadas, que, pelo menos, comportam redução.

A FDE apelante, em seu recurso (fls. 2701/2723), pede a reforma da r. sentença, sustentando, em preliminar, que é entidade criada por lei e integrante da Administração Pública Indireta e, assim, faz *jus* às prerrogativas da Fazenda Estadual, como prescrevem o art. 40 do Decreto nº 51.925/07 e o art. 27 do Decreto nº 27.102/87, o que a isenta, inclusive, do preparo; e, no mérito, em resumo, que: **a)** não tem competência para intervenção nas escolas estaduais, pois suas atribuições são apenas para melhor adequação e racionalização dos serviços e, para tanto, celebra convênios com a Secretaria da Educação, com destinação de recursos para, então, cobrir os custos diretos e indiretos respectivos, conforme cronograma estipulado pela SEE; **b)** após os projetos das obras serem submetidos à Aprovação do Corpo de Bombeiro, e, concluída a obra, forma-se a brigada de incêndio e, com os laudos de execução, solicita-se vistoria do Bombeiro, que emite "*comunique-se*" ou libera a escola com a emissão do Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros (AVCB), destacando que o prazo de 12 meses fixado na r. sentença para integral regularização de todos os prédios e construções onde se encontram as escolas estaduais no Município de São Paulo é exíguo e inviável, não se olvidando que, para além das etapas e procedimento de rotina para o fim em tela, ainda haverá necessidade de licitação em respeito aos princípios administrativos, à Lei nº 8.666/93 e ao Decreto nº 56.565/2010; **c)** as multas cominadas são de valores elevadíssimos, que também merecem reparo.

Processados os apelos, foram contrariados (fls. 2729/2739), e os autos subiram para este E. Tribunal de Justiça.

A D. Procuradoria Geral de Justiça opina pela manutenção da decisão monocrática (fls. 363/363).

É o relatório, em acréscimo ao da r. sentença.

Os pressupostos de admissibilidade dos recursos voluntários e da remessa necessária estão satisfeitos.

No ponto referente à admissibilidade do apelo da FDE, aliás, cabe salientar dois pontos: **a)** primeiro o da tempestividade do recurso, pois a decisão que resolveu os Embargos de Declaração foi disponibilizada no DJe em 05/08/2016 (sexta-feira) – (fls. 2686), considerando-se, então, publicada em 08/08/2016 (segunda-feira), iniciando-se o prazo para apelação em 09/08/2016. Logo, a

Acesso ao Sumário

apelação protocolizada em 25/08/2016 (fls. 2701: propriedades do documento eletrônico) está dentro do prazo de 15 (quinze) dias úteis, em plena sintonia com o novo CPC, sem excesso algum para sua qualificação como intempestivo; **b)** segundo, para a FDE, fundação integrante da Administração Indireta deste Estado, não há que se cogitar em preparo ou em recolhimento de taxa judiciária, ante a isenção que goza, conforme o teor do art. 40 do Decreto nº 51.925/07 c.c. art. 6º da Lei nº 11.608/2003, e vasta jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça reconhecendo à FDE o gozo das isenções de tributos estaduais e as mesmas prerrogativas fazendárias relativamente aos atos judiciais e extrajudiciais (AI nº 2091020-19.2015.8.26.0000, rel. **Des. Aroldo Viotti**, j. 24/11/2015 e os precedentes referidos neste aresto: AI nº 0208339-47.2012.8.26.0000, rel. **Des. Maria Olivia Alves**, j. 11.03.2013; AI nº 0010537-61.2000.8.26.0000, rel. **Des. Oliveira Santos**, j. 27.03.2000; Ap. nº 1023726-36.2014.8.26.0053, rel. **Des. Vera Angrisani**, j. 12.09.2016; Ap. nº 9113072-46.1999.8.26.0000, rel. **Des. Alberto Antonio Zvirblis**, j. 23.10.2003).

Logo, é o caso de conhecer os dois recursos voluntários e o reexame necessário.

Cuida-se de ação civil pública de preceitos cominatórios, para obrigar a Fazenda Pública Estadual e a FDE à regularização de 1.513 prédios e construções onde estejam instaladas escolas estaduais em funcionamento no Município de São Paulo, até a emissão dos Autos de Vistoria de Segurança (AVS) e dos Autos de Vistoria do Corpo de Bombeiros (AVCB), proibindo-lhes, ainda, a instalação, funcionamento, administração e gestão de novas escolas neste município (além daquelas instaladas nos tais 1.513 prédios) sem a prévia emissão dos AVS e AVCB.

Não se pode deixar de reconhecer a necessidade de observância às normas urbanísticas e de segurança edilícia – que cabe à municipalidade policiar e exigir o respeito, especialmente pelo procedimento próprio até a emissão do AVS (v.g. arts. 30, VIII, 182, da CF; art. 144 c.c. o art. 180, I e V, da Constituição Estadual de São Paulo; arts. 1º, parágrafo único, 2º, V, da Lei nº 10.257/01; arts. 148, *caput* e II, 149, I, 156, *caput* e parágrafo único, da Lei Orgânica do Município de São Paulo; art. 76, XIV, da Lei Municipal nº 13.430/02; Lei Municipal nº 11.228/92 e Decreto Municipal nº 32.329/92; art. 1º, II, "*a*", Decreto Municipal nº 48.379/2007) –, bem como às normas de prevenção a incêndio que cabe ao Estado, pela verificação dos bombeiros, policiar e exigir o respeito, especialmente pelo procedimento próprio até a expedição do AVCB (v.g. art. 144, V, da CF; art. 142 da Constituição Estadual de São Paulo; Lei Estadual nº 616/74, especialmente os arts. 2º, V, 39 e 40, §2º, 7, "*a*"; Lei Estadual nº 684/75, especialmente os arts. 1º e 3º; Decreto Estadual nº 56.819/2011, especialmente os arts. 2º, 3º, VII, XXIV, XXVIII, XXXIV e XXXVII, 4º 6º, 7º, 10 e 11) –, quer no foco preventivo (para instalação e funcionamento de novas edificações), quer no foco corretivo (para regularização de edificações já

Acesso ao Sumário

instaladas e em funcionamento), sobretudo em prédios destinados aos serviços públicos de educação, em que a comunidade ocupante e os fluxos de pessoas são intensos e plurais (alunos, geralmente crianças e adolescentes, seus pais ou responsáveis, professores, funcionários públicos diversos em atividade nas escolas, transeuntes, prestadores de serviços em geral etc.).

Entretanto, no caso, respeitado entendimento diverso e a boa intenção no ajuizamento deste feito, ele padece, no modo como se formulou a demanda (causa de pedir e pedido), de generalidade e indeterminação da pretensão deduzida em Juízo, desfocada da especificação e da concretude necessárias à eficaz, útil e exequível prestação jurisdicional.

Aliás, não se cuida de novidade, pois casos similares de ajuizamentos de ações civis públicas igualmente amplas e genéricas – de pedidos juridicamente relevantes, mas fenomenologicamente carentes de singularidade ou de concretude precisa e especificada – têm se apresentado neste E. Tribunal de Justiça.

Assim, por exemplo, em feitos cuja demanda tem igual deficiência (v.g. Ap. nº 0253714-76.2009.8.26.0000, da qual fui relator, j. 10/04/2012), tenho afirmado que "*nada obstante o bom propósito do Ministério Público local em ver cumpridas, na concretude de todos os prédios e espaços públicos do município, as normas de regência de tutela dos portadores de necessidades especiais, não se pode deixar de reconhecer que a presente ação civil pública não foi manejada em forma de admissibilidade da ação, carente de condições*", observada a "*inutilidade e a generalidade da prestação jurisdicional invocada",* desviando-se do que é próprio da função jurisdicional, ou seja, em modo *"genérico, carente de determinação mínima e especificidade, que se faz necessário para a demanda e para boa (possível e eficaz) prestação jurisdicional*".

Faltou, pois, a rigor, a indicação precisa de quais são os prédios que efetivamente estão em desajuste com as normas legais, bem como, na concretude de cada um, quais as obras ou equipamentos se fazem necessárias para sua plena regularização até a emissão do AVS e do AVCB.

Sem isso, aliás, nem sequer é possível afirmar quadro de irregularidade suscetível de regularização, nem, ainda, saber qual é o tempo razoável para se exigir dos corréus as providências, obras e adaptações necessárias, para a eficaz e útil prestação jurisdicional cominatória.

Imputar irregularidade, como se fez, no atacado, a todos os prédios onde estão instaladas escolas estaduais no Município de São Paulo, sem especificação e singularização da deficiência de segurança edilícia e de prevenção ao incêndio de cada um, estabelecendo prazo único e geral (no caso, de 12 meses) para regularização de todas as unidades (estimadas na petição inicial em 1.153, pelo que se extraiu do sítio eletrônico da Secretaria da Educação), sob pena

de pagamento de pesada multa, ademais, beira a temeridade, com prestação jurisdição inexequível, ou que, de antemão, nem sequer se tem como saber se é, ou não, possível de satisfação voluntária no prazo judicial determinado.

Note-se, a título exemplificativo, que cada prédio escolar estadual tem uma particularidade (v.g. 313, 685, 695, 703, 1853/2111 e 2114/2424): uns mais antigos que outros, uns maiores que outros, uns com deficiências mais graves que outros, uns até mesmo tombados (v.g. fls. 312, 676).

Tudo, outrossim, ainda se agrava ao se verificar que a obrigação de fazer pretendida e imposta na r. sentença não depende apenas dos corréus, mas de terceiros, ou seja, do CONTRU e dos Bombeiros, a quem cabe a vistoria, o "*comunique-se*" (exigências) e a emissão do AVS e do AVCB, respectivamente, não se olvidando que, nas peças do inquérito civil bem se pode observar as deficiências desses órgãos em dar agilidade aos trabalhos que lhes cabe (v.g. o CONTRU afirmava ter condições de vistoriar apenas duas escolas por mês: fls. 78/79, 80, 86).

E, ainda, não se olvide que jurisdição não é *locus* de investigação de ocorrência de eventual deficiência de segurança edilícia ou de prevenção a incêndio, que, a rigor, ainda nem se sabe se há (para todas as escolas) ou, pelo menos, em que consistem as irregularidades, na medida em que os todos os prédios ainda não passaram pela vistoria daqueles órgãos técnicos. A sede investigatória, para tanto, é a do inquérito civil, e, a rigor, era nela que isso estava sendo realizado, de 2010 até o ajuizamento desta ação, em 2013, quando se optou pelo ajuizamento desta ação civil pública, de feitio genérico, com nítido escopo de desviar ou transferir ao Poder Judiciário função que ele não tem, ou seja, de investigar, em cada prédio escolar e em todos, qual(is) é (são) a(s) deficiência(s) a ser(em) regularizada(s), exigindo o saneamento e controlando-o, até a emissão dos AVSs e dos AVCBs.

E, em arremate, anote-se a inexequibilidade da pretensão jurisdicional na forma ampla e genérica como foi pretendida e terminou acolhida na r. sentença atacada, não só pelo atual vácuo de informações e elementos concretos de deficiências próprias de cada prédio escolar apontados pelos órgãos técnicos competentes, mas também pelo elevado número de unidades (mais de mil), cada uma a ser avaliada na concretude de sua situação peculiar, a exigir, então, e só então, memorial e cronograma específico para as obras e serviços a serem realizados, ou compra e instalação de equipamentos a serem disponibilizados nos prédios, para a futura emissão do AVS e do AVCB próprio de cada edifício, o que não comunga com a determinação judicial de conjunta e universal regularização em prazo comum (no caso, doze meses).

Por isso, no caso, não basta apenas invocar a boa tese jurídica de que os prédios das escolas públicas devem todos atender às normas de segurança

Acesso ao Sumário

edilícias e de prevenção a incêndios, mas é preciso, também, verificar se, pelo ângulo fático, a demanda deduzida em Juízo tem, ou não, viabilidade de execução em modo regular e não traumático à efetiva prestação jurisdicional. E, nessa perspectiva, é eloquente que não se poderá cuidar das regularizações em foco, para todas as escolas estaduais do Município de São Paulo, em forma conjunta, uniforme e fechada em um só tempo (doze meses, por exemplo), desconsiderando a evidente diversidade e peculiaridade de cada uma.

Transferir, outrossim, essa necessidade de atenção à concretude de cada unidade escolar para a fase de liquidação e posterior execução do julgado, mantendo a genérica determinação de regularizar, diferindo o prazo e multa cominada após o levantamento da peculiaridade de cada prédio, também não se vislumbra adequado, não só porque fere, de algum modo, a adstrição à demanda, mas também porque concentra, indevidamente, num único processo, multiplicidade excessiva de questões, nem sempre homogêneas, comprometendo, inclusive, a rápida e eficaz solução do feito, que, naturalmente recomenda a limitação (tal como, por exemplo, ocorre em limitação de litisconsórcio facultativo que compromete a rápida solução do litígio ou a defesa, a exigir organização da lide e do processo, limitando o agrupamento de questões similares).

Enfim, neste foco, não se diz que não se poderia agrupar, num mesmo feito, as questões similares de algumas escolas estaduais da Capital; mas todas elas num só feito, em número expressivo que supera a casa de mil unidades, com necessidade ainda pendente de investigar as deficiências edilícias e controlar a regularização pontual de cada uma, com problemas e tempos de saneamentos diversificados, está, com certeza, na contramão da jurisdição organizada, eficaz e ágil.

Por derradeiro, aponte-se a inutilidade e a antijuridicidade da prestação jurisdicional tão somente para se determinar o cumprimento do que a lei já determina, sem comando judicial preciso, singularizado, eficaz e exequível, de feição consequencial à violação do direito constatada. E isso fica ainda mais evidenciado na pretendida determinação judicial para que os corréus se abstenham de promover instalação, funcionamento, administração e gestão de novas escolas neste município (além daquelas instaladas nos tais 1.513 prédios) sem a prévia emissão dos AVS e AVCB.

De fato, a necessidade de AVS e de AVCB para novas edificações é exigência da lei, a qual, por si, basta para fixar o dever jurídico, e, portanto, dispensa comando judicial de reforço (ou agregador de sanção pecuniária para a hipótese de ofensa ao dever legal), especialmente em relação a Poder ou ente público que estão, até por prescrição constitucional, obrigados a respeitar os princípios administrativos, dentre eles o da estrita legalidade.

Por tais razões, no modo como a demanda foi posta em Juízo (forma

cominatória universal e conjunta para todas as escolas), ela é improcedente, sem prejuízo, contudo, de eventuais ajuizamentos de ações em molde cominatório singularizado para cada unidade, com delimitação das deficiências edilícias de cada uma, ou seja, com causas de pedir e pedidos viáveis à regular, útil, eficaz e exequível prestação jurisdicional.

Logo, forçoso dar provimento aos recursos voluntários e ao reexame necessário, para a improcedência da demanda, sem condenação do autor ao pagamento dos encargos da sucumbência.

Pelo exposto, **DOU PROVIMENTO** aos recursos voluntários e ao reexame necessário, para os fins e nos termos retro.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0001668-03.2014.8.26.0588, da Comarca de São Sebastião da Grama, em que são apelantes BANCO DO BRASIL S/A e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE DIVIONOLÂNDIA.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.178)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente sem voto), BURZA NETO e FRANCISCO OLAVO.

São Paulo, 15 de dezembro de 2016.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator

Ementa: EXECUÇÃO FISCAL – Embargos – ISSQN – Serviços bancários – Exercícios de 2006 a 2010 – Taxatividade da lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/2003 – Possibilidade de interpretação extensiva, viabilizando o enquadramento de serviços congêneres àqueles explicitamente elencados – Os serviços de "tarifa interbancária", "atendimento preferencial" e "taxa de carregamento – VGBL" não são tributáveis, já que ais atividades não representam serviços congêneres aos elencados na referida lista – Os serviços de "*Desconto de cheque pré-datados*"; "Depósitos de cheques", "*Banco 24*

Acesso ao Sumário

***horas*", "*Mensagens via celular SMS*" e "*Saques (TAA – Caixa e RVA)*" são perfeitamente tributáveis, pois correspondem a serviços congêneres previstos na supramencionada lista – Sentença parcialmente reformada – Recursos parcialmente providos.**

VOTO

Vistos.

BANCO DO BRASIL S/A, nos autos da ação de execução fiscal (Proc. nº. 0001668-03.2014.8.26.0588, da E. Vara Única da Comarca de São Sebastião da Grama), que lhe move a **PREFEITURA MUNICIPAL DE DIVINOLÂNDIA**, referente ao débito de Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), no período de maio de 2006 a dezembro de 2010, apresenta embargos à execução, visando à extinção da ação, em virtude da impossibilidade de exigência do referido tributo sobre as atividades elencadas nos autos infração lavrados.

Registre-se que foi proferida a r. sentença de fls. 432/435, que julgou parcialmente procedentes os presentes embargos, recorrendo de ofício.

O embargante apresenta, então, o seu recurso de apelação (fls. 440/467). Resumidamente, insurge-se na parte em que foi vencido, alegando a nulidade das CDAs por ausência de fundamentação, e que as rubricas tributadas pelo fisco municipal não estão alocadas na lista de serviços tributados pelo ISSQN. Cita legislação, doutrina e jurisprudência que entende pertinentes ao caso presente. Ao final, requer a reforma da r. sentença, com a decretação de procedência total dos embargos opostos.

A Municipalidade de Divinolândia também apresentou o seu recurso de apelação (fls. 472/485). Sustenta, em síntese, que há incidência de ISSQN nos serviços descritos pelas certidões de dívida ativa; que os serviços bancários não se restringem aos expressos nos itens 95 e 96 da lista de serviços, podendo ser enquadrados em diversos outros itens; que a nomenclatura atribuída não pode alterar ou determinar a hipótese de incidência. Tece considerações a respeito da matéria, com citações de legislação e jurisprudência. Ao final, requer o provimento do recurso, com a reforma da r. sentença de primeiro grau, para o fim de julgarem-se improcedentes os embargos à execução.

Acesso ao Sumário

Tempestivos os recursos, foram os mesmos regularmente processados, com a apresentação de contrarrazões (fls. 492/503).

É o relatório.

De proêmio, impõe-se ponderar que o recurso de apelação em apreço foi interposto sob a égide do CPC/73, razão pela qual, em atenção ao princípio do Isolamento dos Atos Processuais, os atos já praticados, assim como as situações

jurídicas já consolidadas com fulcro no código anterior, devem ser convalidados ou reformados com base no CPC/73, entendimento este, aliás, em consonância com o art. 14 do CPC/15, bem como atento ao princípio da necessária segurança jurídica.

De inicio, rejeita-se a *preliminar* arguida, referente à *nulidade das CDAs*. Os títulos executivos juntados às fls. 03/37(3º anexo do 2º vol.), preenchem perfeitamente os requisitos dispostos no art. 202 do CTN e no art. 2º, §§ 5º e 6º, da LEF, com a fundamentação legal completa do tributo cobrado e de seus consectários legais, bem como com as especificações dos marcos temporais incidentes.

No mais, malgrado o zelo e a combatividade dos ínclitos procuradores de ambas as partes, entende-se, com a devida vênia, que *os recursos interpostos reúnem condições de serem providos, apenas em parte.*

Senão, vejamos.

Conforme se infere dos autos da execução fiscal em apenso, pretende a Municipalidade compelir o Banco do Brasil S/A ao pagamento da quantia de R$ 64.604,41 (sessenta e quatro mil, seiscentos e quatro reais e quarenta e um centavos) e R$ 81.461,26 (oitenta e um mil, quatrocentos e sessenta e um reais e vinte e seis centavos), referente ao ISSQN dos períodos de maio de 2006 a dezembro de 2010.

Com efeito, compete aos Municípios instituir imposto sobre serviços de qualquer natureza, nos termos do artigo 156, III, da Constituição Federal, definidos em lei complementar.

Assim, os serviços que permitem a incidência do imposto estão previstos na lista anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, aplicável ao caso presente, uma vez que os lançamentos são posteriores à sua vigência, apesar de taxativa quanto ao gênero dos serviços nela mencionados, não é quanto às espécies. Ou seja, ainda que não se possa incluir na lista categoria de serviço que não esteja nela prevista, aquele que nela existe admite ampla interpretação. A não ser assim bastaria ao contribuinte mudar o "nome" do serviço e, dificilmente, o fisco municipal poderia submetê-lo à tributação.

Nesta seara, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que é taxativa a Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei 406/68, para efeito de incidência de ISS, admitindo-se, aos já existentes serviços bancários apresentados com outra nomenclatura, o emprego da interpretação extensiva para aqueles congêneres, consoante se infere da Súmula 424 do STJ, *in verbis: "É legítima a incidência de ISS sobre os serviços bancários congêneres da lista anexa ao DL n. 406/1968 e à LC n. 56/1987".*

No mesmo sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 361829/RJ, ao mencionar em sua ementa:

Acesso ao Sumário

"... é taxativa, ou limitativa, e não simplesmente exemplificativa, a lista de serviços anexa à Lei Complementar, embora comportem interpretação ampla os seus tópicos. Cuida-se, no caso, da lista anexa à Lei Complementar 56/87" (j. 03.03.2005, p. 22/03/2005 PP-00075 RDDT n. 117, 2005, p. 195-199, Rel. Min. Carlos Velloso).

Admitidas essas premissas, urge considerar se as atividades taxadas pelo Município de Divinolândia estão compreendidas na lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003 ou comportam interpretação extensiva aos serviços ali expressamente previstos.

O item 15 da lista de serviço anexa à Lei Complementar 116/2003 é usado para amparar a tributação. Veja-se o teor do referido item:

"15 – Serviços relacionados ao setor bancário ou financeiro, inclusive aqueles prestados por instituições financeiras autorizadas a funcionar pela União ou por quem de direito.

"15.01 – Administração de fundos quaisquer, de consórcio, de cartão de crédito ou débito e congêneres, de carteira de clientes, de cheques pré-datados e congêneres.

"15.02 – Abertura de contas em geral, inclusive conta- corrente, conta de investimentos e aplicação e caderneta de poupança, no País e no exterior, bem como a manutenção das referidas contas ativas e inativas.

"15.03 – Locação e manutenção de cofres particulares, de terminais eletrônicos, de terminais de atendimento e de bens e equipamentos em geral.

"15.04 – Fornecimento ou emissão de atestados em geral, inclusive atestado de idoneidade, atestado de capacidade financeira e congêneres.

"15.05 – Cadastro, elaboração de ficha cadastral, renovação cadastral e congêneres, inclusão ou exclusão no Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos CCF ou em quaisquer outros bancos cadastrais.

"15.06 – Emissão, reemissão e fornecimento de avisos, comprovantes e documentos em geral; abono de firmas; coleta e entrega de documentos, bens e valores; comunicação com outra agência ou com a administração central; licenciamento eletrônico de veículos; transferência de veículos; agenciamento fiduciário ou depositário; devolução de bens em custódia.

"15.07 – Acesso, movimentação, atendimento e consulta a contas em geral, por qualquer meio ou processo, inclusive por telefone, fac-símile, internet e telex, acesso a terminais de atendimento, inclusive vinte e quatro horas; acesso a outro banco e a rede compartilhada; fornecimento de saldo, extrato e demais informações relativas a contas em geral, por qualquer meio ou processo.

"15.08 – Emissão, reemissão, alteração, cessão, substituição, cancelamento e registro de contrato de crédito; estudo, análise e avaliação de

Acesso ao Sumário

operações de crédito; emissão, concessão, alteração ou contratação de aval, fiança, anuência e congêneres; serviços relativos a abertura de crédito, para quaisquer fins.

"15.09 – Arrendamento mercantil (leasing) de quaisquer bens, inclusive cessão de direitos e obrigações, substituição de garantia, alteração, cancelamento e registro de contrato, e demais serviços relacionados ao arrendamento mercantil (leasing).

"15.10 – Serviços relacionados a cobranças, recebimentos ou pagamentos em geral, de títulos quaisquer, de contas ou carnês, de câmbio, de tributos e por conta de terceiros, inclusive os efetuados por meio eletrônico, automático ou por máquinas de atendimento; fornecimento de posição de cobrança, recebimento ou pagamento; emissão de carnês, fichas de compensação, impressos e documentos em geral.

"15.11 – Devolução de títulos, protesto de títulos, sustação de protesto, manutenção de títulos, reapresentação de títulos, e demais serviços a eles relacionados.

"15.12 – Custódia em geral, inclusive de títulos e valores mobiliários.

"15.13 – Serviços relacionados a operações de câmbio em geral, edição, alteração, prorrogação, cancelamento e baixa de contrato de câmbio; emissão de registro de exportação ou de crédito; cobrança ou depósito no exterior; emissão, fornecimento e cancelamento de cheques de viagem; fornecimento, transferência, cancelamento e demais serviços relativos a carta de crédito de importação, exportação e garantias recebidas; envio e recebimento de mensagens em geral relacionadas a operações de câmbio.

"15.14 – Fornecimento, emissão, reemissão, renovação e manutenção de cartão magnético, cartão de crédito, cartão de débito, cartão salário e congêneres.

"15.15 – Compensação de cheques e títulos quaisquer; serviços relacionados a depósito, inclusive depósito identificado, a saque de contas quaisquer, por qualquer meio ou processo, inclusive em terminais eletrônicos e de atendimento.

"15.16 – Emissão, reemissão, liquidação, alteração, cancelamento e baixa de ordens de pagamento, ordens de crédito e similares, por qualquer meio ou processo; serviços relacionados à transferência de valores, dados, fundos, pagamentos e similares, inclusive entre contas em geral.

"15.17 – Emissão, fornecimento, devolução, sustação, cancelamento e oposição de cheques quaisquer, avulso ou por talão.

"15.18 – Serviços relacionados a crédito imobiliário, avaliação e vistoria de imóvel ou obra, análise técnica e jurídica, emissão, reemissão, alteração, transferência e renegociação de contrato, emissão e reemissão do termo de

Acesso ao Sumário

quitação e demais serviços relacionados a crédito imobiliário"

Passa-se à análise das imposições tributárias relativas às rubricas controvertidas no processo, que são as seguintes:

Com relação à **Taxa de abertura de crédito e comissões (7.24...; 7.25...; 7.30...; 7.34... e 7.35...)** - taxa cobrada referente às despesas havidas para o preenchimento de formulários e cadastros e também vinculado a concessão de crédito. Essas contas passaram a ter previsão com a edição da Lei Complementar nº 116/2003, no item 15.08 da Lista anexa da referida lei complementar, sendo, portanto, cabível a sua cobrança.

Já a tarifa de **liberação imediata de cheque – (PF) (7.70.0130-0), liberação imediata de cheque (PJ) (70.70.01.31-7), liberação de cheque (7.75.10.52-3) e desbloqueio de cheque (7.75.10.51-6),** também cabível a incidência do tributo, pois cuida de serviços que se enquadram em "*fornecimento de talão de cheque*", previstos no item 15.17 da Lista anexa da supramencionada lei.

Com relação **à tarifa à exclusão do CCF (7.80.30.85-1) e inclusão na lista negra (7.75.10.49-98)** - Tarifa cobrada para ressarcimento dos custos com a montagem do processo de inclusão ou exclusão do nome do cliente no cadastro de cheques sem fundos ou em quaisquer outros bancos cadastrais. Essas atividades só passaram a figurar na lista de serviços com a edição da LC 116/03, no item 15.05, configurando-se legítima a exação.

Já **a multa por atraso PF (7.64.01.10-7) e multa por atraso PJ (7.64.01.11-4)** - trata-se de sanção pecuniária aplicada ao cliente em virtude de não pagamento do valor da fatura no dia do vencimento. Essas contas estão devidamente elencadas na Lista de Serviços no item 15.10 da LC 116/03. Portanto, perfeitamente cabível a exação, principalmente, pela possibilidade de interpretação extensiva da lista.

O **valor dif. taxas/Cliente PF' (Reajuste Cambial - 7.64.15.20-3**) - Registrar as despesas de variação e diferença de Taxas de Câmbio decorrentes de transações internacionais com cartão de crédito, calculadas no ciclo, no vencimento ou no pagamento da fatura, lançadas na fatura do cliente. Essas duas contas passaram a ter previsão com a edição da LC 116/03 no item 15.13 da Lista anexa à referida LC, sendo, portanto, cabível a cobrança.

Por sua vez, os serviços de **desconto de cheque pré-datados; taxa de inatividade (7.75.10.47.5), tarifa sobre movimentação de conta (7.75.10.57.8); segunda via de documentos (7.80.30.36-3), extrato diário - pessoa jurídica (7.75.10.50.9) e extrato via fax (rendas de taxas de expediente - 7.75.10.58.5); Banco 24 horas (7.75.10.46.8), mensagens por celulares - SMS; depósitos em cheque e saques (TAA - caixa e RVA)** também *são devidos*, pois estão previstos nos itens 15.01,15.02, 15.06, 15.07 e 15.15, respectivamente.

No tocante à ***recuperação de encargos e despesas - Atendimento preferencial (7.80.30.35.6)***, tais atividades são destinadas à própria instituição financeira, sem ocorrência do fato gerador do tributo; ou seja, estas atividades se destinam, em última análise, não a terceiros (entenda-se clientes), mas sim à própria instituição financeira, motivo pelo qual não configuram fato gerador do ISS, sendo, portanto, ilegal a sua cobrança.

Já com relação à ***tarifa interbancária (7.70.90.70-6)*** – trata-se de tarifa cobrada pela *compensação de cheques e títulos* de *outros bancos*; ou seja, tal tarifa é destinada a financiar o sistema de compensação de títulos, de natureza institucional e não contratual, de modo que o Banco Central proíbe sua cobrança por entender como um *serviço essencial*[1].

Nesse caso, ainda que fosse utilizada a interpretação extensiva para enquadrar outros serviços que não aqueles que têm previsão expressa na lista, não haveria como considerar a atividade "***tarifa interbancária***" congênere ao item 15.15 da lista de serviços da Lei Complementar nº 116/2003.

Neste sentido, a jurisprudência vem entendendo:

"(...) – ISSQN – Lista de serviços – Taxatividade – Interpretação extensiva – Possibilidade – Relevância da natureza do serviço, e não da nomenclatura dada pela instituição financeira – Súmula nº 424 do STJ – Tarifa Interbancária – Cobrança afastada – Adiantamento a depositantes e tarifa de contratação de operações ativas. incidência do tributo – (...) – Sentença reformada em parte, e complementada, em reexame necessário. Negado provimento ao recurso de apelação (1). Provimento parcial ao recurso de apelação (2)" (Apelação Cível nº 1287556-4, 2ª Vara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, j. 05.07.2016, Rel. Des. Stewalt Camargo Filho).

Assim sendo, referida atividade se relaciona com operações de crédito entre os bancos, decorrentes das dinâmicas operações de transferência de recursos entre eles, de modo que a cobrança do ISS não pode ser exigida.

Por fim, quanto à ***taxa de carregamento - VGBL (7.75.82.10-4)***, entende-se que tal serviço não é passível de incidência de ISS, pois tal operação não configura atividade-fim da instituição financeira, que gera receita, mas sim uma recuperação de encargos ou reembolso ou operação tipicamente financeira.

Neste sentido, como bem salientou o eminente Des. Rezende Silveira, no julgamento da Apelação nº 0056044-71.2012.8.26.0114: *"(...) os serviços correspondentes à "Taxa de carregamento VGBL", bem como "Remuneração sobre Seguro", não podem ser considerados serviços passíveis de incidência do ISS, uma vez considerados serviços acessórios, sem autonomia para configurar*

Acesso ao Sumário

1 *"A compensação de cheques é considerada "serviço essencial" e não pode ser cobrada pela instituição financeira"*
(internet: endereço eletrônico constante do texto original).

como serviço. Vale dizer: são atividades necessárias para a consecução da atividade-fim da instituição financeira, sem autonomia própria, com feição acessória e operacional, com vistas a um ressarcimento de custos operacionais e, por isso, não poderiam ser passiveis de incidência de ISS" (15ª Câmara de Direito Público, j. 05.07.2016).

Assim, diante de tais considerações, cabível a *parcial reforma* da r. sentença de primeiro grau, permitindo-se que a execução fiscal prossiga também em relação aos valores exigidos a título de ISSQN sobre a cobrança dos seguintes serviços: *Desconto de cheque pré-datados; Depósitos de cheques, do Banco 24 horas; Mensagens via celular - SMS e Saques (TAA – Caixa e RVA)*, bem como sejam também excluídos da incidência do ISSQN os serviços referente *a tarifa interbancária, atendimento preferencial e taxa de carregamento – VGBL*, mantendo-se, no mais, a r. sentença atacada.

Para os devidos fins de direito, consideram-se prequestionados os dispositivos legais e constitucionais mencionados.

Com isto, **dá-se parcial provimento** aos recursos, voluntários do Banco autor e da Municipalidade e *ex officio.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1054511-78.2014.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelada ADALGISA BARBOSA LOPES.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso de apelação da Fazenda Pública do Estado de São Paulo e ao reexame necessário. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.324)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente), FERRAZ DE ARRUDA e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2017.

FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Impetrante pertencente aos quadros do magistério do Município

de Franco da Rocha, aprovada em concurso de provas e títulos para ocupar o cargo de professora de educação básica junto à rede Estadual de ensino – Impetrante que se encontrava gestante à época da nomeação e posse no cargo estadual, e não iniciou o exercício, nem requereu a licença maternidade junto ao Estado, sob a justificativa de impedimento, pois estaria amparada por licença maternidade concedida pelo Município – Elementos que demonstram ter havido tempo hábil para a entrada em exercício da impetrante no cargo de professora da rede Estadual, antes do início do gozo da licença maternidade, em 20.08.2014, pois nomeada em 01.08.2014. No entanto, houve pedido administrativo de prorrogação de entrada em exercício que concedeu à impetrante acréscimo de 30 dias para iniciar o exercício – Término do novo prazo em data na qual a impetrante já gozava da licença maternidade municipal.

Necessidade de entrada em exercício e requerimento de licença maternidade junto ao Estado – Inteligência da Lei nº 10.261/1968 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado de São Paulo) – Recusa da impetrante em apresentar-se no local de trabalho e entregar a documentação pertinente para a devida caracterização do início do exercício e possibilidade de concessão de licença maternidade na esfera do serviço público estadual – Legislação estadual que prevê a exoneração do funcionário que não entrar em exercício no prazo legal – Administração Pública que é adstrita ao princípio da legalidade – Impossibilidade de concessão de licença maternidade na esfera estadual, pois não concluídas as formalidades para que a impetrante ostentasse o "status" de servidora pública estadual – Inexistência de negativa de concessão de licença maternidade pelo Estado, mas somente exigência de que a impetrante cumprisse as determinações legais para tornar-se servidora pública estadual, e assim, pudesse gozar da licença maternidade também na esfera estadual.

R. sentença concessiva da segurança reformada para denegar a ordem – Medida liminar revogada, com

Acesso ao Sumário

ressalva de que valores eventualmente recebidos pela impetrante a título de salário, após o término da licença maternidade deferida por força judicial, não podem ser devolvidos, pois percebidos em contraprestação do trabalho da impetrante – Vedação ao enriquecimento sem causa da Administração Pública.

RECURSO DE APELAÇÃO DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO E REEXAME NECESSÁRIO PROVIDOS.

VOTO

Vistos.

Trata-se de mandando de segurança impetrado por Adalgisa Barbosa Lopes contra ato apontado como coator, praticado pelo Diretor da Escola Estadual General Humberto de Souza Mello e pela Dirigente da Diretoria Norte 1. Relata a impetrante ser professora de artes vinculada atualmente à municipalidade de Franco da Rocha, tendo sido aprovada no concurso para provimento de cargo de Professor Educação Básica II, no Estado de São Paulo. Narra ter apresentado toda documentação que comprova que "*sua habilitação no ato da posse que foi concluída*", e que em 16.09.2014 foi autorizada a prorrogação do início do exercício. Informa que entrou em licença maternidade em 20.08.2014, perante o Município, estando evidentemente impedida de entrar em exercício perante a Secretaria de Estado da Educação Paulista, com o nascimento de seu filho em 06.09.2014. Sustenta que houve tentativa para resolver a questão administrativamente, sem sucesso. Liminarmente, requer sejam assegurados todos os direitos inerentes ao cargo no qual tomou posse, especialmente a participação no processo de atribuição de aulas para o ano letivo de 2015. Ao final, pede seja determinado às autoridades impetradas a manutenção da posse anteriormente concedida, com o encaminhamento da licença maternidade nos moldes legais, bem como a confirmação da medida liminar.

Deferida a gratuidade processual, bem como a medida liminar (fls. 28).

A autoridade apontada como coatora prestou informações, demonstrando o cumprimento da decisão judicial (fls. 40/53).

O Ministério Público informou seu desinteresse no feito (fls. 56).

Sobreveio r. sentença (fls. 58/59), cujo relatório adoto, que concedeu a segurança, tornando definitiva a medida liminar. Fundamentou que, tendo a impetrante tomado posse em 01.08.14, com prazo limite para entrar em exercício até 26.09.14, não poderia ser impedida de iniciar o exercício do cargo, pois quando da sua nomeação, encontrava-se em gozo de licença maternidade em razão do nascimento de seu filho em 06.09.14. Apontou que as custas seguem a

Acesso ao Sumário

forma da lei e que não há condenação em honorários advocatícios.

Apela o Estado de São Paulo (fls. 66/71), argumentando, em breve síntese, que: a) a impetrante tomou posse em 01.08.2014, de modo que deveria ter entrado em exercício até o dia 01.10.2014, considerando que foi concedida a prorrogação da posse por 30 dias em 26.08.2014, não tendo se apresentado nesse prazo; b) conforme as informações apresentadas pela autoridade coatora, bastava que a autora se apresentasse em serviço, trazendo a certidão de nascimento de seu filho, ou seja, a autoridade não impediu o gozo da licença maternidade, simplesmente exigindo a apresentação do documento para regularizar a situação; c) não há nada que comprove que sua condição de gestante impedisse o simples comparecimento à repartição público para entrega de documentos. Requer seja afastada a anulação da exoneração da impetrante.

Recurso tempestivo, isento de preparo, recebido (fls. 72) e processado com contrarrazões (fls. 74/81).

É o relatório.

Nos termos do art. 22, I, da Constituição Federal de 1. 988 compete privativamente à União legislar sobre "*direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho*."

Notadamente quanto ao direito processual civil observa-se que até o dia 17 de março de 2.016 as disposições legais insertas na Lei 5.869 de 11.01.1973, que institui o Código o Código de Processo Civil, foram observadas em todo território nacional e em todos os graus de Jurisdição.

Observa-se, contudo, que em prestígio à efetividade da justiça, foi instituído Novo Código de Processo Civil, por meio da Lei nº 13.105, em 16 de março de 2.015, com vigência a partir de 18 de março de 2.016, sendo tal data ratificada, inclusive, nos termos da decisão do pleno do E. STJ, datada de 02.03.2.016, após questionamento do Min. Raul Araújo, Presidente da 2ª Seção daquela Corte.

Quanto à aplicação temporal de lei processual, o Novo Código de Processo Civil, visando garantir direitos e garantias fundamentais conferidos no art. 5º, inciso XXXVI da CF/88 e no art. 6º da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), expressamente pontuou em seu art. 14 que "*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*.".

No caso concreto, como a r. foi proferida na vigência do Código de Processo Civil de 1973, é sob a ótica desse diploma processual que será analisada sua correção ou não, em atenção ao art. 14 do Código de Processo Civil de 2.015.

Aliás, neste sentido o Colendo STJ, em seu Enunciado administrativo

n. 3: "*Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do STJ.*"

Na sequência, observo que se aplica ao caso concreto o reexame necessário, tendo em vista o art. 14, §1º da Lei nº 12.016/2009 que disciplina que: "*Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição*".

Passo a apreciar o recurso de apelação interposto pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo, bem como o reexame necessário.

"Ab initio", esclareço que a impetrante é **professora de educação básica municipal** de Franco da Rocha, e teve concedida, por aquela Municipalidade, licença maternidade por período de 120 dias, a partir de 20.08.2014, consoante a Portaria do Prefeito Municipal de Franco da Rocha nº 684/2014, de 29 de agosto de 2014 (fl. 17).

Consta dos autos que a impetrante participou do concurso para provimento de cargo público da **rede estadual de ensino**, tendo sido aprovada no certame para exercer o cargo de professora de educação básica II, na disciplina de artes, na Escola Estadual Gal. Humberto Souza Melo (fls. 02/03, 49).

Destarte, durante o período em que se encontrava gestante, a impetrante foi nomeada (em **03.06.2014**) e tomou posse (em **01.08.2014**), tendo, assim, sido investida no cargo de professora de educação básica II, nos termos do art. 46 da Lei nº 10.261/1968 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo) (fls. 15/16)

A certidão de nascimento de fl. 14 comprova que **o filho da impetrante nasceu em 06.09.2014**, isto é, aproximadamente 01 mês após a posse, ocorrida em 01.08.2014.

Diante do deferimento da prorrogação do prazo para início do efeito exercício, a impetrante deveria entrar em exercício até a data de 26.09.2014 (fl. 02, 15), **o que não ocorreu**.

Acesso ao Sumário

Com o presente "writ", a impetrante busca o reconhecimento do direito líquido e certo de não ser exonerada por não ter entrado em exercício, em virtude da licença-maternidade gozada desde 20.08.2014, concedendo-se a segurança para o fim de que as autoridades impetradas mantenham a posse anteriormente tomada pela impetrante, com o encaminhamento da licença-maternidade, no âmbito da Administração Pública Estadual, nos moldes da lei, bem como a fim se assegurar a participação no processo de atribuição de aulas para o ano letivo de 2015.

O saudoso mestre Hely Lopes Meirelles conceitua o remédio heroico da seguinte forma, *verbis:*

"o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça" (MEIRELLES, Hely Lopes e outros [Wald, Arnoldo e MENDES, Gilmar Ferreira]. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. 36. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 25/27).

Para concessão de mandado de segurança há necessidade de existência de direito líquido e certo. Ainda segundo Hely Lopes Meirelles:

"Direito Líquido e certo é 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 de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa, se sua extensão ainda não estiver delimitada, se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais."* (MEIRELLES, Hely Lopes e outros (Wald, Arnoldo e MENDES, Gilmar Ferreira). Mandado de segurança e Ações Constitucionais. 36. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 36/37).

E neste sentido pontuam Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli e João Francisco Naves da Fonseca, em sua obra Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 46ª ed., Saraiva, 2014, pág. 1823, nota 10ª:

"Direito Líquido e certo é o que resulta de fato certo, e fato certo é aquele capaz de ser comprovado de plano *(RSTJ 4/1.427, 27/140, 147/386****), por documento inequívoco*** *(RTJ 83/130, 83/855, RSTJ 27/169, 55/325, 129/72),* ***e independente de exame técnico*** *(RTFR).* ***É necessário que o pedido esteja apoiado 'em fatos incontroversos, e não em fatos complexos, que reclamam produção e cotejo de provas'*** *(RTJ 124/948). No mesmo sentido: RSTJ 154/150; STJ-RT 676/187. S/ recurso especial, nessa hipótese, v. RISTJ 255, nota 4-Mandado de Segurança."*

Ainda sobre o tema, são válidas as considerações de Sérgio Cruz Arenhart em seus comentários à Carta Magna, *verbis:*

"A expressão 'direito líquido e certo', portanto, liga-se à forma de cognição desenvolvida no mandado de segurança, que exige prova pré-constituída das alegações postas pela parte impetrante. Não há, então, qualquer relação com espécie particular de direito subjetivo. Em conta

Acesso ao Sumário

disso, vem-se exigindo que as afirmações de fato trazidas pelo autor na petição inicial sejam demonstradas de pronto, por meio da prova documental" (ARENHART, Sergio Cruz *in* Comentários à Constituição do Brasil, Coord J.J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck. Ed. Saraiva. 2014. P. 478).

No caso concreto, contudo, a impetrante não logrou demonstrar o seu direito líquido e certo ao provimento pleiteado, sendo de rigor a reforma da r. sentença concessiva de segurança, pelos motivos que passo a expor.

Pois bem. A impetrante, ao que parece, não iniciou o exercício na função de professora estadual por entender estar amparada pela licença-maternidade, **independentemente de entrar em exercício e efetivar prévio pleito administrativo junto à Administração Pública Estadual, motivo pelo qual, sob a sua ótica, não poderia ser exonerada de sua função.**

O art. 57 da Lei nº 10.261/1968 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado de São Paulo), prevê que **o exercício é o ato pelo qual o funcionário assume as atribuições e responsabilidades do cargo.**

Por sua vez, o art. 60, I, §1º da Lei nº 10.261/1968 estabelece que **o exercício do cargo terá início dentro do prazo de 30 dias contados da data da posse, prorrogáveis por mais 30 dias.**

Tendo a impetrante tomado posse em 01.08.2014, **pelo dispositivo acima mencionado**, deveria ter entrado em exercício dentro do prazo de 30 dias contados da data da posse.

De 01.08.2014 (data da posse) até 20.08.2014 (data em que a impetrante passou a gozar de licença maternidade junto ao Município de Franco da Rocha) decorreram 19 dias.

Assim, importante observar que a impetrante teve tempo hábil para iniciar o exercício no cargo junto à Escola Estadual enquanto não gozava da licença maternidade (na esfera municipal), licença esta que somente foi concedida pelo Município de Franco da Rocha em 20.08.2014, antes do nascimento de seu filho, em 06.09.2014.

Acesso ao Sumário

Entretanto, **a impetrante pediu a prorrogação do prazo para iniciar exercício na esfera estadual**, nos termos do art. 60, I, §1º da Lei nº 10.261/1968, **de forma que o término do novo prazo se deu, segundo elementos dos autos, em 26.09.2014, ou seja, quando a impetrante já encontrava-se gozando de licença maternidade junto ao Município**.

Apenas saliento que não há nos autos qualquer justificativa para que a impetrante **não tenha iniciado exercício** junto à Administração Estadual entre os dias 01.08.2014 e 20.08.2014, isto é, enquanto ainda não gozava de licença maternidade junto ao Município de Franco da Rocha.

Em suma, a impetrante efetuou pedido de prorrogação do início do

exercício, que terminaria em data em que esta sabia coincidir com o gozo da licença maternidade (na esfera municipal), vindo, mais tarde, a afirmar que não iniciou o exercício na esfera estadual devido a "*evidente impedimento*" justamente traduzido na fruição da licença maternidade na esfera municipal.

Nessa altura, não se vê direito líquido e certo a ser amparado, pois não se constata quaisquer violações, ilegalidades ou abuso de poder, praticadas pelas autoridades apontadas como coatoras no "writ".

A Lei Estadual nº 10.261/1968 é clara ao prever, no §4º do art. 60, que "***o funcionário que não entrar em exercício dentro do prazo será exonerado***.".

Destarte, não há dúvidas de que o candidato aprovado, nomeado e empossado que não entrar em exercício dentro do prazo será exonerado consoante dispõe a legislação estadual em vigor, aplicável ao caso.

A impetrante narra na peça inicial que "*entrou em licença maternidade perante a Municipalidade de Franco da Rocha em 20/08/2014 (atestado anexo), e evidentemente estava impedida de entrar em exercício perante a Secretaria de Estado da Educação Paulista, sendo que seu filho nasceu em 06/09/2014*."

Afirma, ainda, ter tentado, por meio do Sindicato representante da categoria, através de requerimentos, resolver a questão de forma administrativa, solicitando o encaminhamento do atestado da licença maternidade na esfera municipal (fl. 13) para publicação no diário oficial do Estado de São Paulo, para início da licença maternidade (também na esfera estadual), mas teve seu pleito negado, tendo recebido respostas similares da E. E. Gal. Humberto de Souza Melo e da Diretoria de Ensino Norte 1, no sentido de exigir que a impetrante **entrasse em exercício** para poder solicitar a licença maternidade.

A FESP sustenta que a impetrante, "***embora ciente de que deveria entrar por um dia em exercício no cargo de PEB-II para que pudesse requerer a almejada licença maternidade****, e passar a ter direito ao mencionado benefício perante a rede pública estadual, a impetrante optou por não efetivar o seu exercício do cargo, deixando de caracterizar o efetivo exercício dentro do prazo legal.*" – fl. 43

A Administração Pública Estadual fundamenta a negativa de concessão de licença maternidade à impetrante em virtude da impossibilidade de concessão de qualquer licença antes da efetivação do exercício no cargo, pois "***somente o Exercício configura a Assunção do cargo, não se pode conceder algo a quem ainda não assumiu 'as atribuições e responsabilidades do cargo'***". – fl. 49

Ademais disso, a Administração Pública traz à baila a existência da Instrução CGRH, publicada em 04.01.2013, que dispõe sobre a posse e o exercício de candidatos nomeados para cargos efetivos do quadro do Magistério, nos seguintes termos:

*"**Os ingressantes sem qualquer vínculo funcional com a rede estadual***

ou as docentes que atuaram como contratadas, nos termos da Lei Complementar 1.093/2009, ***que no momento do exercício, tenha filhos nascidos a menos de 180 (cento e oitenta) dias, deverão entrar em exercício, e poderá requerer o saldo do período correspondente a licença-gestante, mediante apresentação da certidão de nascimento****."* – fl. 49

Note-se que, nos termos da Instrução da Coordenadoria de Gestão de Recursos Humanos acima mencionada, **bastava que a impetrante comparecesse ao serviço munida da certidão de nascimento de seu filho para que fosse considerada em regular exercício e pudesse ser beneficiada pela licença maternidade.**

E, de fato, a Lei nº 10.261/1968, no inciso II do art. 198 é clara no sentido de que, após o parto, a licença maternidade será concedida mediante a apresentação da certidão de nascimento, nos seguintes termos:

"Artigo 198 - À funcionária gestante será concedida licença de 180 (cento e oitenta) dias com vencimento ou remuneração, observado o seguinte:

...

II - ***ocorrido o parto, sem que tenha sido requerida a licença, será esta concedida mediante a apresentação da certidão de nascimento e vigorará a partir da data do evento, podendo retroagir até 15 (quinze) dias****;"*

Os documentos de fls. 15, 16 e 26, a princípio, demonstram que as autoridades apontadas como coatoras entraram em contato com a impetrante a fim de que esta última regularizasse a sua situação perante a Administração Pública Estadual, prestando os esclarecimentos necessários quanto ao procedimento a ser adotado.

No entanto, como visto, a impetrante optou por não comparecer ao local de trabalho na esfera estadual (antes ou depois da concessão da licença maternidade pelo Município de Franco da Rocha) e deixou de apresentar a certidão de nascimento do seu filho na esfera estadual, abstendo-se de praticar os atos que culminariam no reconhecimento do efetivo exercício no cargo para o qual foi aprovada, nomeada e empossada na esfera estadual, e no regular deferimento da licença à gestante à qual faria jus após a realização das diligências pertinentes.

Nesse passo, não há que se falar em ofensa à garantia constitucional de licença à gestante, insculpida no art. 7º, XVIII da Constituição Federal, estendida às servidoras ocupantes de cargo público, por força do art. 39, §3º, também da Constituição Federal, **uma vez que o vínculo de trabalho entre a servidora e a Administração Pública deve ser anterior à licença almejada, o que não ocorre no caso em tela, pois a impetrante não chegou a iniciar o**

Acesso ao Sumário

exercício do cargo.

O Estado não negou à impetrante a concessão da licença à gestante, direito constitucionalmente garantido, mas sim exigiu que a impetrante atendesse a certas determinações para que pudesse ser efetivamente considerada servidora pública estadual, e, assim, e somente após, gozar da licença maternidade perante o Estado.

Em que pesem as argumentações da impetrante, é certo que não há quaisquer indícios nos autos de que a Administração devesse tê-la beneficiado com qualquer excepcionalidade à legislação estadual aplicável ao caso.

Aliás, a Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade, que é diretriz da conduta dos agentes da administração, importando no fato de que toda e qualquer atividade administrativa deve ser, obrigatoriamente, autorizada por lei.

Nas palavras do notório Professor Celso Antonio Bandeira de Mello:

"... o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito Brasileiro." (*in* "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Editores, 32ª edição, 2014, p. 104).

O atendimento do pleito da impetrante culmina, em última análise, no deferimento de licença à gestante àquela que não chegou a assumir as atribuições e responsabilidades do cargo, tampouco chegou a ostentar o "status" de servidora pública estadual, pois não concluídas as formalidades imprescindíveis para tanto.

Ora, **sem a posse e o exercício não se completa o provimento do cargo.**

Por derradeiro, despender tratamento diverso à impetrante, em detrimento daquelas gestantes que, empossadas no cargo público, iniciaram regularmente o exercício na função, para, somente então, pleitear a licença maternidade, fere o princípio da isonomia, que protege a lisura e a imparcialidade dos atos administrativos, impedindo proteções, favoritismos ou perseguições, promovendo a impessoalidade e a igualdade entre os servidores e administrados.

Celso Antonio Bandeira de Mello, ao tratar do princípio da impessoalidade, posiciona-se no sentido de que:

"Nele se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimentosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação

administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. Está consagrado explicitamente no art. 37, caput, da Constituição. Além disso, assim como 'todos são iguais perante a lei' (art. 5º, caput), a fortiori teriam de sê-lo perante a Administração." (*in* "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Editores, 32ª edição, 2014, p. 117)

Nesses termos, é caso de reforma integral da r. sentença, para o fim de denegar a ordem buscada pela impetrante, revogando-se a liminar anteriormente deferida.

Em sede de contrarrazões, a autora afirma não ter recebido valores enquanto se encontrava em período de licença maternidade por força da liminar concedida em primeiro grau de jurisdição, tendo passado a receber seus vencimentos após o término da licença maternidade e início do efetivo exercício afirmações que vieram desacompanhadas de prova documental.

Nesta perspectiva, **revogo a medida liminar anteriormente deferida pelo Il. Juízo de primeiro grau, e ressalto que, caso se comprove que a impetrante percebeu salário após o término da licença maternidade e início do exercício, não é possível exigir a devolução de tais valores, pois, recebidos a título de remuneração, constituem verba de natureza alimentar e representam contraprestação de serviços efetivamente prestados pela impetrante.** Caso os valores percebidos em contraprestação do serviço prestado fossem devolvidos, haveria enriquecimento sem causa da Administração Pública, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Por fim, sem honorários advocatícios, em virtude do art. 25, da Lei 12.016/2009 e do entendimento cristalizado na Súmula 512 do STF.

Por último, em relação ao prequestionamento, basta que as questões tenham sido enfrentadas e solucionadas no voto, como ocorreu, pois "desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais" (STJ EDCL. No RMS 18.205/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 18.04.2006), mas mesmo assim, para que não se diga haver cerceamento de direito de recorrer, dou por prequestionados todos os dispositivos legais referidos na fase recursal.

Diante do exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO ao recurso de apelação da Fazenda Pública do Estado de São Paulo e ao reexame necessário**, reformando-se integralmente a r. sentença para denegar a ordem, revogando-se, em consequência, a medida liminar deferida em 1º. Grau de jurisdição.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0031812-51.2010.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que são apelantes PREFEITURA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado REK CONSTRUTORA LTDA.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.039)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA (Presidente sem voto), COIMBRA SCHMIDT e MAGALHÃES COELHO.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2017.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: CONTRATO ADMINISTRATIVO – Laudo pericial que foi além do quanto pedido na inicial, incluindo período não requerido – O Juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo apreciar livremente as provas constantes dos autos a fim de estabelecer o seu convencimento acerca da demanda – REAJUSTE CONTRATUAL – Diferenças reconhecidas, apuradas e pagas pela municipalidade, através de notas fiscais de serviço, emitidas pela contratada, sem qualquer ressalva ao valor recebido – Quitação reconhecida – Posterior prorrogação do contrato, concordando com os preços oferecidos pela municipalidade – Municipalidade que reconheceu erro de cálculo em relação à apuração das diferenças calculadas em decorrência da revisão contratual, que deve ser paga à autora. Prescrição afastada. Ação parcialmente procedente. Recurso da municipalidade e remessa necessária parcialmente providos.

Acesso ao Sumário

VOTO

O Município de Ribeirão Preto, inconformado com a r. sentença que julgou procedente a ação (fls. 422/425), apresentou recurso de apelação.

Argui a ocorrência de prescrição. Diz que todas as parcelas anteriores a julho de 1995 estão prescritas. Afirma que se trata de reparação civil dos

valores supostamente devidos pelas diferenças de pagamentos mensais. Alega que a prescrição é trienal. Cita julgados favoráveis. Subsidiariamente, pede seja reconhecida a prescrição quinquenal. Assere que, a partir de fevereiro de 1997, a empresa concordou com a prorrogação do prazo contratual. Entende que a partir de cada um dos pagamentos é que teve início a contagem do prazo prescricional. Assegura que o contrato discutido sofreu todos os reajustes mensais até a edição da MP 434/94 e demais normas legais que culminaram na transformação da moeda, primeiro a URV e depois Real. Aduz que houve aditamento contratual em 23 de junho de 1994. Assevera que, de acordo com as novas regras, somente em julho de 1995, os valores contratuais sofreriam novo reajuste. Esclarece que em julho de 1995 foi aplicado o reajuste que vigorou até julho de 1996. Assegura que a empresa solicitou administrativamente uma diferença que não havia sido dada em julho de 1995, o que foi acolhido. Sustenta que a empresa concordou com os valores, tanto que emitiu as faturas para complementação dos pagamentos. Argumenta que os valores foram reajustados e a empresa aceitou a prorrogação do contrato por mais 180 dias, nas mesmas condições anteriores. Alega que a recorrida deu quitação de todos os valores recebidos, pois emitiu as notas fiscais com os valores dos reajustes e recebeu o pagamento sem qualquer ressalva, como havia feito anteriormente. Afirma que os valores apresentados no laudo são vultosos, em afronta ao princípio da moralidade. Declara que a decisão administrativa não foi impugnada e a empresa recebeu as diferenças devidas. Diz que é indiscutível e comprovado que houve a devida manutenção do equilíbrio econômico do contrato. Reitera que a prorrogação do contrato se deu pelos mesmos preços. Impugna o laudo pericial. Aduz que há incorreções quanto aos juros de mora e correção monetária. Admite que há uma diferença no valor de R$ 7.529,81. Volta-se contra os honorários advocatícios. Daí, pedir a reforma da r. sentença (fls. 435/453).

Com as contrarrazões (fls. 460/), subiram os autos.

É o relatório.

Objetiva a demandante, por meio da presente ação, dotada de rito ordinário, seja a Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto condenada "ao pagamento dos valores correspondentes à diferença entre o montante de reajuste pago pela Ré e o montante integral de reajuste que deveria ter sido pago, valores estes a serem apurados no curso do processo, pelo critério de reajustamento avençado no Contrato, correspondentes aos períodos de: a) julho de 1994 a julho de 1995 (reajuste devido em julho de 1995); b) julho de 1995 a julho de 1996 (reajuste devido em julho de 1996)", acrescido de correção monetária e juros moratórios (fls. 10).

Acesso ao Sumário

Afasta-se a alegada prescrição.

A prescrição deve seguir a regra geral do artigo 1º do Decreto nº 20.910/32,

que prevê: "As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem".

No caso, as notas fiscais mais antigas são de 1.9.1995 (fls. 271/274) e a ação proposta em 28.7.2000 (fls. 02), não havendo se falar em prescrição.

No mais, respeitado o entendimento da Ilustre MM. Juíza de primeiro grau, a r. sentença merece reforma.

Inicialmente, verifica-se que o laudo pericial apresenta incorreções. Conforme se constata da inicial, o pedido da autora limitou-se aos períodos de "a) julho de 1994 a julho de 1995 (reajuste devido em julho de 1996); b) julho de 1995 a julho de 1996 (reajuste devido em julho de 1996)" (fls. 10), sendo que a perita foi além, incluindo nas planilhas reajustes após este período, ou seja, a partir de 11.7.1996 (fls. 229). Depois, conforme ela mesma esclareceu, "elaborou os cálculos com o objetivo de atender aos quesitos da Autora" (fls. 379), refazendo os cálculos, conforme solicitado pela municipalidade (fls. 384).

O certo é que a simples consulta às planilhas anexadas demonstra o montante absurdo encontrado pela perícia, no que tange à diferença de reajuste que foi realizado à época (não se trata de inadimplência, o reajuste foi realizado, embora, entenda a autora, de forma incorreta).

Ainda, no tocante à perícia, foram encontrados três valores, e todos excessivos – na primeira, R$ 44.775.649,36 (quarenta e quatro milhões, setecentos e setenta e cinco reais, seiscentos e quarenta e nove reais e trinta e seis centavos) (fls. 229); na segunda, R$ 32.806.959,81 (trinta e dois milhões, oitocentos e seis mil, novecentos e cinquenta e nove reais e oitenta e um centavos) (fls. 230); por fim, R$ 19.196.273,43 (dezenove milhões, cento e noventa e seis mil, duzentos e setenta e três reais e quarenta e três centavos) (fls. 384).

Assim, além do pagamento já realizado, e considerando que houve o reajuste, haverá um bônus exorbitante, correspondente a pelo menos R$ 19.196.273,43.

Portanto, deve ser rejeitado o que foi explicitado na perícia, devendo ser ressaltado que o juiz não está adstrito aos argumentos expostos na prova pericial, tendo outros elementos para embasar seu convencimento, conforme disposto no artigo 479 do novo Código de Processo Civil: "O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito".

Neste sentido, já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça: "PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONSTITUIÇÃO DE SERVIDÃO ADMINISTRATIVA. PLENA

Acesso ao Sumário

OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LIVRE CONVICÇÃO DO JUIZ. 1. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo, inclusive, formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos, desde que dê a devida fundamentação, conforme o disposto no art. 436 do Código de Processo Civil. 2. 'A livre apreciação da prova, desde que a decisão seja fundamentada, considerada a lei e os elementos existentes nos autos, é um dos cânones do nosso sistema processual' (REsp 7.870/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 3.2.1992). (...)" (REsp 935774/SP, Relª. Minª. Denise Arruda, j. 20.11.2011).

Desnecessária a realização de nova perícia, pelos argumentos a seguir deduzidos.

Desponta dos autos que o pedido de pagamento dos reajustes contratuais, relativos aos períodos de julho de 1994 a julho de 1995 e julho de 1995 a julho de 1996, foi objeto de processo administrativo, do qual constam os termos do contrato e aditamento para adequação à conversão da moeda e alteração da periodicidade de reajuste, indicando os valores apurados a título de reajuste pagos para a autora.

À evidência, ante a documentação trazida aos autos pela Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto, não impugnada pela autora, surge desnecessária a realização de novo perícia.

É certo que, após a repactuação do contrato para a adequação aos termos da Medida Provisória nº 434/94, a autora, por meio de correspondência protocolizada em 02 de agosto de 1996, apresentou "o reajuste de 1.996 do contrato em referência, e também o resíduo de reajuste de 1.995" (fls. 27/29).

Em atenção ao pedido supracitado, a municipalidade instaurou expediente para apuração do "reajuste de preços contratos 002/92 – 95 – 96", resultando na determinação para pagamento da nota fiscal de reajuste (fls. 60/90), valores estes que, não impugnados, foram recebidos pela autora, por meio de faturas por esta emitidas, que recebeu os valores sem nenhuma ressalva (fls. 275/278).

Conclui-se que a Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto, observando os princípios constitucionais que regem as atividades da Administração Pública (art. 37, *caput*, da Const. Federal), reconheceu a falta de aplicação dos reajustes do contrato, apurou as diferenças devidas e efetuou os pagamentos à autora, sem que esta apresentasse qualquer ressalva, resultando na quitação.

Releva notar que, realizado o reajustamento, através do processo administrativo, a empresa emitiu notas de prestação de serviços (fls. 275/279 e 299/302), e não fez ressalvas. Também não impugnou a decisão administrativa, oferecendo quitação pelos pagamentos relativos à diferença de reajuste.

De fato, a municipalidade reconheceu a forma incorreta do reajuste das parcelas, fez as contas e realizou os pagamentos, tendo a própria empresa

emitido as notas de serviço baseando-se nas informações indicadas.

E mais, a autora aceitou os reajustes oferecidos, tanto que formalizou aditamento, prorrogando o contrato por mais 12 meses, concordando com os preços oferecidos pela municipalidade (fls. 238).

Ademais, não trouxe a incorreção na forma de reajuste, nem a planilha pormenorizada indicando a sua pretensão. Fez referência ao pactuado, não informando sobre a emissão de notas baseadas nos reajustes informados pela municipalidade, limitando-se a requerer a prova pericial, não havendo direito à indenização requerida.

Entretanto, a própria municipalidade reconheceu que houve erro de cálculo em relação à apuração das diferenças calculadas em decorrência da revisão contratual, que deve ser paga à autora.

Assim, a ação deve ser julgada parcialmente procedente, devendo a Municipalidade pagar à autora o valor de R$ 7.529,81, devidamente corrigido desde a data da conta (fls. 360), e juros de mora, devidos a partir da citação, conforme dispõe o artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, considerada a redação dada pela Lei nº 11.960/09, a partir da sua entrada em vigor.

Por fim, verifica-se que a hipótese dos autos é de sucumbência recíproca, razão pela qual deve ser aplicado o art. 86 do Código de Processo Civil de 2015, que dispõe: "Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas", sendo que cada parte arcará com os honorários advocatícios de seus patronos.

Ante o exposto, afastada a prescrição, dá-se parcial provimento ao recurso de apelação e à remessa necessária, para julgar parcialmente procedente a ação, nos termos supracitados. Sucumbentes, em parte, demandante e demandada, aplica-se o disposto no artigo 86 do Código de Processo Civil, ficando os encargos sucumbenciais repartidos entre eles, suportando, cada um dos litigantes, os honorários dos respectivos advogados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0015921-09.2011.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que são apelantes ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S/A e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTANA DE PARNAÍBA.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do reexame necessário

Acesso ao Sumário

e deram provimento ao recurso. V. U. Sustentou oralmente o Dr. Edgard Silveira Bueno.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.366)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores J. M. RIBEIRO DE PAULA (Presidente) e EDSON FERREIRA.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2017.

OSVALDO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: 1. Desapropriação direta – Construção de unidade escolar – Município de Santana de Parnaíba – Expropriação que recai sobre área destinada à prestação de serviço público essencial de fornecimento de energia elétrica explorada por concessionária, por força de contrato firmado com a União Federal – Desapropriação de bens vinculados a serviço público, pelo principio da continuidade do próprio serviço, que dependerá sempre de autorização da entidade superior que os instituiu e delegou – Improcedência da ação – Reforma da sentença.

2. Reexame oficial não conhecido e recurso provido.

VOTO

Trata-se de **apelação cível** interposta contra a sentença de fls. 327/330, cujo relatório se adota, que ***julgou procedente a presente ação*** para incorporar ao patrimônio da expropriante o imóvel descrito na petição inicial, mediante pagamento de indenização acrescida dos encargos legais (correção monetária, juros moratórios e compensatórios). Fixou verba honorária de um por cento (1%) sobre a diferença entre o valor da oferta e da indenização final. Recorreu-se de ofício.

A ***ré apelou*** (fls. 335/342), alegando, em síntese, que a prova pericial é insuficiente, pois não analisou a questão relativa à expansão das linhas de transmissão. A restrição é incabível, devido ao caráter público do serviço concedido. O bem em tela é insuscetível de expropriação.

Acesso ao Sumário

Houve resposta (fls. 350/353).

É o relatório.

O reexame oficial é dispensável, com amparo no artigo 28, § 1º, do Decreto-lei nº. 3.365/41, ao passo que o recurso deve ser provido.

Tem razão a ré.

Leciona ***Hely Lopes Meirelles***:[1]

"Os bens públicos são passiveis de desapropriação pelas entidades estatais superiores desde que haja autorização legislativa para o ato expropriatório e se observe a hierarquia política entre estas entidades. Admite-se, assim, a expropriação na ordem descendente, sendo vedada a ascendente, razão pela qual a União pode desapropriar bens de qualquer entidade estatal; os Estados-membros podem expropriar os de seus Municípios; os Municípios não podem desapropriar os de nenhuma entidade política".

"Os bens de autarquias, de fundações públicas, empresas estatais, concessionários e demais delegados do serviço público são expropriáveis, independentemente de autorização legislativa. Mas entendemos que a desapropriação de bens vinculados a serviço público, pelo principio da continuidade do próprio serviço, dependerá sempre de autorização da entidade superior que os instituiu e delegou, porque sem essa condição a atividade dos entes maiores seria tolhida, e até mesmo suprimida, pelos menores, por via expropriatória. Bem por isso, o Decreto-lei nº. 856, de 11.09.69, acrescentou ao artigo 3º da lei geral das desapropriações (Decreto- lei nº. 3.365/41) o § 3º, vedando a desapropriação, pelas entidades menores, de ações, quotas e direitos de instituições ou empresas que funcionem com autorização e sob fiscalização do Governo Federal, salvo com aquiescência do Presidente da República (STJ, RDA 187/249). Esse diploma amplia, aliás, restrição já estabelecida pelo Decreto-lei nº. 7.062, de 22.01.44, para os 'bens e instalações' das empresas de energia elétrica, sujeitos a idêntica autorização presidencial para se tornarem passiveis de desapropriação pelos Estados-membros e Municípios (artigo 2º)".

No mesmo sentido, é o ensinamento de José Carlos de Moraes Salles em sua importante obra "**A Desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência", 5ª edição, revista, atualizada e ampliada, Editora RT, São Paulo, 2006, páginas 136/138.**

É absolutamente indubitável que a expropriação levada a efeito pelo Município de Santana de Parnaíba, com base no Decreto nº. 3.208, de 05/03/10 (fls. 11/13), com a intenção de construir uma escola, recai sobre ***área destinada à prestação de serviço público essencial de fornecimento de energia elétrica explorada pela ré, por força de contrato de concessão firmado com a União Federal.***

Dessa forma, é de clareza solar que o ato espoliador poderá prejudicar a continuidade do serviço público prestado, especialmente no caso de expansão das linhas de transmissão e abastecimento de energia elétrica, conforme

Acesso ao Sumário

1 *Direito Administrativo Brasileiro, 33ª edição, Malheiros Editores, 2007, página 604.*

insistentemente afirmou a ré (fls. 255/257), cujo projeto não cabe ao Município expropriante avaliar.

Embora o Município negue, a prova pericial produzida na ação não deixa dúvida de que a expropriação atinge faixa de servidão (50 metros) onde se encontram as torres de transmissão, restringindo a ampliação de futuras linhas, consoante admitiu o vistor nomeado (fls. 170).

A expropriação, no trecho requisitado pelo Município, ademais, atinge equipamentos de uso da ré (fls. 162), como facilmente se observa pelas fotografias de fls. 167/168 e 217/223 (estas últimas tiradas do parecer do assistente técnico do Município de Santana de Parnaíba – fls. 213/239), além do croqui ilustrativo de fls. 169, o que já dificulta a prestação do serviço público respectivo, uma vez que obriga a reorganização dos espaços remanescentes para abrigo da aparelhagem.

Mesmo o tema relativo à segurança do discutível empreendimento levado a cabo pelo Município de Santana de Parnaíba (desapropriar área de uso restrito para a administração de rede de distribuição e abastecimento de energia elétrica para a construção de uma unidade escolar) não está sedimentado na ação. Ainda que o perito alegue que as Resoluções da ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), quanto aos limites de exposição humana a campos elétricos e magnéticos originários de instalações de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, não tragam restrições para a circulação de pessoas (fls. 163), tal exame caberia a um profissional gabaritado e especializado no assunto. O próprio perito admite a necessidade de ouvir-se um engenheiro elétrico/eletrônico sobre o tema (fls. 305/311). O parecer técnico divergente do assistente da ré, nesse particular, parece mais adequado (fls. 317/323).

De qualquer forma, por aplicação analógica do disposto no artigo 2º, §§ 2º e 3º, do Decreto-lei nº. 3.365/41, não se avista a viabilidade da pretensão expropriatória do Município, afetando bem de uso especial da União destinado à prestação de serviço essencial de fornecimento de energia elétrica explorada pela ré, por força de concessão.

Acesso ao Sumário

Ilustrativamente, o ***E. STF***, em vetusto precedente, já se debruçou sobre tema parelho, que ora se transcreve para fortalecer o debate:

> *DESAPROPRIAÇÃO, POR ESTADO, DE BEM DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA FEDERAL QUE EXPLORA SERVIÇO PÚBLICO PRIVATIVO DA UNIÃO.*
>
> *1. A União pode desapropriar bens dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos territórios e os Estados, dos Municípios, sempre com autorização legislativa especifica. A lei estabeleceu uma gradação de poder entre os sujeitos ativos da desapropriação, de modo a prevalecer o ato da pessoa jurídica de mais alta categoria, segundo o interesse de que cuida: o interesse nacional, representado pela União, prevalece*

sobre o regional, interpretado pelo Estado, e este sobre o local, ligado ao Município, não havendo reversão ascendente; os Estados e o Distrito Federal não podem desapropriar bens da União, nem os Municípios, bens dos Estados ou da União, Decreto-lei nº. 3.365/41, artigo 2º, parágrafo 2º.

2. Pelo mesmo princípio, em relação a bens particulares, a desapropriação pelo Estado prevalece sobre a do Município, e da União sobre a deste e daquele, em se tratando do mesmo bem.

3. Doutrina e jurisprudência antigas e coerentes. Precedentes do STF: RE 20.149, MS 11.075, RE 115.665, RE 111.079.

4. Competindo a União, e só a ela, explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os portos marítimos, fluviais e lacustres, artigo 21, XII, f, da CF, esta caracterizada a natureza pública do serviço de docas.

5. A Companhia Docas do Rio de Janeiro, sociedade de economia mista federal, incumbida de explorar o serviço portuário em regime de exclusividade, não pode ter bem desapropriado pelo Estado.

6. Inexistência, no caso, de autorização legislativa.

7. A norma do artigo 173, parágrafo 1º, da Constituição aplica-se as entidades publicas que exercem atividade econômica em regime de concorrência, não tendo aplicação as sociedades de economia mista ou empresas publicas que, embora exercendo atividade econômica, gozam de exclusividade.

8. O dispositivo constitucional não alcança, com maior razão, sociedade de economia mista federal que explora serviço público, reservado a União.

9. O artigo 173, parágrafo 1º, nada tem a ver com a desapropriabilidade ou indesapropriabilidade de bens de empresas públicas ou sociedades de economia mista; seu endereço e outro; visa a assegurar a livre concorrência, de modo que as entidades públicas que exercem ou venham a exercer atividade econômica não se beneficiem de tratamento privilegiado em relação a entidades privadas que se dediquem a atividade econômica na mesma área ou em área semelhante.

10. O disposto no parágrafo 2º, do mesmo art. 173, completa o disposto no parágrafo 1º, ao prescrever que ***'as empresas publicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos as do setor privado'****.*

11. Se o serviço de docas fosse confiado, por concessão, a uma empresa privada, seus bens não poderiam ser desapropriados por Estado sem autorização do Presidente da Republica, Súmula 157 e Decreto-lei n. 856/69; não seria razoável que imóvel de sociedade de economia mista federal, incumbida de executar serviço público da União, em regime de exclusividade, não merecesse tratamento legal semelhante.

Acesso ao Sumário

12. Não se questiona se o Estado pode desapropriar bem de sociedade de economia mista federal que não esteja afeto ao serviço. Imóvel situado no cais do Rio de Janeiro se presume integrado no serviço portuário que, de resto, não e estático, e a serviço da sociedade, cuja duração e indeterminada, como o próprio serviço de que esta investida.

13. RE não conhecido. Voto vencido.

(RE 172816, Relator: Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/1994).

Nessa mesma direção é o teor da ***Súmula 157/STF*: "É necessária prévia autorização do Presidente da República para desapropriação, pelos Estados, de empresa de energia elétrica".**

Enfim, reforma-se a sentença (fls. 327/330) para ***julgar improcedente a presente ação expropriatória*** e condenar o Município de Santana de Parnaíba ao pagamento dos encargos do feito, incluindo verba honorária de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), com fundamento no artigo 20, §§ 3º e 4º, do antigo Código de Processo Civil.

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 07/15 (vide fls. 333), aplicável, na espécie dos autos, o Código de Processo Civil de 1973.

É o que se determina.

Posto isso, **não se conhece do reexame necessário, ficando provido, no mais, o recurso de apelação da Eletropaulo, ora ré.**

Acesso ao Sumário

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0052646-15.2009.8.26.0602/50000, da Comarca de Sorocaba, em que são embargantes EDIE BENEDITO CAETANO, IARA FERREIRA CAETANO, REGINA CELIA HERNANDES DO AMARAL NEVES FERREIRA, CASSIO NEVES FERREIRA e IEDA NEVES FERREIRA, é embargado PREFEITURA

MUNICIPAL DE SOROCABA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Acolheram os embargos. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.443)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO GALIZIA (Presidente) e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 12 de janeiro de 2017.

TERESA RAMOS MARQUES, Relatora

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Alegação de omissão – Honorários – Percentual mínimo – Motivação:

– Verificada a existência da omissão, os embargos devem ser acolhidos para a devida declaração.

VOTO

RELATÓRIO

Alega a embargante omissão em relação aos fundamentos que motivaram o arbitramento dos honorários no percentual mínimo de 0,5% do art.27, par.1º, do Decreto- lei nº 3.363/41. A lei prevê uma gradação mínima (0,5%) e máxima (5%), devendo o julgador externar os critérios considerados para fixação do percentual. A própria Lei de Desapropriação determina a observância das circunstâncias do caso concreto, com remissão ao art.20, par.4º, do Código de Processo Civil, hoje arts. 85, pars. 2º e 3º. Pede sejam externados os motivos do arbitramento no percentual mínimo, argumentando que o art.83, inciso I, par.3º, do Código de Processo Civil/15 prevê uma gradação de percentual nas causas em que a Fazenda for parte a qual, na hipótese em julgamento, seria de 5% a 8%. A natureza e a complexidade da demanda, demora e qualidade do serviço prestado apontam para percentual superior ao fixado. A demanda tramita há mais de 7 anos, mas o litigio com a Municipalidade iniciou nos idos de 2001 com o apossamento ilegal e consequente instauração de procedimentos administrativos. As circunstâncias do caso concreto autorizam a fixação no percentual máximo de 5%.

FUNDAMENTOS

1. *Ieda Neves Ferreira, Cassio Neves Ferreira, Regina Célia Hernandes do Amaral Neves Ferreira, Iara Ferreira Caetano e Edie Benedito Caetano* ajuizaram demanda contra a *Prefeitura Municipal de Sorocaba*, objetivando indenização, alegando ocupação ilegal de área de suas propriedades para

Acesso ao Sumário

abertura de rua e construção de mini terminal de ônibus.

A sentença julgou procedente o pedido, de procedência, condenando o Município a pagar aos autores a quantia total de R$3.271.094,50 (que corresponde à soma das avaliações das duas áreas), atualizada desde 10.5.13 (data da elaboração do laudo), contados juros compensatórios respectivamente desde 7.1.03 e 27.8.07, e juros moratórios a partir do trânsito em julgado; condenado ainda o Município ao pagamento de custas, despesas e honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da indenização. Procedente o pedido

Em Segundo Grau, os honorários foram reduzidos para o percentual mínimo de 0,5%, sob o fundamento de que os honorários advocatícios da sucumbência na desapropriação indireta também se sujeitam ao art.27, par.1º, do Decreto-lei nº 3.365/41.

Alegam os embargantes omissão em relação aos critérios utilizados para fixação no percentual mínimo que, de fato, não foram externados, o que passo a fazer, sanando o vício.

2. O art.27, par.1º, do Decreto-lei nº 3.365/41 estabelece que "*A sentença que fixar o valor da indenização quando este for superior ao preço oferecido condenará o desapropriante a pagar honorários do advogado, que serão fixados entre meio e cinco por cento do valor da diferença,* ***observado o disposto no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil****, não podendo os honorários ultrapassar R$ 151.000,00 (cento e cinqüenta e um mil reais)*." (grifei)

A honorária foi reduzida para o percentual mínimo porque, considerando o valor da indenização [R$3.271.094,50 – válido para maio de 2013] percentual maior resultaria honorária elevada.

Não se ignora o trabalho de advocacia desenvolvido nem o longo trâmite das ações de desapropriação, contudo, vencida a Fazenda Pública os honorários devem ser fixados com modicidade.

Cumpre, também ressaltar que se aplica o Código de Processo Civil/73, pois este era o diploma vigente ao tempo da interposição da apelação.

Quando as novas normas processuais incidem sobre direito material, como ocorre com aquelas que disciplinam honorários advocatícios, a sua aplicação não é imediata.

O direito material aos honorários da sucumbência fixados na sentença, sujeito às mesmas normas quando interposta a apelação, deve ser respeitado, pois sua alteração imediata na oportunidade do julgamento do recurso traria prejuízo imprevisto a uma das partes.

Nesse sentido, Enunciados Administrativos 2 e 7 do STJ, respectivamente: *"Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões*

publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça".

"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".

Destarte, pelo meu voto, acolho os embargos para sanar a omissão, mas nego-lhes provimento.

Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 1013999-93.2016.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrido ARTHUR BALBINO MAIA DE SOUZA.

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 reexame necessário. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.626)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REBOUÇAS DE CARVALHO (Presidente) e DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 19 de dezembro de 2016.

CARLOS EDUARDO PACHI, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Pretensão de isenção do IPVA incidente sobre automóvel adquirido por portador de 'transtorno autista' – Condução do veículo por terceiro – Admissibilidade – Prevalência da dignidade da pessoa humana – Observância ao princípio da isonomia.

Recurso oficial improvido.

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de reexame necessário da r. sentença de fls. 85/87, que concedeu a

segurança para declarar a inexigibilidade do IPVA, exercício de 2016 e seguintes, incidentes sobre o veículo de propriedade do impetrante. Sem condenação em honorários advocatícios.

Processado o recurso oficial, subiram os autos.

Desnecessária manifestação da Procuradoria Geral de Justiça.

Instadas, as partes não se manifestaram quanto ao julgamento virtual, conforme certidão de fls. 98.

É o Relatório.

Trata-se de ação mandamental pela qual o Impetrante, portador de 'transtorno autista", pretende a isenção do IPVA incidente no veículo de sua propriedade, julgada procedente em Primeiro Grau.

A Lei Estadual nº 13.296/2008 prevê a isenção do IPVA aos veículos destinados a deficientes, nos seguintes termos:

"Art. 13 – É isenta do IPVA a propriedade:

(...)

III – de um único veículo adequado para ser conduzido por pessoa com deficiência física;"

Contudo, a controvérsia travada nos autos gira em torno da possibilidade de extensão da isenção a deficiente não capacitado para dirigir o veículo adquirido.

Importa consignar que a decisão apelada não implica ofensa ao princípio da separação dos poderes, na medida em que o exercício jurisdicional, juntamente com as demais funções de Estado (de legislar e de executar/administrar), devem se ater aos direitos fundamentais dos particulares.

A propósito, confira-se ensinamento de ALEXANDRE DE MORAES, acerca do tema:

"Lembremo-nos que o objetivo inicial da clássica separação das funções do Estado e distribuição entre órgãos autônomos e independentes tinha como finalidade a proteção da liberdade individual contra o arbítrio de um governante onipotente.

Em conclusão, o Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da idéia de Tripartição dos Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado "freios e contrapesos" (checks and balances).

Assim, a Constituição Federal de 1988 atribuiu as funções estatais de soberania aos três tradicionais Poderes de Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário, e à Instituição do Ministério Público, que, entre várias outras

Acesso ao Sumário

importantes funções, deve zelar pelo equilíbrio entre os Poderes, fiscalizando-os, e pelo respeito aos direitos fundamentais." (*Direito Constitucional* – 21ª Ed. atualizada até a EC nº 53/06 – São Paulo: Atlas – 2007 – pág. 389).

Ainda que a interpretação acerca da isenção tributária seja restritiva, não se pode perder de vista os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, norteadores do ordenamento jurídico pátrio, a fim de garantir, no caso, direitos de cidadania, liberdade de locomoção e inclusão social de portadores de necessidade especiais.

Com efeito, o objetivo da isenção fiscal à pessoa com deficiência – física ou mental – é a garantia de sua dignidade, em respeito ao princípio da isonomia tributária pertinente aos contribuintes em situação de equivalência.

Há ofensa à dignidade da pessoa humana, ao impedir o benefício legal à pessoa incapacitada de conduzir seu veículo, por apresentar limitações fisiológicas mais profundas do que o capacitado, daí porque com maior razão sua necessidade de transporte, em face do alto grau de dependência que sua enfermidade lhe impõe.

E cabe lembrar que o art. 13, da Lei nº 13.096/2008, confere a isenção do IPVA ao portador de deficiência que adquirir veículo, sendo irrelevante a situação financeira do beneficiado.

Nesta esteira de raciocínio, o entendimento deste Tribunal:

"MANDADO DE SEGURANÇA – Pretensão voltada ao reconhecimento do direito de isenção do IPVA na aquisição de veículo automotor – Impetrante menor de idade e portador de paralisia cerebral – Cabimento – A ratio legis do benefício fiscal indica que indeferir requerimento formulado com o fim de adquirir um veículo para que outrem o dirija, à míngua de condições de adaptá-lo, afronta ao fim colimado pelo legislador ao aprovar a norma visando facilitar a locomoção de pessoa portadora de deficiência física STJ, precedentes – Reexame necessário e recurso voluntário da FESP não providos" (Apelação nº 0034476-33.2011.8.26.0405, Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, j. 08.05.2013).

"APELAÇÃO – Obrigação de Fazer – Isenção de ICMS e IPVA para aquisição de veículo automotor para deficiente físico e mental – Admissibilidade – Regras a serem aplicadas em consonância com o princípio da igualdade e da isonomia tributária – Recurso a que se nega provimento" (Apelação nº 0010759-65.2010.8.26.0198, Relª. Desª. Maria Olívia Alves, j. 26.11.2012).

"O simples argumento de que a interpretação literal da lei tributária, conforme prevê o artigo 111 do CTN, não permite a extensão do benefício ao autor, não pode ser tido como óbice intransponível para a isenção preconizada pela lei, já que não se trata aqui de conceder interpretação

Acesso ao Sumário

extensiva dos dispositivos aplicáveis à espécie, mas sim da verificação do real significado da lei, que visa à inclusão social dos portadores de necessidades especiais.

A finalidade do benefício fiscal é a inclusão da pessoa com deficiência, garantindo-lhe a sua dignidade, cidadania e liberdade de ir e vir. A isenção do imposto não visa a compensação eventual ônus na adaptação do veículo adquirido. Ademais, o art. 111, II do CTN não pode ser interpretado de forma literal, mas de maneira lógico-sistemática em face dos princípios constitucionais tributários. Implica essa interpretação em garantir a isonomia das pessoas com deficiência ao benefício fiscal, não se limitando à pessoa com deficiência física. O princípio da igualdade das pessoas com deficiência física deve ocorrer não somente perante a lei, mas na própria lei. As pessoas com deficiência devem gozar dos mesmos benefícios fiscais. Por fim, não há ofensa ao princípio da legalidade na extensão da isenção para outras categorias de deficiência (assim definidas na lei) ou na condução do veículo por terceira pessoa, sendo que cada situação deve ser analisada em concreto, como no caso em tela" (Apelação nº 559.815-5/00-0, Rel. Des. Ângelo Malanga, j. 02.06.2009).

E nesta C. Câmara:

"APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. IPVA e ICMS. ISENÇÃO DO PAGAMENTO. Impetrante que, por ser pessoa com deficiência física, depende inteiramente do auxílio do filho. Aquisição de veículo em nome da impetrante, mas que será conduzido por terceira pessoa. Aplicação do princípio da igualdade e da integração social das pessoas portadoras de deficiência. Interpretação teleológica e sistemática das normas que isentam tributos em favor de deficientes físicos, associada à prevalência do princípio constitucional da isonomia, à luz da CF/88 e da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Sentença de improcedência reformada. Recurso provido." (Apelação nº 0017260-14.2012.8.26.0344, Rel. Des. José Maria Câmara Júnior, j. 20.03.2013).

"MANDADO DE SEGURANÇA – Pleito de isenção de ICMS e IPVA para veículo de propriedade de portador de deficiência física e não condutor do veículo – Negativa pela autoridade coatora, sob o fundamento de não poder o impetrante conduzir o próprio veículo – Induvidosa a condição fática e legal da deficiência – Direito à isenção que não comporta qualquer interpretação restritiva legal – Prevalência dos preceitos constitucionais que assegura proteção especial às pessoas portadoras de necessidades especiais – Sentença de concessão mantida – Recurso não provido, desacolhido o reexame necessário" (Apelação nº 0013629-08.2011.8.26.0438, Rel. Des. Rebouças de Carvalho, j. 27.02.2013).

"APELAÇÃO CÍVEL. Mandado de segurança. Portadora de necessidades especiais. Deficiência visual. Pretenso reconhecimento do direito a isenção de IPVA para veículo automotor a ser conduzido por terceiro. Admissibilidade. Interpretação literal da norma tributária que deve ser relativizada. Inadmissível a Administração privar a pessoa com necessidades especiais de um benefício legal que se coaduna às suas razões finais, a motivos humanitários, observados os valores básicos da igualdade de tratamento, oportunidade e a proteção à dignidade da pessoa humana, opções já realizadas pelo legislador. Sentença de procedência mantida. Recursos, oficial e voluntário, não providos." (Apelação nº 0015880-61.2011.8.26.0482, Rel. Des. Oswaldo Luiz Palu, j. 24.10.2012).

Desta forma, a isenção do IPVA deve ser concedida ao Impetrante, proprietário do veículo sujeito ao tributo, ainda que não seja o condutor.

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

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Execução Penal nº 9000267-04.2016.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado MARIA AMÂNCIO DA SILVA SALES.

ACORDAM, em 13ª 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 12.069)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANÇA CARVALHO (Presidente) e CARDOSO PERPÉTUO.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2017.

DE PAULA SANTOS, Relator

Ementa: AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – Pedido de livramento condicional – Deferimento pelo Juízo *a quo* – Preenchimento dos requisitos definidos no art. 83 do CP – Homicídio qualificado-privilegiado que não integra o rol dos crimes hediondos – Precedentes desta Corte e do C. STJ – Cumprido, *in casu*, o requisito de ordem objetiva – Mérito demonstrado por atestado de boa conduta carcerária e exame criminológico favorável – Agravo não provido.

VOTO

Cuida-se de Agravo de Execução Penal interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO contra decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara das Execuções Criminais desta Capital, que deferiu pedido de livramento condicional formulado pela sentenciada MARIA AMÂNCIO DA SILVA SALES (fls. 70).

Sustenta o agravante, em síntese, que: a) a agravada não preenche o

Acesso ao Sumário

requisito objetivo estabelecido no artigo 83, V, do Código Penal, uma vez que não cumpriu 2/3 da pena; b) segundo consta das informações complementares da folha de antecedentes a pena foi interrompida duas vezes, num total de 12 (doze) anos, 09 (nove) meses e 28 (vinte e oito) dias; c) considerando o tempo total da reprimenda, a sentenciada só cumprirá o lapso de 2/3 em 18/02/2018; d) além disso, a gravidade em concreto do delito praticado pela agravada indica a necessidade de um tempo maior de fiscalização de seu comportamento carcerário antes da concessão do benefício; e) o exame criminológico juntado aos autos apresenta aspectos negativos à concessão do benefício; f) não está, pois, preenchido o requisito subjetivo; g) o mérito da sentenciada não pode ser aferido apenas com base em atestado de conduta carcerária; h) a condenada possui pena a cumprir até 01/10/2020. Requer o provimento do recurso, "*cassando-se a r. decisão de primeiro grau e mantendo-se a sentenciada em regime mais gravoso até que demonstre, de forma inequívoca, estar apta ao cumprimento da pena em livramento condicional*" (fls. 74/82).

A contraminuta foi ofertada com discordância em relação à pretensão recursal (fls. 86/101).

Mantida a decisão, determinou-se a subida do recurso (fls. 137).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, opinou "*pelo provimento do agravo, por não preenchido o requisito subjetivo*" (fls. 173/178).

É o relatório.

A agravada postulou a concessão de livramento condicional (fls. 02/09), o que foi deferido pela magistrada *a quo*, sob a seguinte argumentação (fls. 70):

> "A sentenciada preenche os requisitos objetivos e subjetivos estabelecidos pelo artigo 131 da Lei 7.210/84.
>
> "Cumpriu até a presente data 2/3 (dois terços) da pena imposta fls. 52 do roteiro. Possui bom comportamento carcerário.
>
> "Realizado exame criminológico, o parecer da equipe técnica foi favorável ao livramento condicional, concluindo que a sentenciada 'apresenta bom controle, com canalização racional, adequada e devidamente estruturada das energias agressivas e instintivas, tolerância Às frustrações, plenamente presente. E ainda há evidências fortes de que houve uma reestruturação bastante aprofundada e apropriada em sua existência a partir da prisão e do sofrimento e solidão daí decorrentes' (fls. 57/59).
>
> "Além disso, vem desfrutando de saídas temporárias (pesquisa anexa), sem intercorrências, o que demonstra que está no caminho da ressocialização.
>
> "Ante o exposto, aplico o LIVRAMENTO CONDICIONAL em favor de Maria Amâncio da Silva Sales, portadora do RG nº (...), anotando-se condições: a) apresentar-se, trimestralmente, em Conselho Penitenciário,

Acesso ao Sumário

para fiscalização do cumprimento de sua pena; b) apresentar comprovante de ocupação lícita, até três meses do compromisso; c) recolher-se a sua residência das 22:00 horas às 06:00 horas, salvo autorização expressas do Juízo competente para execução de sua pena; d) não alterar o seu endereço sem expressa autorização do Juízo competente para execução de sua pena e e) não frequentar locais onde haja venda de bebidas alcoólicas".

Foram atendidas as exigências do art. 83 do Código Penal, comprovando-se o requisito de cunho objetivo, consistente no cumprimento da correspondente parcela da pena e o de cunho subjetivo, consistente no mérito do sentenciado durante a expiação.

Quanto ao requisito objetivo, cumpre destacar que, na espécie, impõe-se o afastamento da hediondez do crime pelo qual condenada a agravada.

A Lei nº 8.072/90 não inclui em seu rol de crimes hediondos ou assemelhados o homicídio qualificado-privilegiado (mas, tão somente, o homicídio qualificado).

Além de se tratar de rol taxativo, que não comporta interpretação extensiva, não se pode olvidar que o legislador, buscou dar um tratamento mais rigoroso aos crimes lá elencados, não sendo tal postura compatível com a prática de conduta acobertada sob o manto de valor social ou moralmente relevante, tal qual os delitos privilegiados.

Como bem destacou a douta Procuradoria Geral de Justiça em seu parecer: *"a agravada foi condenada pela prática de homicídio qualificado, mas foi reconhecida causa de diminuição prevista no parágrafo 1º do artigo 121 do Código Penal, privilégio que afasta o caráter hediondo, como pacificado na jurisprudência e doutrina. A Lei 8.072/90, ado discriminar os crimes hediondos e equiparados hediondos, apenas indica os incisos I a V do parágrafo 2º do artigo 121 do Código Penal, não fazendo qualquer menção a figura do homicídio qualificado- privilegiado, não se podendo interpretar de forma extensiva, de forma a prejudicar o réu, por se tratar de norma restritiva. Ademais, não se pode considerar hediondo crime no qual foi reconhecida causa de diminuição de pena, ou seja, afigura privilegiada. 'Por incompatibilidade axiológica e por falta de previsão legal, o homicídio qualificado-privilegiado não integra o rol dos denominados crimes hediondos (Precedentes).' (STJ – HC153.728/SP, Rel. Min. Félix Fischer, 5ª Turma, DJe 31.05.2010). [...] Portanto, afastado o caráter hediondo do crime, a agravada cumpriu um terço da pena até a data da r. decisão de fls. 70, conforme se consta a fls. 164, estando preenchido o requisito objetivo*" (fls. 174/177).

Neste sentido, já decidiu esta 13ª Câmara: Habeas Corpus nº 214634-63.2015.8.26.0000, Rel. Augusto de Siqueira, j. 20/08/2015; Agravo em Execução Penal nº 993.08.031617-1, Rel. Cardoso Perpétuo, j. 31/07/2008.

Acesso ao Sumário

Confira-se, outrossim, o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> "HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO. TENTATIVA. CRIME NÃO ELENCADO COMO HEDIONDO. REGIME PRISIONAL. ADEQUAÇÃO. POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO. 1. O homicídio qualificado-privilegiado não figura no rol dos crimes hediondos. Precedentes do STJ. 2. Afastada a incidência da Lei n.º 8.072/90, o regime prisional deve ser fixado nos termos do disposto no art. 33, § 3º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. 3. In casu, a pena aplicada ao réu foi de seis anos, dois meses e vinte dias de reclusão, e as instâncias ordinárias consideraram as circunstâncias judicias favoráveis ao réu. Logo, deve ser estabelecido o regime prisional intermediário, consoante dispõe a alínea b, do § 2º, do art. 33 do Código Penal. 4. Ordem concedida para, afastada a hediondez do crime em tela, fixar o regime inicial semi-aberto para o cumprimento da pena infligida ao ora Paciente, garantindo-se-lhe a progressão, nas condições estabelecidas em lei, a serem oportunamente aferidas pelo Juízo das Execuções Penais" (HC 41.579/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2005, DJ 16/05/2005, p. 378).

Destarte, verifica-se, pelos documentos juntados aos autos, que a agravada já cumpriu o lapso temporal de 1/3 necessário ao livramento condicional (fls. 27).

Ademais, ostenta "BOM" comportamento carcerário (fls. 26). Além disso, não há anotação de falta disciplinar em seu prontuário (fls. 28).

Vale ressaltar, ainda, como bem observado pelo Juízo a quo, "*o parecer da equipe técnica foi favorável ao livramento condicional*". Destaque-se que em complementação ao exame realizado inicialmente (fls. 46/47), o psicólogo afirmou que "*não há na análise de sua personalidade, questões que apontem para outra que não a normalidade esperada*" (fls. 58). Quanto à presença de agressividade e impulsividade, o *expert* salientou que "*ao menos nos momentos em que passou conosco em entrevista, ou em outros momentos com os quais pudemos ter contato com Maria Amâncio na unidade prisional, percebeu bom controle, com canalização racional, adequada e devidamente estruturada das energias agressivas e instintivas. Atualmente, essas energias residuais são disponibilizadas nos planos que faz para quando estiver em liberdade novamente. Seus netos e a possibilidade de retomar vida produtiva são a força motriz que lhe move neste sentido*" (fls. 58). Embora afirme que não é possível aferir a possibilidade de reincidência, o perito destaca que "*há evidências fortes de que houve uma reestruturação bastante aprofundada e apropriada em sua existência a partir da prisão e do sofrimento e solidão daí decorrentes'* (fls. 59).

Assim, em parecer realizado posteriormente ao mencionado nas razões recursais, é possível concluir que o psicólogo entendeu que a sentenciada merece

Acesso ao Sumário

ser promovida. E, *in casu*, os elementos de convicção coligidos pelo Juízo se mostram, deveras, suficientes para tanto.

Importante lembrar que o livramento condicional é um instituto de política criminal que deve servir de estímulo à reintegração na sociedade daqueles que aparentam ter experimentado uma suficiente regeneração, enquanto ainda continuam sob observação, assimilando a terapêutica penal.

O fato de existir período de pena longa ainda por cumprir não representa, por si só, impedimento à concessão do benefício, mesmo porque não há previsão legal neste sentido. Aliás, se a lei estabelece que deve ser observado como requisito objetivo o cumprimento de determinada fração da pena, tem-se que isto já representa tratamento mais rigoroso para os sentenciados com penas maiores, pois, em razão do tratamento proporcional adotado, terão de permanecer presos por mais tempo (do que os mais suavemente apenados) para poderem obter o livramento condicional.

Caso, ademais, a agravada demonstre não ser merecedora da confiança nela depositada, o benefício poderá ser revogado.

Diante do exposto, **nego provimento** ao presente agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Execução Penal nº 9001617-27.2016.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FERNANDO SERRA BRANCO JÚNIOR, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.388)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 31 de janeiro de 2017.

CAMILO LÉLLIS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – Reconversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade – Expedição de mandado de prisão fixando como termo inicial o trânsito em julgado para as partes – Inconformismo defensivo – Alegação

de que o termo inicial da prescrição (e reflexamente do mandado de prisão) deve ser o trânsito em julgado para o Ministério Público – Descabimento – Termo inicial da prescrição deve ser o transito em julgado para as partes – Perfilhamento ao entendimento do STF – Decisão incensurável. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo em execução penal interposto por **Fernando Serra Branco Júnior** contra decisão que reconverteu sua pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, fixando o regime inicial aberto e como termo inicial do prazo do mandado de prisão o trânsito em julgado para as partes (fls. 02/06).

Pleiteia a agravante seja alterado o termo inicial da prescrição (reflexamente do mandado de prisão) para a data do trânsito em julgado para a acusação (fls. 09/13v).

Apresentadas contrarrazões (fls. 32/38), a decisão foi mantida (fls. 39), tendo a D. Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo desprovimento do reclamo (fls. 43/45).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Trata-se, é verdade, de matéria controversa. Há, basicamente, dois entendimentos possíveis. Um, no sentido de que a prescrição da pretensão executória tem como termo *a quo* o trânsito em julgado para a acusação, na literal redação do art. 112, I, da Lei n.º 7.210/84; e outro que parte da análise mais abrangente da problemática.

É neste último sentido o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

> "*A pretensão executória surge somente com trânsito em julgado da condenação criminal, conforme precedente do Plenário desta Suprema Corte no HC 84.078 (Rel. Min. Eros Grau, Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria, j. 05.02.2009), não se iniciando o prazo prescricional respectivo antes deste termo, consoante princípio da actio nata. 5. Agravo regimental conhecido e não provido".* (ARE 682013 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, 1.ª Turma, DJe 06.02.2013).
>
> *"Penal e Processo Penal. Agravo Regimental em Habeas Corpus. Reiteração de Argumentos da Inicial.* ***Prescrição da Pretensão Executória. Trânsito em Julgado para Ambas as Partes.*** *1. A reiteração dos argumentos trazidos pelo agravante na inicial da impetração não*

Acesso ao Sumário

são suficientes para modificar a decisão ora agravada (HC 115.560-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli). 2. A partir do julgamento pelo Plenário desta Corte do HC nº 84.078, deixou-se de se admitir a execução provisória da pena, na pendência do RE. 3. O princípio da presunção de inocência ou da não- culpabilidade, tal como interpretado pelo STF, deve repercutir no marco inicial da contagem da prescrição da pretensão executória, originariamente regulado pelo art. 112, I do Código Penal. 4. Como consequência das premissas estabelecidas, o início da contagem do prazo de prescrição somente se dá quando a pretensão executória pode ser exercida. 5. Agravo regimental desprovido" (HC 107710 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, 1.ª Turma, DJe 01.07.2015 – sem destaque no original).

E não poderia ser diferente, pois o reconhecimento da prescrição, pela própria natureza do instituto, exige uma inação Estatal, é a perda do poder de punir ou executar a reprimenda pela inércia, conferindo segurança jurídica ao jurisdicionado (salvo casos excepcionados pela Constituição Federal - crimes imprescritíveis).

Ora, se é assim, não se concebe, pois absolutamente ilógico, que a contagem do prazo prescricional seja iniciada sem que o título executivo esteja aperfeiçoado, ou seja, quando ainda *sub judice* a sentença condenatória.

No que toca à execução provisória, admitida nos termos da Súmula 716, do Supremo Tribunal Federal ("*Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória*"), impende registrar que se trata de ficção jurídica, cujo escopo é o de compensar eventual demora na prestação jurisdicional com a justa execução da pena, nos termos muito bem observados pelo Juiz de primeiro grau.

Assim, e em perfilhamento à posição do Supremo Tribunal Federal, a conclusão é pelo acerto da decisão ora vergastada.

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

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000658-70.2015.8.26.0625, da Comarca de Taubaté, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado ELBERT CARLOS DA

SILVA.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DETERMINARAM A EXPEDIÇÃO, imediata, do competente mandado de prisão, e, com cópia integral dos presentes autos, A REMESSA ao juízo de origem para a execução da pena, bem como, o ENCAMINHAMENTO dos autos à C. Presidência da Seção Criminal para o prosseguimento do feito. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.218)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 13 de dezembro de 2016.

EDISON BRANDÃO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Determinação da E. Presidência da Seção Criminal para a análise do pedido do Parquet de expedição de mandado de prisão – Necessidade – Ante a interposição de Recurso Especial pela defesa, e diante do decidido no Habeas Corpus 126.292, da Relatoria do Ministro Teori Zavascki no sentido que o referido recurso deve ser recebido apenas no sentido devolutivo, a expedição imediata do mandado de prisão é medida de rigor.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO** contra a r. sentença de fls. 78/80, que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva e condenou o réu Elbert Carlos da Silva, como incurso no art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/06, à pena de advertência sobre os efeitos da droga.

A acusação apelou, pretendendo Pleiteia a condenação do réu nos termos da denúncia, qual seja por tráfico, por entender comprovadas materialidade delitiva e autoria (fls. 89/99).

Contrarrazoado o recurso (fls. 102/105), manifestou-se a Douta Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento do apelo (fls. 110/114).

Por sessão de julgamento realizada em 08.03.2016, esta C. Câmara Criminal DEU PROVIMENTO ao apelo Ministerial, para condenar o réu Elbert Carlos da Silva à pena de 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 dias-multa no piso, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (fls. 121/133).

Acesso ao Sumário

Foi interposto recurso especial pela Defensoria Pública (fls. 144/157). Houve, então, pelo Ministério Público pedido de expedição de mandado de prisão, quando do oferecimento das contrarrazões em Recurso Especial (fls. 168/178).

Por tal razão, os autos vieram a esta Turma Julgadora (fls. 183).

Relatei.

Em atenção ao r. despacho do Exmo. Sr. Des. Salles Abreu, Presidente da Seção de Direito Criminal à fls. 183, passo à análise do requerido pelo d. Promotor de Justiça Designado à fls. 169/170, que, adiante-se, deve ser deferido.

É que, posteriormente ao julgamento da presente apelação criminal, o Pleno do Pretório Excelso, no julgamento do habeas corpus 126.292, da Relatoria do Ministro Teori Zavascki, confirmou a decisão desta C. 4ª Câmara Criminal, nos autos da apelação criminal 000971592.2010.8.26.0268, em brilhante voto da Lavra do Exmo. Sr. Des. Luis Soares de Mello, reafirmando o entendimento segundo o qual o Recurso Especial deve ser recebido apenas no efeito devolutivo, não se necessitando do trânsito em julgado para a expedição do mandado de prisão.

Posto isto, expeça-se, **imediatamente**, o competente mandado de prisão, e, com cópia integral dos presentes autos, remeta-se ao juízo de origem para a execução da pena.

Em seguida, encaminhem-se os autos à C. Presidência da Seção Criminal para o prosseguimento do feito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0849729-64.1997.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FABIO HENRIQUE DE OLIVEIRA DELGADO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram o pedido de nulidade posterior à pronúncia (artigo 593, inciso III, letra "a", do Código de Processo Penal), negando-se provimento ao recurso; 2. Negaram provimento ao recurso para alteração da sanção penal (artigo 593, inciso III, letra "c", do Código de Processo Penal); 3. Não conheceram do recurso quanto ao pedido de novo julgamento por decisão manifestamente contrária à prova dos autos (artigo 593, inciso III, letra "d", do Código de Processo Penal). V.U. Sustentou oralmente o advogado Dr. Iberê Bandeira de Mello e usou da palavra o Exmo. Procurador de

Acesso ao Sumário

Justiça Dr. Marcio José Lauria Filho.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.902)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO TUCUNDUVA (Presidente) e MACHADO DE ANDRADE.

São Paulo, 15 de dezembro de 2016.

ZORZI ROCHA, Relator

Ementa: Apelação. Crime de homicídio duplamente qualificado. Preliminar de nulidade posterior à pronúncia. Rejeição. Alteração da sanção penal. Não cabimento. Não provimento ao recurso. Novo julgamento por decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Hipótese recursal já utilizada anteriormente. Não conhecimento do recurso.

VOTO

Adotados os relatórios já existentes (fls.459/461 e 707/707vº), acrescenta-se que se trata agora de apelação do Réu da sentença de fls.833/833vº, integrada a fls.839/839vº, a qual, materializando decisão do Conselho de Sentença, condenou-o à pena de 16 (dezesseis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela acusação do crime de homicídio duplamente qualificado (artigo 121, § 2º, incisos II e IV do Código Penal), pretendendo, em preliminar, a anulação do processo por nulidade posterior à pronúncia, e, no mérito: ***1.*** seja submetido a novo julgamento por decisão manifestamente contrária à prova dos autos; ***2.*** o afastamento das qualificadoras; ***3.*** a diminuição da sanção penal (fls.858/868).

O recurso foi regularmente processado, com resposta do Ministério Público pelo seu não provimento (fls.870/873).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls.876/884).

É o relatório.

O recurso de apelação das decisões proferidas pelo Tribunal do Júri é de fundamentação vinculada, nos termos do artigo 593, inciso III, do Código de Processo Penal, daí porque, é bom registrar, que a impugnação recurso ora analisada tem como fundamento legal as letras *"**a**"*, *"**c**"* e "***d***" do mencionado dispositivo.

Assim, quanto à tese de nulidade apontada (artigo 593, inciso III, letra "***a***", do Código de Processo Penal), fica ela rejeitada.

A Defesa pretende a anulação do julgamento porque entendeu irregular a menção que fez o representante do Ministério Público em Plenário sobre o

julgamento anterior.

Não se trata em verdade de argumento, mas de pretexto, seja porque o tema já foi, concisa e eficazmente, combatido pelo Juiz Presidente da Sessão Plenária, conforme constou da ata (fls.835vº), seja porque aquelas informações não são sigilosas, já que constantes no processo e cujos autos (fls.363) são de amplo acesso aos jurados, sendo dever do Ministério Público utilizar e demonstrar o conteúdo das provas produzidas para o Conselho de Sentença.

Acrescente-se que não se trata de hipótese vedada pelo artigo 478, inciso I, do Código de Processo Penal, pois a consideração feita pelo Ministério Público em Plenário não se referiu à decisão de admissibilidade ou delimitação da acusação.

E mais, a vedação do artigo 478 do Código de Processo Penal – de questionável constitucionalidade, diga-se – impede não a referência às situações que realmente ocorreram no curso do processo (***v.g.***, é necessário explicar aos jurados por que o julgamento do Réu está sendo renovado), mas sim a tomada de posição, tal qual já decidido, como argumento de autoridade, a constranger ou influenciar o jurado a decidir de uma ou de outra forma. Em analogia, aliás, é a mesma situação do mesmo artigo, mas contida no inciso II: não que não se possa falar ou comentar que o réu ficou em silêncio em seu interrogatório judicial, o que não pode é, em razão desse fato, serem tiradas ilações ou conclusões!

De qualquer modo, seja quanto à menção de julgamento anterior, seja quanto às demais peças existentes nos autos, têm sempre os Jurados acesso ilimitado (não poderia ser diferente, já que são eles os julgadores de mérito), nos termos do artigo 480, § 3º, do Código de Processo Penal.

Não há nulidade.

Quanto ao pedido de novo julgamento por decisão manifestamente contrária à prova dos autos (artigo 593, inciso III, letra "***d***", do Código de Processo Penal), o pedido é incognoscível.

O artigo 593, § 3º, do Código de Processo Penal, veda expressamente a interposição de segunda apelação pelo mesmo motivo.

Acesso ao Sumário

Com efeito, o Ministério Público (fls.546/549) e também o Apelante (fls.579/592) interpuseram recursos de Apelação sob o mesmo fundamento (artigo 593, inciso III, letra "***d***", do Código de Processo Penal), ficando provido parcialmente apenas o recurso do Ministério Público pelo Acórdão de fls.607/615 para submeter o Réu a novo julgamento pela acusação do homicídio praticado contra a vítima Ângelo.

A vedação trazida pelo indicado dispositivo tem como objetivo evitar a eternização dos litígios, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (AgRg no AREsp nº 317372-PR, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., j. em 05.08.14):

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. CABIMENTO, POR ESTE MOTIVO, DE UM ÚNICO APELO. VEDAÇÃO DO ART . 593, § 3º, DO CPP. PRESSUPOSTO PROCESSUAL NEGATIVO OBJETIVO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

2. A diversidade dos fatos alegados ou da titularidade do recorrente não são fatores suficientes para flexibilizar a vedação expressa no § 3º do art. 593 do Código de Processo Penal. Isso porque a proibição prevista no referido dispositivo é absoluta e representa verdadeiro pressuposto recursal negativo objetivo, inserido na legislação processual penal pátria com a importante missão de preservar os veredictos do júri e impedir que os litígios se eternizem, pela reiterada interposição de recursos.

3. Agravo regimental a que se nega provimento".

E o Supremo Tribunal Federal não discrepa desse entendimento (HC nº 77686 – RJ, rel. Min. Sydney Sanches, 1ª T., j. em 20.10.98):

"DIREITO CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. JÚRI. APELAÇÃO COM BASE NO ART. 593, III, "D", DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: PROVIMENTO. DESCABIMENTO DE NOVA APELAÇÃO, "PELO MESMO MOTIVO", OU SEJA, PELO MESMO FUNDAMENTO, AINDA QUE INTERPOSTA PELA OUTRA PARTE (PARÁGRAFO 3º DO MESMO ARTIGO). INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA.

1. Uma vez anulado o primeiro julgamento, perante o Tribunal do Júri, em face de apelação interposta com base no art. 593, III, "d", do Código de Processo Penal, outro recurso, com o mesmo fundamento, é descabido ainda que apresentado pela outra parte (parágrafo 3 do mesmo dispositivo).

2. Desse modo, fica respeitado o princípio da soberania do júri, tão constitucional quanto o da isonomia.

3. Apelação não conhecida.

4. "H.C." indeferido.

5. Precedentes do S.T.F.".

Também nesse sentido é a lição de Hermínio Alberto Marques Porto ("*Júri – Procedimentos e aspectos do julgamento. Questionários",* Ed. Saraiva, 11ª ed., 2005, p.309):

"Segunda apelação, motivada no entendimento de ter sido a decisão dos jurados contrária, de modo manifesto, às provas (letra d

Acesso ao Sumário

do inciso III do art. 593), é vedada pelo § 3º do mesmo artigo ("não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação pelo mérito"). O entendimento é identificado por predominante corrente jurisprudencial, na independência do fundamento da primeira apelação e da parte que tenha, anteriormente, exercido com sucesso pelo provimento no mérito o direito recursal. Não oferece, pois, a lei processual, na redação adotada no citado parágrafo, amparo à segunda apelação pelo mérito, assim porque a expressão "pelo mesmo motivo" tem igual significado ao da expressão "pelo mesmo fundamento"".

A sanção penal está correta (não provimento pelo fundamento do artigo 593, inciso III, letra "***c***", do Código de Processo Penal).

A pena-base foi fixada no mínimo legal, mas corretamente majorada (com escorreita fundamentação – fls.833, últimos parágrafos, e 833v°, parágrafos iniciais) em segunda etapa considerando, como agravantes, a reincidência e a segunda qualificadora (lembrando que a primeira serve para qualificar o tipo penal, e a segunda, como exasperação).

De outra parte, e porque houve cisão no julgamento (representando, portanto, a existência de duas sentenças distintas), a análise do tema da continuidade delitiva (leia-se: unificação de pena!) deve ser feita pelo Juízo da Execução Penal, nos termos do artigo 66, inciso III, letra "***a***", da Lei de Execução Penal.

Nada mais precisa ser dito.

Ante o exposto: ***1.*** rejeita-se o pedido de nulidade posterior à pronúncia (artigo 593, inciso III, letra "***a***", do Código de Processo Penal), negando-se provimento ao recurso; ***2.*** nega-se provimento ao recurso para alteração da sanção penal (artigo 593, inciso III, letra "***c***", do Código de Processo Penal); ***3.*** não se conhece do recurso quanto ao pedido de novo julgamento por decisão manifestamente contrária à prova dos autos (artigo 593, inciso III, letra "d", do Código de Processo Penal).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011149-62.2009.8.26.0362, da Comarca de Mogi-Guaçu, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados RODNEY WILSON CORREA DE SOUSA e RAFAEL HUMBERTO GONÇALVES.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferido o pedido de sustentação oral formulado pelo advogado Gustavo Antonio Tavares do Amaral, por ter

se apresentado bem após o horário regimental, deram provimento ao recurso ministerial, para o fim de condenar Rodney Wilson Corrêa de Sousa às penas de 06 (seis) anos, 07 (sete) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no piso mínimo, bem como para condenar Rafael Humberto Gonçalves às penas de 05 (cinco) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 14 (catorze) dias-multa, no piso mínimo, como incursos no artigo 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal, ambos em regime inicial fechado. Expeça-se mandados de prisão em desfavor dos réus. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.603)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), ROBERTO SOLIMENE e AMARO THOMÉ.

São Paulo, 15 de dezembro de 2016.

SÉRGIO COELHO, Relator

Ementa: Apelação. Roubo majorado pelo emprego de arma, concurso de agentes e restrição à liberdade dos ofendidos. Recurso ministerial postulando a condenação dos réus nos termos da denúncia. Acolhimento. Autoria e materialidade comprovadas. Existência de amplo conjunto probatório, suficiente para sustentar a condenação. Penas básicas fixadas nos mínimos legais. Réu Rodney reincidente. Penas agravadas na fração de 1/6 (um sexto). Comprovação das três majorantes. Penas aumentadas na terceira fase da dosimetria em 5/12 (cinco doze avos). Regime inicial fechado fixado para ambos os réus. Recurso ministerial provido, expedindo- se mandados de prisão.

VOTO

Pela r. sentença de fls. 269/274, cujo relatório fica adotado, **RAFAEL HUMBERTO GONÇALVES** e **RODNEY WILSON CORREA DE SOUZA**, qualificados nos autos, foram absolvidos da imputação por infração ao artigo 157, § 2º, incisos I, II e V, c.c. artigo 29, ambos do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Inconformada, apela a Promotora de Justiça oficiante, postulando a condenação dos acusados nos exatos termos da denúncia (fls. 228/243).

O recurso foi regularmente processado, com contrarrazões (fls. 308/317 e 318/325), manifestando-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo seu provimento (fls. 330/339).

Acesso ao Sumário

Este é o relatório.

Com a devida vênia da ilustre Magistrada, sempre brilhante em suas decisões, a atual está a merecer reforma, uma vez que a condenação dos réus era de rigor.

Realmente, ficou comprovado que, no dia 28 de abril de 2009, por volta das 20:15 horas, na Rua Porto Alegre, nº 310, Chácara do Ouro, na cidade e comarca de Mogi Guaçu, os acusados Rafael Humberto Gonçalves e Rodney Wilson Correa de Souza, vulgo "Pequeno", previamente ajustados e agindo com unidade de desígnios com o adolescente Caio Eduardo Elisário, subtraíram, para eles, mediante grave ameaça exercida com o emprego de armas de fogo, o veículo GM/Celta, placas DNQ-8404/Mogi Guaçu, cor prata, ano 2006, um aparelho auditivo da marca Widex, uma televisão de 32 polegadas da marca Sony, uma máquina fotográfica da marca Kodak, várias peças em brilhantes entre anéis, brincos e colares, um anel de formatura, um telefone celular da marca LG, dois relógios das marcas Orient e Omejo, além de R$ 2.000,00 (dois mil reais) em dinheiro e U$ 2.000 (dois mil dólares) em espécie, bens e valores pertencentes a Antonio Dair Mendo, avaliados no total de R$ 28.750,00 (vinte e oito mil e setecentos e cinquenta reais), restringindo a liberdade dele e da filha Darlene Fonseca Mendo.

Segundo o apurado, a vítima Antonio chegava em sua residência conduzindo o veículo GM/Celta e, no momento em que abriu o portão e adentrou a garagem, foi surpreendido pelos acusados e pelo adolescente infrator, os quais usavam blusões como gorro e gola alta para esconderem as faces, sendo que dois deles se encontravam armados. Ao anunciarem o assalto, os roubadores levaram a vítima Antonio para o interior da residência, onde a amarraram e a deitaram no chão. Ato contínuo, passaram a vasculhar a residência, momento em que a vítima Darlene chegou naquele local, foi tomada como refém e passou a ser questionada sobre a existência de dinheiro e acerca do segredo do cofre. Após a ofendida abrir o cofre, sob ameaça de morte, os assaltantes subtraíram diversas joias, relógios, aparelhos eletrônicos, inclusive uma televisão LCD de 32 polegadas, marca Sony, modelo Bravia, certa quantia em dinheiro (dólares e reais), além de cheques pré-datados. Em seguida, os roubadores amarraram as vítimas, restringindo suas liberdades por duas horas, colocaram os objetos subtraídos no carro delas e se evadiram do local. Posteriormente, o veículo foi encontrado abandonado na vizinha cidade de Mogi Mirim. Em virtude de diversos roubos a residências praticados na cidade de Mogi Guaçu e região, com o mesmo *modus operandi*, a DIG local identificou os acusados e o adolescente Júlio César de Castro, vulgo "Lula", todos residentes em Mogi Mirim, como sendo os assaltantes, sendo o menor de idade Júlio a pessoa que guardava os objetos roubados. De posse de mandados de busca nas residências dos acusados e do adolescente Júlio, os policiais apreenderam diversos objetos

Acesso ao Sumário

produtos de roubo, inclusive a TV LCD de 32 polegadas, marca Sony, subtraída da casa da vítima Antonio, além de uma pistola marca Taurus, calibre 9mm, niquelada, municiada com 04 (quatro) cartuchos intactos. Em virtude de tais fatos, os acusados e o adolescente Júlio foram detidos em flagrante pela prática dos crimes de quadrilha armada, receptação e posse ilegal de arma de fogo, cujo procedimento está em trâmite perante a Comarca de Mogi Mirim, onde os adolescentes Caio e Júlio admitiram que tinham participação na quadrilha armada, confirmando a prática dos roubos ocorridos. Instada a comparecer na delegacia de polícia, a vítima Antonio reconheceu a arma de fogo niquelada apreendida como sendo uma daquelas utilizada no roubo, além de reconhecer a televisão que lhe fora subtraída. O adolescente Caio, por sua vez, foi apontado fotograficamente como sendo um dos possíveis roubadores.

Assim resumidos os fatos, importa assinalar que, na fase policial, os apelados Rafael Humberto Gonçalves e Rodney Wilson Correa de Souza negaram qualquer participação nos crimes em apuração (fls. 20 e 21, respectivamente).

Em Juízo, o apelado Rafael negou os fatos narrados na denúncia, alegando que não saber o motivo pelo qual foi acusado. Informou que conhecia de vista o corréu Rodney e os adolescentes Caio e Júlio, vulgo "Lula", sendo que este último trabalhou com sua mãe. Admitiu que em sua residência foram apreendidas bebidas alcóolicas provenientes de sobras do "buffet" em que sua mãe trabalhava, bem como joias de propriedade da sua genitora. Acrescentou que tinha as chaves da residência do adolescente Júlio, ora aduzindo que ele as esqueceu em sua casa, ora dizendo que ele as ofereceu para que mantivesse relações sexuais com uma menina, pois não tinha dinheiro para pagar um motel, e ora falando que o menor não emprestou as chaves e que as pegou sem que ele soubesse (fls. 204/206).

O apelado Rodney também negou a acusação quando interrogado em pretório, não sabendo explicar o motivo pelo qual foi acusado. Disse que conhecia apenas de vista os menores de idade Caio e Júlio, vulgo "Lula", bem como conhecia o corréu Rafael de um bar da família dele. Declarou que as joias e bijuterias encontradas em sua residência foram adquiridas de uma mulher que passava na rua (fls. 207/209).

No entanto, as contraditórias e inverossímeis negativas de autoria apresentadas pelos réus, nas duas fases procedimentais, sucumbem no embate com as provas reunidas no caderno processual, as quais, a meu juízo, fornecem lastro seguro e suficiente para embasar a condenação de ambos.

De fato, as declarações das vítimas (fls. 05, 54, 184/186 e 187/189) e dos policiais que participaram da investigação (fls. 07/10, 11/13, 190/192 e 193/195), acrescidos dos boletins de ocorrência (fls. 03/05 e 22/29), do auto de exibição e apreensão (fls. 30/39), do auto de avaliação (fl. 55) e dos autos

Acesso ao Sumário

de reconhecimento objeto (fls. 52 e 57) servem como prova cabal acerca da materialidade delitiva e também se constituem em importantes elementos para a definição da autoria e formação do juízo de culpabilidade dos acusados Rodney e Rafael.

Com efeito, as palavras seguras, coerentes e harmônicas das vítimas Antonio Dair Mendo e Darlene Fonseca Mendo, tecendo considerações sobre dinâmica dos fatos, não deixam dúvidas sobre a existência e configuração do crime de roubo praticado mediante o emprego de arma, em concurso de agentes e com restrição à liberdade dos ofendidos. Em depoimentos seguros, coerentes e harmônicos com as declarações prestadas na fase extrajudicial, em Juízo as referidas vítimas reafirmaram, em síntese, que foram rendidas por três assaltantes armados e encapuzados, os quais, nas duas horas em que ficaram subjugadas, amarradas e ameaçadas, subtraíram da residência uma televisão, joias, máquina fotográfica, celular e dinheiro (dólares e reais), levando tais bens e objetos junto com o veículo GM/Celta da família. Disseram, ainda, que apenas o veículo e a televisão foram recuperados. A vítima Darlene acrescentou que o menor de idade era negro e foi reconhecido por fotografia na delegacia polícia porque estava sem máscara, conforme já havia declarado na fase policial (fl. 54), ainda que sem certeza absoluta em relação ao adolescente Caio Eduardo Elisário.

As palavras dos ofendidos, evidentemente, merecem crédito no confronto com as fracas versões escusatórias oferecidas pelos réus, não sendo preciso citar aqui a torrencial jurisprudência e a lição dos doutrinadores, quanto à validade das palavras das vítimas nos crimes patrimoniais, mormente quando, como no caso em tela, inexiste motivo para infundada incriminação a inocentes.

Ademais, os relatos das vítimas no caso em comento estão absolutamente conforme a lógica dos acontecimentos e em total sintonia com os demais elementos de informação carreados para os autos, em especial as declarações dos investigadores de polícia Paulo Silveira Cintra Filho e Emerson Meschiari, que também incriminam sobremaneira os apelados. De fato, quando ouvidos sob o crivo do contraditório, os policiais ratificaram os relatos prestados na fase extrajudicial, declarando, em síntese, que estavam investigando crimes de roubo cometidos com o mesmo *modus operandi* e que tal investigação culminou na expedição de mandados de busca e apreensão para as residências dos réus e de um adolescente conhecido pela alcunha de "Lula" (Júlio Cesar de Castro), onde foi localizada uma televisão LCD de 32 polegadas, pertencente à vítima. Disseram que o adolescente "Lula" trabalhava com a genitora do réu Rafael e que, na residência deste, foi localizada a cópia da chave da casa do menor de idade "Lula". Afirmaram que os adolescentes Caio e Júlio confessaram os fatos descritos na denúncia, assim como delataram o envolvimento dos apelados nesse e em outros crimes de roubos. O policial Emerson acrescentou que uma

Acesso ao Sumário

arma de fogo apreendida, calibre 9mm, niquelada, também foi reconhecida pela vítima Antonio, conforme consta do auto de reconhecimento de objeto (fl. 52 – arma de fogo).

Nessa quadra, registre-se que nada indica que os policiais tenham falseado a verdade para prejudicar os apelados. A propósito, a presunção *juris tantum* de que agiu escorreitamente no exercício de suas funções não ficou sequer arranhada.

Mas não é só.

Ainda analisando a prova oral produzida, verifica-se que o adolescente Caio Eduardo Elisário, ouvido na fase extrajudicial (fls. 15/16), admitiu que, juntamente com seus amigos Rafael, "Pequeno." (Rodney) e "Lula" (Júlio Cesar), praticou vários crimes de roubos na região de Mogi Guaçu, cujos produtos subtraídos ficaram guardados na residência de "Lula". Admitiu, ainda, que a arma de fogo calibre 9mm, cromada, apreendida na casa de "Lula", foi utilizada nos roubos que praticavam (fls. 15/16). E, ao ser ouvido informalmente perante a Promotoria de Justiça da Infância e Juventude (fls. 221/222) e no respectivo Juízo (fl. 223), o aludido adolescente confessou que se associou aos apelados Rodney e Rafael, bem como ao adolescente Caio para a prática de diversos crimes de roubos em Mogi Guaçu, cujos bens e produtos roubados foram levados para a casa de "Lula", até que o acusado Rafael conseguisse vendê-los.

Por sua vez, o adolescente Júlio Cesar de Castro, ouvido apenas na fase extrajudicial (fls. 18/19), declarou que concordou, a pedido do apelado Rafael, com a guarda de alguns objetos em sua residência, os quais, segundo tomou conhecimento, eram produto de roubo praticados por Rodney (Pequeno), Caio e Rafael, sendo que este último possuía as chaves do imóvel. Disse, ainda, que a pistola 9mm apreendida estava na gaveta de um armário de sua casa. Asseverou que nunca participou de nenhum assalto na companhia de seus amigos Rafael, Caio e "Pequeno", pois somente deixava que eles guardassem objetos em sua residência, sendo que em apenas uma oportunidade recebeu deles a importância de R$ 100,00 (cem reais).

Por fim, na delegacia de polícia a vítima Antonio também reconheceu o televisor de 32 polegadas, marca Sony, modelo Bravia, que fora roubado de sua residência (fl. 57), o qual restou localizado na casa do adolescente Júlio Cesar de Castro e foi devidamente apreendido (cf. fls. 27 e 35).

Portanto, com a devida vênia ao entendimento da digna Magistrada sentenciante, tem-se que os seguros reconhecimentos efetuados pela vítima Antonio, tanto da televisão subtraída como da arma de fogo utilizada no crime, foram totalmente corroborados em Juízo, além do que estão em perfeita sintonia com outros indícios de autoria existentes nos autos, em especial as firmes

Acesso ao Sumário

declarações dos policiais civis que participaram das investigações e a confissão delatória do adolescente Caio, de modo que tais elementos de convicção, a meu aviso, constituem prova suficiente para embasar a condenação dos réus Rafael e Rodney. A propósito, há de ser considerado que "*a prova se faz não só de maneira direta, mas também por indícios e presunções, que devem ser analisados como todo e qualquer outro elemento de convicção, à luz do princípio do livre convencimento do juiz. Os indícios, quando não contrariados por contra-indícios, ou por prova direta, autorizam o juízo de culpa do acusado e sua condenação*" (TACRIM-SP – AC – Rel. Marrey Neto – JTACRIM 7/105). No mesmo sentido: "*A prova indiciária, quando segura e não simplesmente indicativa de mera probabilidade, basta à prolação de decreto condenatório*" (TACRIM-SP – Ap. 170.407 – Rel. Weiss de Andrade).

Em suma, o quadro probatório é assaz convincente no sentido de que os apelados Rafael e Rodney, agindo em concurso de agentes, com o emprego de arma de fogo e com restrição à liberdade dos ofendidos, cometeram o crime de roubo descrito na denúncia, sendo, pois, de rigor a condenação de ambos, como incursos no artigo 157, § 2º, incisos I, II e V, c.c. artigo 29, ambos do Estatuto Repressivo.

Para que não fique sem registro, observo que a causa de aumento de pena relativa ao emprego de arma restou suficientemente demonstrada pela prova oral produzida, bem como pela apreensão de uma pistola da marca Taurus, calibre 9mm, niquelada (cf. fl. 38), insofismavelmente utilizada na execução do crime em comento.

De igual forma, observo que a majorante do concurso de agentes também ficou bem comprovada, porquanto inegável na espécie o prévio ajuste, a unidade de desígnios e a divisão de tarefas, evidenciando o vínculo psicológico existente entre os réus. Ademais, em se tratando de hipótese de concurso de agentes, o Código Penal adotou a teoria unitária, ou monista, segundo a qual havendo pluralidade de agentes, com diversidade de condutas, mas provocando um único resultado, há somente um delito. Assim, todos que participam da empreitada criminosa cometem idêntico delito, incidindo nas penas a ele cominadas, independentemente da conduta perpetrada individualmente.

Acesso ao Sumário

Por fim, no que se refere à majorante prevista no inciso V, do § 2º, do art. 157 do CP, também restou bem demonstrado que os ofendidos ficaram privados do direito de ir e vir, porquanto os assaltantes, depois de subjugá-los, permaneceram no interior da residência por cerca de duas horas, tempo em que as vítimas foram amarradas e ameaçadas, o que, evidentemente, torna o crime ainda mais reprovável, pois a simples restrição de liberdade acarreta maior temor às vítimas, incertas do que possa lhes suceder no desenrolar dos acontecimentos, sendo oportuno salientar, ainda, que é indiferente, para a caracterização da majorante, a duração do lapso temporal em que a vítima

vê-se obrigada a permanecer junto ao assaltante, uma vez que, se a privação de liberdade se prolongar por tempo demasiadamente longo, poderá inclusive tipificar o crime de sequestro.

Passo a dosar as penas.

Considerando favoráveis aos acusados as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, fixo a pena-base no patamar mínimo legal, ou seja, 04 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, para cada um dos réus.

Na sequência, tendo em vista a reincidência ostentada pelo acusado Rodney, comprovada pela certidão de objeto e pé encartada aos autos (fl. 108), sua reprimenda sofrerá o agravamento de 1/6 (um sexto), perfazendo 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa. Para o réu Rafael, inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas, de modo que sua pena provisória permanece no mínimo legal.

Por fim, diante da presença de três causas de aumento de pena, fica estabelecido o aumento de 5/12 (cinco doze avos) sobre as sanções provisórias, sendo relevante consignar, neste ponto, que um roubo cometido com uma causa de aumento não é igual a um assalto praticado com duas ou mais majorantes, devendo, portanto, nesta última situação, ser apenado com maior rigor, sob pena de inobservância do princípio isonômico, bem assim da mais adequada individualização da pena em cada caso concreto, mesmo porque, nesse caso, é maior a reprovabilidade da conduta do agente. A propósito, a jurisprudência pátria vem decidindo que, "*em sede do delito de roubo, a presença de duas qualificadoras deve ensejar um aumento de pena em 3/8, uma vez que, para se chegar a uma reprimenda justa, o sentenciante deve observar o intervalo correspondido entre o mínimo e o máximo e variar a graduação de acordo com o número de causas especiais de aumento, e como estas são em número de cinco, a majoração será: de 1/3, se presente uma causa; de 3/8, se presentes duas causas; de 5/12, se presentes três causas; de 7/16, se presentes quatro causas e de ½, se presentes as cinco causas especiais de aumento*" (*RJDTACRIM* 36/304).

Para que não fique sem registro, anoto que descabe no caso em exame o reconhecimento do almejado concurso formal, uma vez que, embora fossem duas vítimas (pai e filha), não há evidência de que a ação dos réus teve o intuito de atingir patrimônios distintos e que assim agiram com consciência. Nesse sentido, já se decidiu que: "*Roubo qualificado. Palavra das vítimas. Reconhecimento na delegacia. Confirmação em juízo. Prova segura. Condenação mantida. Roubo qualificado. Manutenção das vítimas amarradas por longo tempo. Restrição de liberdade. Caracterização.* ***Roubo qualificado. Ação que atingiu patrimônio comum das vítimas. Crime único. Ocorrência****. Recurso parcialmente provido*."

Acesso ao Sumário

(Relator: Des. Alexandre Almeida; Comarca: Miracatu; Órgão julgador: 4ª Câmara Criminal Extraordinária; Data do julgamento: 23/10/2014; Data de registro: 23/10/2014).

Logo, a pena definitiva do réu Rodney fica estabelecida em 06 (seis) anos, 07 (sete) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no piso mínimo, enquanto a reprimenda definitiva do réu Rafael fica estabelecida em 05 (cinco) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, no piso mínimo.

A par da reincidência ostentada pelo réu Rodney, anoto que as circunstâncias do caso em exame impõem a fixação do regime inicial fechado para ambos os réus, porquanto se trata de roubo praticado no interior de residência, durante o período noturno, que acarretou a subtração de diversos bens e valores de uma família, praticado em concurso de agentes, com o emprego de armas de fogo e com restrição à liberdade de duas pessoas, o que certamente acarretou pânico e insegurança às vítimas, situação que revela ousadia e temibilidade e se reveste de gravidade concreta, não havendo de se cogitar de baixa culpabilidade dos apelados, tudo a recomendar a fixação de regime prisional mais rigoroso, vale dizer, o inicial fechado, como resposta adequada à reprovação e prevenção de tal conduta (inteligência do artigo 33, § 3°, c.c. art. 59, ambos do Código Penal). Importante consignar, ademais, que não há qualquer ilegalidade na fixação do regime inicial semiaberto, e nem ofensa às Súmulas 718 e 719 do STF e 440 do STJ, pois os fatos concretos, como já acentuado, demonstram não ser recomendável a adoção de regime prisional mais brando na hipótese dos autos. A propósito, conforme recente julgado do C. Superior Tribunal de Justiça, "*No que se refere ao regime inicial para cumprimento de pena no delito de roubo, a Quinta Turma deste Sodalício alterou o entendimento até então consolidado, para o fim de considerar que a invocação do uso de arma de fogo permite, de per si, a agravação do aspecto qualitativo da reprimenda (regime prisional) independentemente do aspecto quantitativo (quantum de pena fixado na primeira fase da dosimetria), sem que isso implique ofensa à Súmula n.º 440/STJ*" (HC 274.908/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/08/2014, DJe 02/09/2014).

Por derradeiro, observo ser necessária a imediata expedição dos mandados de prisão, a fim de que os réus iniciem o cumprimento das penas que lhes foram impostas, independentemente do trânsito em julgado do presente acórdão. De fato, o Plenário Virtual do Col. Supremo Tribunal Federal, recentemente, em 11/11/16, reafirmou jurisprudência no sentido de que é possível a execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, mesmo que estejam pendentes recursos aos Tribunais Superiores. A decisão foi tomada na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964246, que teve repercussão geral reconhecida. Assim, a tese firmada pelo Pretório Excelso deve

ser aplicada nos processos em curso nas demais instâncias.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso ministerial, para o fim de condenar **RODNEY WILSON CORREA DE SOUZA** à pena de 06 (seis) anos, 07 (sete) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no piso mínimo, e **RAFAEL HUMBERTO GONÇALVES** à pena de 05 (cinco) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, no piso mínimo, como incursos no artigo 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal, ambos em regime inicial fechado. Expeça-se mandados de prisão em desfavor dos réus.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0026428-41.2014.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante EDUARDO SILVA CEZAR, 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: "Deram provimento ao recurso de Eduardo Silva Cezar para cassar a pena de perda do cargo público. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.617)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANGÉLICA DE ALMEIDA (Presidente) e JOÃO MORENGHI.

São Paulo, 14 de dezembro de 2016.

VICO MAÑAS, Relator

Ementa: Porte de arma de fogo – Guarda municipal fora de serviço – Pena de perda do cargo – Não cabimento – Sanção aplicável apenas a crime praticado no exercício da função pública.

Acesso ao Sumário

VOTO

Eduardo Silva Cezar foi condenado pela MMª. Juíza de Direito da 5ª Vara da Comarca de Guarulhos a 02 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo unitário, com substituição da corporal por prestação de serviços à comunidade e outra multa de 10 (dez) diárias, no piso, como incurso no art. 14 da Lei 10.826/03, imposta ainda a perda do cargo público.

Parcialmente inconformado, pede cassação do decreto de perda do cargo.

Oferecidas as contrarrazões (fls. 146/150), a D. Procuradoria da Justiça opina pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Segundo a denúncia, Eduardo Silva Cezar era investigado por duplo homicídio e, abordado em seu carro por policiais civis, foi flagrado na posse de revólver calibre 38, marca Taurus, e 11 cartuchos. Guarda municipal, o réu não estava autorizado a portar arma de fogo fora de serviço.

Interrogado, Eduardo disse que estava temporariamente afastado da guarda civil por conta de hérnia de disco e, assim, não podia usar arma. Portava o revólver em razão de ameaças de facção criminosa, motivadas pelas suspeitas de ter matado duas mulheres do grupo (fl. 124).

O investigador Edson Paulino dos Santos informou que o objeto estava sob o tapete do veículo e o réu logo se apresentou como guarda civil. No documento funcional, todavia, constava restrição para porte de arma (fl. 124).

Na mesma linha o relato do policial Pietro Pieruzzi (fl. 124). O revólver e as munições foram periciados (fls. 39 e 72).

Como se pode ver, além de incriminado pelos milicianos, Eduardo admitiu que portava a arma sem autorização para tanto, dado o afastamento funcional, e não comprovou a justificativa aduzida.

Logo, a condenação era mesmo medida que se impunha, tanto que contra ela não se insurge o apelante.

As penas já foram estabelecidas no piso legal, com o equipamento prisional mais favorável e adequada substituição da corporal.

Não pode subsistir, todavia, a decretação de perda do cargo.

Guarda civil da cidade de São Paulo, Eduardo foi flagrado com a arma em Guarulhos, dentro do próprio automóvel, ao que tudo indica sem farda, durante licença do trabalho por motivo de saúde.

Ora, o apelante praticou o crime na condição de particular, fora de suas funções. E, nesse caso, não se aplica o art. 92, I, "a", do CP.

Acesso ao Sumário

Conforme a opinião de Júlio Fabbrini Mirabete, "para a aplicação do dispositivo deve considerar-se não só o conceito de funcionário público previsto no art. 327 do CP, como também ter sido o ilícito praticado no exercício das funções do agente, sendo irrelevante, porém, tratar-se de crime funcional próprio ou impróprio. Dando relevância ao desvalor da conduta praticada nas atribuições que são próprias do agente público, não se aplica o dispositivo ao funcionário que agiu na qualidade de particular, fora de suas funções" (Código Penal Interpretado, 7ª edição, Editora Atlas, 2011, p. 604).

Em caso semelhante, também se afirmou que, "para aplicação do dispositivo do art. 92, inc. I, do CP, deve considerar-se não somente o conceito

do funcionário público (art. 327 do Código), como também examinar-se se o fato ocorreu no exercício das funções do agente. O dispositivo incide nos crimes funcionais próprios e impróprios, previstos nos arts. 312/326 do CP, como nos demais delitos em que ocorreu o abuso de poder ou violação de dever (arts. 289, § 3º, 290, parágrafo único, 295 e 296, § 2º etc.), mas não se o sujeito agiu na qualidade de particular, fora de suas funções" (RJTJERGS 157/134).

Frente ao exposto, dá-se provimento ao recurso de Eduardo Silva Cezar para cassar a pena de perda do cargo público.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000285-63.2009.8.26.0491, da Comarca de Rancharia, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado FELICIANO DOS REIS MELO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO ao apelo, para condenar FELICIANO DOS REIS MELO, no artigo 155, §1º, do Código Penal, às penas de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 22 (vinte e dois) dias-multa, cada qual no piso, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7.146)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente), CARLOS MONNERAT e MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 15 de dezembro de 2016.

ALCIDES MALOSSI JUNIOR, Relator

Ementa: PENAL. APELAÇÃO. FURTO NOTURNO. ABSOLVIÇÃO. RECURSO DA ACUSAÇÃO.

Recurso interposto visando à condenação do acusado nos exatos termos em que denunciado. *Pertinência.* Materialidade delitiva e autoria cabalmente comprovadas. Prova testemunhal a confirmar que, decorridos pouco mais de vinte quatro horas da prática da subtração, acusado lhe procurou oferecendo parte da "res", um dos pássaros, para compra, o que se realizou. Testemunha que apresentou comportamento

Acesso ao Sumário

titubeante, tendo, de início, tentado eximir o acusado, certo que o fez temendo represálias, o que seria ilógico caso se trata-se de pessoa efetivamente inocente. Réu que se limitou a negar a prática do crime. Existência de indícios plurais, graves, precisos e concordantes, convergindo para o mesmo resultado, a saber, de que o acusado cometeu o crime em questão. Desate reformado. Acusado condenado. Penas fixadas acima do mínimo, em face da presença de circunstâncias pessoais desfavoráveis (reincidente específico e existência de outras nove condenações pretéritas), com determinação de início de cumprimento de pena em regime semiaberto, conforme pleiteado no arrazoado.

Integral provimento.

VOTO

VISTO.

Trata-se de recurso de **APELAÇÃO** interposto pelo **Ministério Público do Estado de São Paulo**, por seu digno Promotor de Justiça oficiante, contra sentença penal absolutória proferida pelo Juízo da 1ª Vara do Foro e Comarca de Rancharia (publicada em 16/06/2015 – fls. 220).

Segundo o descrito na inicial acusatória, o **apelado FELICIANO DOS REIS MELO** foi denunciado, por infração ao artigo 155, §1º, do Código Penal, porque, em 19 de novembro de 2008, nas circunstâncias de espaço ali delineadas, subtraiu, para si, coisas alheias móveis pertencentes à vítima Aurélio Veríssimo da Silva, a saber, três pássaros fêmeas da espécie "Curió" e três gaiolas, tudo avaliado em R$ 1.650,00 (mil seiscentos e cinquenta reais), conforme auto de fls. 17 (fls. 02d/03d – denúncia recebida em 10 de dezembro de 2010, fls. 129).

De acordo com o apurado, naquela data, durante o período da madrugada, o **apelado** entrou na despensa que fica ao lado da casa da vítima e subtraiu os pássaros acima descritos, cada qual em sua gaiola, evadindo-se do local logo em seguida. Em diligência realizada no dia subsequente, policiais lograram localizar uma ave na casa de Cristiano Gonçalves de Lima, o qual disse que adquiriu o pássaro de **FELICIANO** (reconhecido fotograficamente), dando, em troca, uma bicicleta.

Após o devido processamento, o **apelado** foi **absolvido**, por não existir prova de que concorreu para a infração e por não existir prova suficiente para a condenação (artigo 386, incisos V e VI, respectivamente, do Código de Processo Penal), da imputação que lhe fora assacada na incoativa.

Acesso ao Sumário

Requer, o **apelante**, em síntese, a condenação de **FELICIANO** nos exatos termos em que denunciado, com o argumento de que restaram comprovadas, nos autos, a materialidade delitiva e a autoria (fls. 222/226).

Contrarrazões às fls. 233/236 pelo não provimento do recurso, com manifestação da douta Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento do reclamo (fls. 243/247).

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Em primeiro lugar, as provas existentes.

Materialidade e autoria do delito adequadamente comprovadas. Existe, no caderno processual, autos de exibição e apreensão e de avaliação (fls. 05 e 17), destacando-se a prova oral realizada durante a instrução.

Sempre que interrogado, **FELICIANO** negou a prática dos fatos que lhe foram imputados, referindo ter sido arbitrariamente acusado (fls. 32 e mídia encartada às fls. 192).

De seu lado, Cristiano Gonçalves de Lima, sempre que ouvido, confirmou ter adquirido a ave da espécie Curió de **FELICIANO** no dia subsequente a prática da subtração. Certo é que a referida testemunha, em juízo, titubeou, buscando, de início, eximir o **apelado**, ao argumento de que outra pessoa desconhecida, proveniente da Cidade de Quatá, teria vendido o pássaro. No entanto, *gradativamente* (espontaneamente pediu para ser reinquirido, se retratando, após o encerramento de seu testemunho, certo que foi determinado que aguardasse o termino da solenidade para a eventual tomada das cabíveis medidas), foi confirmado o teor do testemunho prestado na fase policial, justificando a modificação por medo de represálias (fls. 14 e mídia encartada às fls. 192).

Por fim, a vítima *Aurélio Veríssimo* confirmou a subtração de três aves, cada qual em sua respectiva gaiola, no dia 19 de novembro de 2008, durante o período da madrugada, **certo que reouve apenas uma, entregue, na Delegacia de Polícia, na tarde do dia subsequente**. Afirmou que os pássaros permaneciam dentro de uma dispensa de madeira contígua à sua residência, certo que ninguém presenciou a subtração (fls. 13 e mídia encartada às fls. 162).

Pois bem, após examinar a prova produzida, forçoso concluir ter o **apelado** praticado o delito nos exatos termos em que denunciado. Não se nega que, em desfavor de **FELICIANO**, existem apenas provas indiretas, ou seja, indícios (artigo 239, do Código de Processo Penal), entretanto, por se mostrarem **plurais**, **graves**, **precisos** e **concordantes**, convergindo para o mesmo resultado, são idôneos para lastrear um édito condenatório. O **apelado** vendeu, para Cristiano uma das aves pouco mais de vinte e quatro horas depois da subtração, inviabilizando, pelo exíguo intervalo de tempo, a posse por mais

Acesso ao Sumário

pessoas, quando poderia surgir, ele, na hipótese, como simples intermediário (**possível contraindício**), circunstância esta que **sequer** foi apresentada como álibi, haja vista que **FELICIANO**, em interrogatório judicial (**prova direta**), se limitou a afirmar que a versão de *Cristiano* era mentirosa. Obtempere-se que havendo "*desarmonia entre a prova direta e a indireta, a apreciação deve ser feita livremente, do conjunto de todos os elementos de provas, sem ideias preconcebidas, mas considerando sempre que já cessou de todo o preconceito da inferioridade e imperfeição dos indícios, na comparação com as demais provas*" (**MOURA. Maria Thereza de Assis. A Prova por Indícios no Processo Penal. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris, 2009, p. 105**). E é certo que o comportamento titubeante da testemunha *Cristiano*, que inclusive reconheceu ter tentado eximir o **apelado**, temeroso que estava como represálias (**outro indício**), reforça ainda mais a conclusão acerca do envolvimento de **FELICIANO** com a subtração narrada na incoativa. Se inocente fosse, por evidente, não ameaçaria a testemunha, tampouco este lhe imputaria a prática, desde a fase policial, nos idos de 2008, de sério crime, certo que, à época, já se encontrava em cumprimento de outras penas, logo não era pessoa (dada a aparente periculosidade) para se indispor, criando qualquer animosidade.

Enfim, o desate é **condenatório.**

Passa-se a dosar a pena.

Na primeira fase, considerada a existência de **nove** condenações pretéritas definitivas (**i** – condenação por furto qualificado, com trânsito em julgado para as partes em 01/02/2000, fls. 91; **ii** – condenação por furto qualificado, com trânsito em julgado para as partes em 11/12/2001, fls. 98; **iii** – condenação por falsificação de documento público, com trânsito em julgado para as partes em 22/10/2002, fls. 103; **iv** – condenação por furto qualificado, com trânsito em julgado para as partes em 31/07/2001, fls. 104; **v –** condenação por furto qualificado, com trânsito em julgado para as partes em 10/08/2001, fls. 105; **vii** – condenação por furto qualificado, com trânsito em julgado para as partes em 12/02/2002, fls. 106; **viii –** condenação por furto noturno, cometido em 27/10/2007, com trânsito em julgado para as partes em 17/06/2013, fls. 157; **ix** – condenação por furto simples, cometido em 03/01/2008, com trânsito em julgado para as partes em 14/12/2012, fls. 158), valoradas, aqui, sob a *pecha* de "*maus antecedentes*" e o valor da "*res*" (mil e seiscentos reais, certo que apenas recuperou uma das três aves), fixa-se a pena-base em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, cada qual no piso. Na segunda fase, em face da agravante da **reincidência** (condenação por furto qualificado, trânsito em julgado para as partes em 18/12/2004, fls. 122), exaspera-se a pena em **1/6** (um sexto), de forma a resultar em 01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão e pagamento de 17 (dezessete) dias-multa, cada qual no piso. Por fim, na terceira fase, tratando-se de delito cometido no período noturno (artigo 155, §1º, do Código Penal), aumenta-se a pena de 1/3

Acesso ao Sumário

(um terço), de forma a resultar, em definitivo, em **02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 22 (vinte e dois) dias-multa**, cada qual no piso.

A pena será cumprida, inicialmente, no regime **semiaberto**, tal como requerido no arrazoado.

Isso porque, na espécie, consideradas, precipuamente, as condições **pessoais** do acusado (***reincidência, inclusive específica, nove condenações transitadas em julgado, consideradas como maus antecedentes***) entende-se completamente **insuficiente**, para que a pena atinja suas finalidades (repressão e, principalmente, ressocialização do acusado), a **determinação de início de cumprimento de pena em regime aberto. Tal como autoriza o artigo 33, §3º, do Código Penal, o regime inicial de cumprimento da pena aqui imposta será o semiaberto**, ainda que o montante de pena imposta não exceda a 04 (quatro) anos.

Em face das mencionadas circunstâncias (portador de péssimos antecedentes e reincidente específico), desautorizada a substituição da corporal por restritivas, nos termos do artigo 44, incisos I, II e §3º, parte final.

Observo, por fim, perfeitamente adequada expedição de mandado de prisão em decisão de 2º grau de jurisdição, preservada que foi, até o momento, a "presunção de inocência" (STF/HC 126.292/SP, de 17.02.2016). A Constituição Federal fala que "*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória*" (grifei – artigo 5º, LVII). Trânsito em julgado existe quando não cabe mais recurso. A *culpa*, então, já se definiu, não mais existindo recurso. Obviamente que existe possibilidade dos chamados "recursos constitucionais" (especial e extraordinário), os quais, contudo, são exceções, como seus próprios nomes atestam, sendo que, ainda assim, não mais avaliam "culpa". O "Recurso Especial", na verdade, busca uma uniformidade na interpretação de Lei Federal. A própria Constituição fala em sua possibilidade em relação apenas às causas decididas em única ou última instância, sempre pelos Tribunais de 2º Grau. O mesmo se dá em relação ao "Recurso Extraordinário", cujo objetivo é a manutenção da uniformidade da Constituição Federal. Nenhum dos dois, portanto, pode ser considerado, tecnicamente, como "recurso de 3º instância". O trânsito em julgado, quando se fala de culpa, ou seja, quando alguém é, definitivamente, considerado culpado, ocorre em 2º instância. Outro entendimento forçosamente coloca em risco a Sociedade. Absurdo entendimento diverso à possibilidade de prisão de indivíduo que já teve sua culpa definida. "Presunção de inocência" existe para a proteção do cidadão honesto, cumpridor de seus deveres, garantindo, repete-se, a própria Sociedade. Não pode servir de meio ou argumento para justificar impunidade em relação ao indivíduo já definitivamente considerado culpado, gerando, obviamente diante também de outros fatores, como fácil constatar atualmente, inadmissível aumento da

Acesso ao Sumário

criminalidade.

Por todo o exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao apelo, e, assim o faço, para condenar **FELICIANO DOS REIS MELO**, no artigo 155, §1º, do Código Penal, às penas de **02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 22 (vinte e dois) dias-multa**, cada qual no piso.

Expeça-se mandado de prisão – STF/HC 126.292/SP, de 17/02/2016.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0015899-18.2012.8.26.0099, da Comarca de Bragança Paulista, em que são apelantes/apelados/querelantes ANTÔNIO CARLOS NUNES DE MATTOS e ROSALINO DE SOUZA, são apelados/apelantes/querelados DIRCEU RODRIGUES DE OLIVEIRA e ADÃO ANTONIO DE GODOI.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, conheceram dos recursos, e, reconhecida a ocorrência da preclusão *pro judicato*, cassam-se os efeitos da decisão recorrida, devendo serem examinadas demais questões invocadas pelas partes, vencido o Relator sorteado que não conhecia. Acórdão com a Revisora.", de conformidade com o voto da Relatora Designada, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.804)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANGÉLICA DE ALMEIDA, vencedor, AMABLE LOPEZ SOTO, vencido, ANGÉLICA DE ALMEIDA (Presidente) e PAULO ROSSI.

São Paulo, 14 de dezembro de 2016.

ANGÉLICA DE ALMEIDA, Relatora Designada

Acesso ao Sumário

Ementa - Apelação. Queixa-crime. Arts. 138 e 139, ambos do CP. Reconhecida a inépcia, extinta a queixa-crime, sem julgamento do mérito. Matéria relacionada à inépcia foi analisada quando do recebimento e manutenção da queixa-crime. Uma vez recebida, ante da preclusão *pro judicato*, não cabe reexame de matéria já enfrentada. Conheceram dos recursos e cassaram os efeitos da decisão, determinando exame das demais questões invocadas pelas partes.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra r. sentença que, com fundamento no artigo 367, IV, do Código de Processo Civil (por analogia) e artigo 395, I do Código de Processo Penal, julgou extinta a queixa-crime interposta por Antônio Carlos Nunes de Mattos e Rosalino de Souza, contra Dirceu Rodrigues de Oliveira e Adão Antonio de Godoi (fls. 445/448).

Postulam os querelantes a reforma da decisão, vez que preenchidos os requisitos do artigo 41, do Código de Processo Penal, devendo ser julgada procedente a ação penal, condenados os querelados (fls. 454/460).

Pleiteiam os querelados o reconhecimento da decadência, nos termos do artigo 103, do Código Penal (fls. 485/492).

Apresentadas as respectivas contrarrazões (fls. 500/503, 504/508), manifestou-se o Ministério Público (fls. 510/515). A d. Procuradoria Geral de Justiça manifesta-se pelo improvimento dos apelos (fls. 519/522).

É o relatório.

Em 25 de setembro de 2012, *Antonio Carlos Nunes de Mattos* e *Rosalino de Souza* ajuizaram queixa-crime contra Dirceu Rodrigues de Oliveira e Adão Antonio de Godoi, imputando- lhes a prática dos delitos previstos no artigo 138 e artigo 139, ambos do Código Penal.

A audiência de tentativa de conciliação, restou infrutífera (fls. 62).

Recebida a queixa-crime, por despacho datado de 26 de março de 2013 (fls. 65), foi apresentada defesa preliminar (fls. 77/91) e manifestação dos querelantes (fls. 255/259), acompanhadas de respectiva documentação (fls. 92/245, 260/264).

Após manifestação do Ministério Público (fls. 267), despacho datado de 18 de setembro de 2013, manteve a decisão, que recebera a queixa-crime (fls. 265/269).

Ouvidas as testemunhas arroladas pelas partes e interrogados os querelados (fls. 346/383, 399/400, 408/409, 412/417), foram apresentados os memoriais (fls. 423/426, 428/433), assim como, a manifestação do Ministério Público (fls. 435/441).

A sentença recorrida, em 23 de janeiro de 2015, nos termos do artigo 267, IV, do Código de Processo Civil (por analogia) e artigo 395, I, do Código de Processo Penal, ao reconhecer a inépcia da queixa-crime, houve por bem julgar extinta a queixa-crime, sem julgamento de mérito (fls. 445/448).

É de se conhecer dos recursos, eis que tempestivos, devendo ser observado a peculiaridade da situação posta.

Na hipótese dos autos, a matéria – inépcia da denúncia – fora examinada pela decisão, que recebera a queixa-crime, nos termos do artigo 395, do Código

Acesso ao Sumário

de Processo Penal (fls. 65).

Também pela decisão, que manteve o recebimento da denúncia (art. 397, CPP), e expressamente apreciou a questão, ao deixar consignado:

Afasto a preliminar de inépcia da inicial. Diferentemente do que entendeu a defesa, a inicial contém exposição clara e objetiva dos fatos alegadamente delituosos, com narração de todos os elementos essenciais e circunstanciais que lhe são inerentes, permitindo, desse modo, ao querelado que sofre a acusação penal, o exercício pleno de defesa assegurado pelo ordenamento constitucional.

Analisando a peça inicial, verifico que presentes estão todos os requisitos a que alude o art. 41 do Código de Processo Penal. (fls. 268/269).

Por conseguinte, uma vez recebida a queixa-crime, em face da preclusão *pro judicato*, não cabia mais o reexame da matéria, já enfrentada em decisão anterior.

Nesse sentido a lição do mestre Frederico Marques: *Pode dar-se a preclusão **pro judicato** quando se verifica a imutabilidade, dentro do processo, de uma decisão de conteúdo exclusivamente formal. Em pronunciamentos jurisdicionais dessa espécie, não há que falar em coisa julgada, uma vez que está ausente da decisão qualquer resolução judicial atinente ao **meritum causae**. A preclusão dessa natureza, além de exaurir o direito processual da parte, cria um impedimento ou uma limitação ao próprio juiz. E como a verdadeira preclusão não alcança os poderes do juiz, mas tão-só as faculdades e os direitos processuais das partes, fala-se em preclusão **pro judicato**. Na sentença de pronúncia, há preclusão **pro judicato** depois que o juiz a profere e encerra-se o prazo recursal, uma vez que não pode revogá-la o magistrado. Não há, aí, coisa julgada, apesar do que diz o artigo 416 do Código de Processo Penal, porque o conteúdo da decisão é exclusivamente processual. A imutabilidade dos efeitos da decisão, no processo, deriva, assim, da preclusão **pro judicato**. A preclusão **pro judicato** pode ser integral ou limitada. Dá-se a primeira quando inadmissível o reexame da decisão do juiz até mesmo pelos tribunais de superior instância; e ocorre, ao contrário, a preclusão limitada quando só o órgão de grau inferior fica impedido desse reexame*. (*Elementos de Direito Processual Penal*. 1ª ed., Campinas: Bookseller, 1997, vol. III, n. 638, p. 90).

Como observa João Batista Lopes, trata-se de *uma espécie particular e imprópria de preclusão, que consistiria no impedimento ou barreira antepostos ao juiz, a fim de que ele não decida uma mesma questão mais de uma vez (...) é que só se decidem uma questão ou um incidente uma vez.* (Breves considerações sobre o instituto da preclusão, *in* Revista de Processo, SP: RT, jun/set/1981, n. 23, p. 49 - apud Considerações sobre os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgado - Ada Pellegrini Grinover, Revista do Advogado, Ano XXI, n. 65, Dez/2001, p. 78).

Acesso ao Sumário

Diante do exposto, por maioria de votos, conheceram dos recursos, e, reconhecida a ocorrência da preclusão *pro judicato*, cassaram os efeitos da decisão recorrida, devendo serem examinadas demais questões invocadas pelas partes, vencido o Relator Sorteado que não conhecia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3002956-16.2013.8.26.0637, da Comarca de Tupã, em que é apelante ADROALDO RODRIGUES, 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: "Acolheram a preliminar de ilegitimidade *ad causam* com relação ao delito dos 88 DVDs contendo jogos para a plataforma de videogame *Playstation* e negaram provimento ao restante do apelo defensório. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.687)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JUVENAL DUARTE (Presidente sem voto), PINHEIRO FRANCO e TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2017.

JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, Relator

Ementa: Apelação criminal. Violação de direito autoral. Pretensão de absolvição ao argumento de insuficiência probatória ou ausência de autoria. Conjunto probatório robusto a sustentar a condenação. Reconhecida a ilegitimidade ativa do Ministério Público para promover a ação penal quanto aos jogos destinados à plataforma de videogame *Playstation*, eis que o delito em tela deve ser promovido por meio de ação penal privada, nos termos da Lei nº 9.609/98, em seu art. 12, parágrafo 3º. Pena redimensionada. Recurso provido em parte.

VOTO

ADROALDO RODRIGUES foi condenado como incurso no art. 184, § 2º, do Código Penal, às penas de dois (2) anos de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 10 dias-multa, fixados no mínimo legal. A pena privativa de

Acesso ao Sumário

liberdade foi convertida em restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade pelo mesmo prazo da pena imposta, além de prestação pecuniária equivalente a um salário mínimo nacional, em favor de entidade com fins sociais (fls. 271/277).

Irresignado apela pretendendo a absolvição por insuficiência probatória ou ausência de autoria (fls. 290/292)

Foi contrariado o reclamo (fls. 299/305).

A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se, preliminarmente, pela anulação da ação penal, desde o recebimento da denúncia, no que tange aos "programas de computador" e, no mérito, pelo improvimento do recurso (fls. 311/317).

É o relatório.

A preliminar arguida deve ser acolhida, no sentido de reconhecer a ilegitimidade ativa *ad causam* e anular a ação penal, desde o recebimento da denúncia, no que tange à exposição à venda dos 88 (oitenta e oito) DVDs contendo jogos para a plataforma de videogame *Playstation.*

Em primeiro lugar, cabe determinar que a Lei a ser aplicada no caso em tela é a Lei nº 9.609/98 (lei de *softwares*), e não o Código Penal, em função da observância do Princípio da Especialidade.

O Código Penal, em seu art. 184, §2º, trata de violação dos direitos autorais no que tange a "obra intelectual ou fonograma". A Lei nº 9.609/98, por sua vez, traz, em seu art. 12, *caput*, a problemática da violação de "programa de computador", sendo este conceito definido, pelo art. 1º do mesmo diploma legal, da seguinte forma:

> *"Art. 1º Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados".*

A questão inerente ao caso concreto em análise traz o conceito de "jogo de *videogame*". Por meio de um exercício de subsunção, parece ser claro que este conceito mais se aproxima de "programa de computador", nos termos da Lei nº 9.609/98.

Pelo exposto, e com a resolução do conflito de normas com a observância do Princípio da Especialidade, segundo o qual a norma especial afasta a incidência da norma geral ("*lex specialis derogat legi generali*"), temos que a Lei a ser aplicada neste caso é, de fato, a Lei de Softwares, inclusive porque a Lei citada instituiu um regime peculiar, diverso do regime trazido pelo Código Penal, ao trato dos crimes de violação autoral de programa de computador.

Acesso ao Sumário

Inclusive, neste sentido, leciona **Denis Borges Barbosa**:

> *"A par da aplicação subsidiária da Lei 9.609/98 para definir-se o conteúdo civil do direito de exclusiva sobre os programas de computador, a lei especial institui um regime próprio, e excludente, da sancionamento penal das violações do direito. Assim, não se aplica o disposto no Código Penal, art. 184, mas a lei especial".*

O art. 12, § 3º, da referida Lei afirma que os crimes trazidos pelo *caput* somente serão processados e julgados mediante queixa. Nestes termos, é imprescindível a apresentação de queixa do ofendido em relação ao crime de violação de direitos autorais de programa de computador contido nos autos, e não há que se falar em prescindibilidade da queixa em função da alteração legislativa do art. 186 do Código Penal, trazida pela Lei nº 10.695/03, pela qual a ação penal nos crimes de violação de direitos autorais trazidos pelos §§1º e 2º do art. 184-CP seria pública incondicionada. Em verdade, esta alteração apenas se aplica aos crimes de violação de direito autoral tratados no Código Penal e, como já foi exposto, a Lei de Softwares inaugurou novo regime de trato jurídico-penal em relação a crimes de violação de direitos autorais de programas de computador, afastando a incidência do Código Penal.

Neste sentido:

> *"16. Ação privada: a regra, para os delitos descritos nesta Lei, é a ação de iniciativa do ofendido. Entretanto, deve-se ressaltar que, no contexto dos crimes contra a propriedade intelectual em geral (art. 184, CP), passou-se a considerar de ação pública incondicionada os casos que envolvessem o intuito de lucro. Se assim fosse aplicado nesta Lei, as condutas previstas no art. 12, 1. º e 2.º, deveriam ser de ação pública incondicionada. Porém, a alteração introduzida no Código Penal não abrange esta Lei, que é especial. Mantém-se, pois, a ação privada" (NUCCI, 2014, p. 64).*

Além disso, a aplicação por analogia do art. 186-CP na presente Apelação seria prejudicial ao réu, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Desta forma, é de rigor a anulação da ação penal, desde o recebimento da denúncia, no que tange a contrafação dos jogos para a plataforma de videogame *Playstation*, em virtude da ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público, nos termos do parecer da d. Procuradoria de Justiça.

Quanto ao mérito, consta dos autos que ADROALDO RODRIGUES, ora apelante, no dia 20 de junho de 2013, por volta das 17h, na Rua Aimorés, 1720, sala 13, na cidade de Tupã, expôs à venda, com intuito de lucro, 700 DVDs, 17 CDs e 88 DVDs contendo jogos para a plataforma de videogame *Playstation*, todos reproduzidos com violação de direito de autor e sem expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

Acesso ao Sumário

Segundo o apurado, o apelante com intuito de lucro, expôs à venda em sua barraca ambulante os objetos supramencionados, os quais foram reproduzidos e copiados com violações de direitos autorais.

A materialidade está comprovada pelas provas colhidas, pelo auto de exibição e apreensão de fls. 05, bem como pelos laudos periciais de fls. 06/17 e 220/227 que confirmaram a falsidade dos CDs e DVDs apreendidos.

A autoria também é certa.

O Policial Civil OLIVEIRA confirmou os fatos descritos na denúncia, afirmando-se tratar-se de feira que ocorre aos domingos na Rua Aimorés e que o réu expunha a venda CDs e DVDs piratas (fls. 255).

O Investigador de Polícia HERMENEGILDO FILHO relatou que o local era uma loja no Mercadão Municipal, sendo o acusado proprietário do estabelecimento. Havia alguns CDs e DVDs expostos à venda, e durante a revista foram encontrados sacos e caixas com outros CDs e DVDs piratas (fls. 256).

O apelante, em Polícia, afirmou que era proprietário da loja "Adroaldo Acessórios e Variedades" e havia adquirido recentemente o estabelecimento da pessoa denominada "Rafa', juntamente com todas mercadorias e dentre elas os objetos apreendidos. O vendedor do estabelecimento já o havia alertado que os Policiais estiveram no local, razão pela qual guardou os CDs e DVDs em caixas, ao fundo da loja, portanto, os produtos não estavam a venda. No dia dos fatos, Policiais Civis compareceram ao local realizando operação contra a pirataria e revistaram o estabelecimento. Em dado momento, encontraram os CDs e DVDs que estavam acondicionados em caixas e apreenderam os mesmos. Não compareceu em Juízo, tendo sido declarada a revelia (fls. 19 e 254).

Diante desse contexto, não há como se afastar o dolo da conduta de ADROALDO, vez que tinha plena ciência da ilegalidade de sua conduta, qual seja, sabia que os CDs e DVDs se tratavam de pirataria.

O laudo pericial concluiu pela falsidade do material apreendido.

Além disso, pela quantidade de mídias falsificadas apreendidas forçoso concluir que ADROALDO visava o lucro por meio do comércio clandestino de músicas através de reproduções desautorizadas.

Sua conduta, portanto, se enquadra inteiramente nos moldes do art. 184, parágrafo 2º, do Código Penal.

In verbis:

***Art. 184**. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)*

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

Acesso ao Sumário

§ 1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente: (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

§ 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente. (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003) (grifo nosso).

As penas foram fixadas no mínimo legal, eis que as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis, a teor do art. 59, do Código Penal, tornando-se, assim, definitivas ausentes outras circunstâncias agravantes e atenuantes ou causas de aumento de diminuição.

Presentes os requisitos do art. 44, do Código Penal, a pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade pelo mesmo prazo da pena imposta, além de prestação pecuniária equivalente a um salário mínimo nacional, em favor de entidade com fins sociais.

O regime para cumprimento da pena imposta foi o inicial aberto, eis que adequado face ao Princípio da Suficiência, e a teor do art. 33, parágrafo 2º, alínea "c", do Código Penal.

Isso posto, **acolhe-se a preliminar de ilegitimidade *ad causam* com relação ao delito dos 88 DVDs contendo jogos para a plataforma de videogame *Playstation*, negando-se provimento ao restante do apelo defensório.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0012056-64.2015.8.26.0576, da Comarca de Mirassol, em que são apelantes/apelados

WELINGTON DURAN MARTINS e CLAUDINEI BUENO DA SILVA, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, Apelados OSÓRIO DONIZETI BARROSO FILHO e MICAHEL JONATHAN FERNANDES MAGALHAES.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Destarte, nega-se provimento aos recursos defensórios e dá-se parcial ao ministerial, para: a) elevação das penas dos réus Welington e Claudemir a 07 anos, 08 meses e 12 dias de reclusão, mais 17 dias-multa, mantidas as de Michael; b) fixação, também para o último, do regime fechado, como o inicial para o cumprimento das reprimendas; e c) perdimento do bem apreendido, na forma acima. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.979)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), CAMILO LÉLLIS e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 31 de janeiro de 2017.

IVAN SARTORI, Relator

Ementa: Apelações do Ministério Público e defesa – Roubo duplamente majorado – Autoria e materialidade bem comprovadas – Palavras firmes e coerentes das vítimas e dos policiais oficiantes, a corroborarem os confessos – Firme reconhecimento operado em juízo – Condenação de três dos acusados mantida – Absolvição do réu Osório que se sustenta, todavia, dada a ausência de prova de seu envolvimento, quer no delito patrimonial, quer no do art. 348 do CP – Confessos de dois dos condenados que não eram de ser considerados no apenamento, máxime diante do flagrante e recidiva, que é preponderante – Art. 67 do CP – Penas redimensionadas – Causas elevatórias bem delineadas – Emprego de arma que independe da apreensão, e segura a palavra do lesado – Precedentes – Regime fechado necessário para todos os increpados – Perdimento do bem utilizado no crime que se impõe, ausente prova da propriedade e licitude da procedência – Recurso ministerial parcialmente provido, enquanto desprovidos os defensórios.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ação penal em que incursos os réus Michael Jonathan Fernandes Magalhães, Welington Duran Martins, Claudinei Bueno da Silva e Osório Donizeti Barroso Filho, no art. 157, § 2º, I e II, por três vezes, na forma do art. 70, ambos do CP.

A r. sentença, aclarada à fl. 366, é de procedência parcial, absolvido o acusado Osório, com fulcro no art. 386, VII, do CPP, mas impostas, aos outros três, as penas de 06 anos, 07 meses e 06 dias de reclusão, mais 16 dias-multa, diária mínima. Para os réus Welington e Claudinei foi fixado o regime fechado, em razão da reincidência de ambos, enquanto para Michael foi estabelecido o intermediário.

Recorrem o "Parquet" e os condenados Welington e Claudinei.

O Ministério Público quer: a) condenação do réu Osório, pelo delito do art. 348 do CP; b) fixação de regime fechado ao acusado Michael; c) preponderância da reincidência de Wellington e Claudinei sobre os confessos, elevando-se as reprimendas de ambos; e d) decretação do perdimento do veículo utilizado na empreitada criminosa, em favor da União (fls. 326/32).

Já os condenados inconformados buscam a absolvição por fragilidade probatória ou, subsidiariamente, o afastamento da causa de aumento relativa ao emprego de arma (fls. 337/53).

Contrarrazões às fls. 355/64 (Ministério Público), 380/4 (Michael), 386/92 (Claudinei e Wellington) e 394/8 (Osório).

A Procuradoria de Justiça, em parecer do doutor Luís Marcelo Mileo Theodoro, é pelo provimento parcial do recurso ministerial, apenas para que seja considerada a circunstância agravante da reincidência preponderante à atenuante da confissão, e desprovimento dos defensórios (fls. 409/15).

Recursos bem processados.

É o relatório, adotado, no mais, o de primeiro grau.

A teor do flagrante (fls. 02/15 e 02/17 do apenso), do b.o. de fls. 17/27, autos de exibição/ apreensão/entrega/avaliação de fls. 28/32 e 18/21 do apenso, foram os réus pilhados por policiais militares, logo após terem praticado roubo.

É do caderno processual que aqueles são de São José do Rio Preto e, conhecendo o local dos fatos, premeditaram a prática do crime. Assim, dirigiram-se à cidade de Mirassolândia, todos a bordo do veículo Ford Fiesta, placas COH 2950, cor vermelha, o qual, ao azo, era conduzido pelo réu Michael. Em lá chegando, Welington e Claudinei desembarcaram do veículo e se dirigiram à casa lotérica aludida na denúncia, onde, mediante o emprego de arma de fogo, anunciaram o assalto e exigiram a entrega de todo o dinheiro, rendendo os funcionários Olício Martins Júnior e Alba Martino. Não satisfeitos, subtraíram,

Acesso ao Sumário

ainda, os celulares dos ofendidos. Na sequência, evadiram-se, embarcando no Ford Fiesta conduzido por Michael, que os aguardava nas proximidades.

Comunicado o roubo e iniciadas as investigações, logrou-se êxito na localização do Ford Fiesta, que passou a ser perseguido. Em dado momento, Wellington e Claudinei desembarcaram do veículo e empreenderam fuga a pé, adentrando na mata.

Michael, por sua vez, foi capturado por policiais do distrito de Ipiguá, tendo sido com ele encontrados o celular subtraído, parte das roupas utilizadas no crime e a quantia de R$ 10.000,00, proveniente do roubo, além do veículo utilizado na empreitada, que também foi apreendido.

Prosseguiram as buscas à procura dos outros dois roubadores, quando os milicianos obtiveram informações no sentido de que, em determinado local, duas pessoas haviam ingressado num veículo GM Celta, placas ELZ 9507, cor prata.

Localizado o automotor e abordados os ocupantes, constatou-se que Osório estava na direção e, como passageiros, no banco de trás, se encontravam Welington e Claudinei, tendo sido localizados com eles parte dos valores subtraídos da casa lotérica.

Conduzidos à delegacia, os réus Welington e Claudinei foram reconhecidos pelas vítimas, como sendo os autores do roubo.

Na fase inquisitiva, ambos confessaram a ação nefasta.

Wellington contou que, dois dias antes dos fatos, recebeu ligação de pessoa que conhecia pela alcunha de Djou, que o convidou a praticar um assalto a uma casa lotérica na cidade de Mirassolândia. Como estava precisando de dinheiro, aceitou a proposta e combinaram que Claudinei levaria uma réplica de arma de fogo e que Djou passaria na casa de todos, para irem juntos até o local. Lá chegando, aguardaram a abertura do estabelecimento, quando desembarcou do carro na companhia de Claudinei, enquanto Djou manteve o motor ligado e o auto na esquina. Ao entrarem na lotérica, de posse da réplica de arma de fogo, anunciou o assalto, oportunidade em que a mulher o levou até o local onde estava escondido o dinheiro, ao passo que Claudinei ficou cuidando do homem na outra sala. Concluído o roubo, saíram correndo e entraram no carro, evadindo-se em disparada. Trafegavam pela estrada vicinal sentido Ipiguá, momento em que se depararam com uma viatura que passou a perseguí-los. Claudinei jogou pela janela o simulacro. Desembarcou do veículo e, na companhia de Claudinei, correram para a mata, lá permanecendo até terem certeza de que os policiais haviam ido embora. Passado algum tempo, caminhavam pelo acostamento, quando Claudinei ligou para o cunhado vir buscá-lo. Logo chegou Osório e, quando já se encontravam em Rio Preto, foram abordados por policiais militares, os quais acabaram encontrando a mochila com o dinheiro. Claudinei

Acesso ao Sumário

não falou para o cunhado que haviam praticado roubo e tem certeza de que ele desconhecia a prática delituosa (fls. 10/1).

Claudinei disse que dois meses antes dos fatos esteve em Mirassolândia, quando percebeu que lá havia uma casa lotérica funcionando, oportunidade em que se interessou em assaltá-la. Então, convidou o amigo Djou (réu Michael), restando acertado que ele ficaria no "cavalo" (no carro). Foi ele quem convidou Wellington, o qual participaria ativamente do roubo. Combinaram que levariam consigo uma réplica de arma de fogo, tipo pistola, calibre 380, e que Djou passaria na casa de todos com um veículo Ford Fiesta vermelho. Chegaram na lotérica por volta das 07h40 e, quando as portas foram abertas, desembarcou do veículo na companhia de Wellington, o qual, com o simulacro em punho, entrou no estabelecimento anunciando o assalto. Ficou na porta, cuidando da rua, enquanto Welington recolhia o dinheiro. Na sequência, saíram correndo e entraram no carro em que Djou os aguardava. Evadiram-se, mas, quando estavam na estrada vicinal sentido Ipiguá, passaram a ser perseguidos por uma viatura. Nesse momento, jogou pela janela o simulacro. Mais a frente, desembarcou do carro na companhia de Wellington, entrando ambos na mata. Ficaram ali escondidos e, quando saíram, conseguiram pegar carona com um caminhoneiro, que os levou até Rio Preto. Lá, ligou para o cunhado Osório, pedindo para que fosse busca-lo, porém, sem dizer o que havia ocorrido. Logo chegou o parente com o veículo da empresa e, no trajeto para casa, foram abordados por duas viaturas. De início tentou disfarçar, dizendo que trabalhavam todos na mesma empresa de Osório, porém, após a localização do dinheiro, acabaram confessando o roubo à lotérica em Mirassolândia (fls. 14/5).

Osório, por sua vez, contou que trabalha na empresa Inova Segurança Eletrônica e que, na data dos fatos, se dirigia a sua residência, quando recebeu uma ligação do cunhado Claudinei. Ele dizia que estava trabalhando nas proximidades do trevo de Ipiguá, numa chácara, e pedia para ir busca-lo. Então, foi até o local com o carro da empresa, encontrando Claudinei na companhia de uma pessoa que não conhecia. Então, ambos entraram no banco de trás, o que achou estranho, mas resolveu não questioná-los. No trajeto, Claudinei nada falou acerca do assalto à lotérica e, quando trafegavam pela Rua Valentim Gentil, foram abordados por duas viaturas, momento em que ouviu Claudinei dizer "caiu". Após serem revistados, os milicianos encontraram no carro uma mochila contendo expressiva quantia em dinheiro, oportunidade em que Claudinei acabou confessando o roubo (fls. 12/3).

Já Michael preferiu o silêncio (fl. 12 do apenso).

Em Juízo, Welington e Claudinei sustentaram o confesso. O primeiro acrescentou que não conhecia Osório, pessoa que apenas foi buscá-los a pedido de Claudinei. Asseverou que ele não tem qualquer envolvimento com os fatos e nada sabia acerca do roubo, pois, quando foi buscá-los, disseram a ele que

Acesso ao Sumário

estavam trabalhando. Como estavam sujos de terra, ele acreditou. Já Michael provavelmente de tudo sabia, até porque é amigo de Claudinei e certamente devem ter conversado. Claudinei, por sua vez, esclareceu que combinou com Michael e Wellington a prática do assalto, sendo que ambos de tudo sabiam, ficando acertado que Michael ficaria na condução do veículo. Depois do roubo, ligou para o cunhado, que apenas foi buscá-los, sem nada saber acerca do crime (mídia de fl. 205).

Michael disse que foi convidado por Claudinei para cometer um furto. Assim, na companhia de Claudinei e Wellington, se dirigiram à casa lotérica, todos a bordo do Fiesta de sua genitora. Lá chegando, parou o veículo nas proximidades da lotérica, oportunidade em que os outros dois entraram no estabelecimento. Depois, deixaram o local, porém, foram perseguidos e os dois fugiram. Não sabia que eles iriam cometer um roubo e que tinham arma. Negou a localização de dinheiro e do celular subtraído no interior do veículo (mídia de fl. 205).

Osório também sustentou a versão antes apresentada, insistindo na negativa, dizendo que apenas foi buscar o cunhado, sem nada saber do roubo por ele praticado (mídia de fl. 205).

E as testemunhas de defesa do réu Osório, confirmaram que trabalhavam com ele.

Robson esclareceu que, no dia dos fatos, saíram da empresa para prestar serviços em um supermercado por volta das 08h15. Às 12h00, se separaram e Osório ficou de pegá-lo com o Celta da empresa às 15h00, vindo depois a saber que ele fora preso. Rafael confirmou o quanto declarado por Robson, afirmando que é proprietário da empresa, na qual trabalha o acusado (mídia de fl. 205).

Por seu turno, as testemunhas de defesa do réu Michael nada de relevante acrescentaram. Não presenciaram os fatos, limitando-se a atestar as qualidades pessoais do arrolante (mídia de fl. 205).

E os confessos acabaram roborados em juízo, ratificadas que foram as declarações das vítimas e testemunhas, operando-se, mais uma vez, firme reconhecimento dos réus Welington e Claudemir (fls. 08/9 e mídia de fl. 205).

Cediço que, em casos tais, a palavra da vítima assume máxima relevância, justamente porque, a par de se tratar de infração cometida, em regra, à sorrelfa, ausente interesse seu em increpar, graciosamente, o acionado.

Nessa linha:

"Nada há nos autos a indicar que a vítima tivesse qualquer razão ou motivo lógico para atribuir falsamente ao réu a autoria dos fatos. A palavra da vitima, no caso, assume papel preponderante e goza da presunção da veracidade, assumindo especial relevância no deslinde da controvérsia, merecendo total crédito, não sendo crível que alguém

Acesso ao Sumário

incrimine inocente que não conhece e sem motivos, daí porque os seus relatos merecem todo o crédito, porque não teriam elas qualquer proveito em mentir. Conforme sabido, a palavra da vítima tem relevo especial em delitos contra o patrimônio." (Apelação Criminal, nº 0007991-78.2002.8.26.0609, Rel. Des. Paulo Rossi, j. 26/03/14);

"Narra a denúncia que no dia 17 de outubro de 2011, por volta das 22 horas, na Avenida Morumbi, em São Paulo, o acusado mediante grave ameaça e violenta física, subtraiu a bolsa de propriedade de Senira Lurdes de Campo. (...). No tocante a validade do depoimento da vítima, insta acentuar que, em delitos desta natureza, as palavras das vítimas tem forte peso, até porque raramente pessoas que não estão diretamente envolvidas presenciam o ocorrido, geralmente praticado na clandestinidade. É o entendimento nas Cortes Paulistas, 'quando a palavra do agente passivo é harmônica, na Polícia e em Juízo, e se traduz no reconhecimento dos acusados como praticantes do roubo, é forçoso convir pela existência de prova mais que suficiente à condenação, pois a vítima não tem motivo para incriminar gratuitamente alguém que, até então, não conhecia' (RJTacrim 31/79). (...). Descabido o pleito de desclassificação para o crime de furto, uma vez que a subtração ocorreu com violência e grave ameaça, tendo a própria vítima narrado que o acusado puxou sua bolsa com força e a ameaçou de morte caso não entregasse o bem." (Apelação Criminal nº 0090617-70.2011.8.26.0050, Rel. Des. Camilo Léllis, j. 27.03.14).

Igualmente, os policiais oficiantes bem reconheceram os réus, como sendo os indivíduos detidos na posse da res.

Luiz Augusto Ferreira e Vanderlei Maranho confirmaram a detenção do condutor do Ford Fiesta vermelho. Depois, quando procuravam os outros dois roubadores, um denunciante disse ter visto duas pessoas saírem do mato, nas proximidades do trevo de Ipiguá, e entrarem correndo em um GM Corsa, de cor prata, ambos no banco traseiro. Prosseguiram nas diligências, logrando êxito na localização do veículo, que, ao azo, era ocupado por três indivíduos. Ao perceberem a presença policial, os dois que estavam no banco traseiro se abaixaram. Abordados, foi localizado, sob o banco do passageiro, uma pequena mochila, em cujo interior havia vários pacotes de dinheiro, divididos em maços presos com elástico e envolvidos em papel com a inscrição "lotérica". Indagados, Welington e Claudemir acabaram confessando o roubo à casa lotérica na cidade de Mirassolândia e que haviam escondido a arma na mata. Já Osório tudo negou, dizendo que de nada sabia, pois foi apenas buscar o cunhado a seu pedido. No mesmo sentido, as palavras do policial Fernando Batista da Silva (fls. 03/4, 06/7 e mídia de fl. 205).

Não é de suspeitar-se da narrativa dos agentes da lei, em inexistindo fator

Acesso ao Sumário

ao revés e prestando eles compromisso como qualquer testemunha.

Nessa senda:

"(...) 1. É válido o depoimento de agentes policiais ou de quaisquer outras testemunhas, ainda que colhidas na fase inquisitorial, desde que estejam em conformidade com o conjunto probatório produzido nos autos. Precedentes (...)." (STJ – AgRg no AREsp 486621/RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 10.12.2014);

"(...) 1. A consideração de depoimentos de policiais, conforme já decidido por esta Corte, não é causa de nulidade ou ilegalidade se, como na espécie, esta prova passar pelo crivo do contraditório, onde serão coligidos outros elementos aptos a formar o convencimento do Juiz (...)." (STJ – RHC 49343/PE, Relª. Minª Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, Dje 27.11.2014);

"(...) 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." (STJ – HC 217475, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 09.11.2011);

Também desta Casa de Justiça:

"(...) E não há que se desmerecer a palavra dos policiais, pois não são suspeitos, apenas pela função que ocupam. Ao revés, por serem agentes públicos investidos em cargos cujas atribuições se ligam umbilical e essencialmente à segurança pública, não têm qualquer interesse em prejudicar inocentes, principalmente quando os relatos apresentados são coerentes e seguros, de maneira que, não havendo absolutamente nada no conjunto probatório que desabone seus testemunhos, a estes deve ser conferida relevante força probante" (Apelação nº 0041502-75.2014.8.26.0050, 4ª Câmara, Rel. Camilo Léllis, j. 28/04/15).

Como se vê, há robusto conjunto probatório a respaldar a condenação, não se cogitando de falta ou insuficiência de provas em relação aos sentenciados, tanto que um deles, confesso, se mostrou conformado com o édito condenatório (Michael).

Mas, preservada a posição ministerial, a absolvição do réu Osório deve ser mantida.

É que não se vislumbra qualquer elemento a comprovar sua participação, quer no delito patrimonial, quer naquele do art. 348 do CP, como apregoa o *Parquet.*

Com efeito, os acusados Claudemir e Welington, desde a fase inquisitiva, vêm afirmando que Osório nada sabia acerca do assalto à casa lotérica em Mirassolância, pois apenas atendeu a um pedido do cunhado, para ir buscá-lo

Acesso ao Sumário

(fls. 10/1, 14/5 e mídia de fl. 205).

Osório também prestou declarações de forma coerente, sempre asseverando que apenas foi ao local por ter Claudemir lhe telefonado e solicitado uma carona próximo ao trevo de Ipiguá (fls. 12/3 e mídia de fl. 205).

E as testemunhas de defesa Robson e Rafael, colega de trabalho e empregador do acusado, confirmaram a presença dele no serviço, naquele dia (mídia de fl. 205).

Também os policiais responsáveis pelo flagrante esclareceram que o motorista do Celta (Osório), de pronto, negou a participação no delito, o que foi confirmado pelos demais detidos, que confessaram o crime (fls. 03/4, 06/7 e mídia de fl. 205.)

Do mesmo modo, não há nos autos nenhum indicativo a evidenciar sua intenção de auxiliá-los na fuga, não se admitindo presunção, a partir de possível prática delitiva, notadamente em se tratando de matéria penal.

Logo, mais adequado o "non liquet".

Passa-se à dosimetria.

Para os três acusados, as bases ficaram no linde inferior, em 04 anos de reclusão e 10 dias-multa.

Na sequência, houve a elevação de 1/6, pela recidiva de Wellington e Claudinei (fls. 04 e 09/10 do apenso e consulta ao sistema), chegando-se a 04 anos e 08 meses de reclusão.

Porém, reconhecida a confissão, retornaram as penas de ambos ao patamar inicial, com o que não se conforma o Parquet.

E com razão.

É que, 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.

No particular, confira-se o entendimento do Pretório Excelso:

"Ementa: Habeas Corpus substitutivo de recurso ordinário. Roubo circunstanciado. Compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Impossibilidade. 1. O acórdão impugnado está em conformidade com a jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, a teor do art. 67 do Código Penal, 'a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada' (RHC 110.727, Rel. Min. Dias Toffoli) (...)" (STF – Primeira Turma – HC 105.543, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 29.04.2014);

"Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS.

PENAL. DELITO DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. RECONHECIMENTO DA OCORRÊNCIA DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA CONTROVERTIDA. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. CONCURSO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. I No caso concreto, para se chegar à conclusão pela existência da confissão espontânea, faz-se necessário o incurso no acervo fático-probatório, o que é incabível na estreita via eleita. II Nos termos do art. 67 do Código Penal, no concurso de atenuantes e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. No caso sob exame, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada. Precedentes. III Recurso ordinário ao qual se nega provimento." (STF – Segunda Turma – HC 120.677/SP, Rel. 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).

Não bastasse, as confissões externadas foram qualificadas, parciais, negado que foi o emprego de arma de fogo, não sendo o caso, por mais esse motivo, de trazer à colação a atenuante.

Nessa linha:

"(...) A incidência da atenuante prevista no artigo 65, inciso III, 'd', do Código Penal não poderia ser reconhecida, porquanto caracterizada apenas a chamada 'confissão qualificada', pela qual circunstâncias relevantes do fato são negadas com a finalidade de redução da responsabilidade penal. Além disso, a fixação das bases nos mínimos legais impediria a redução das penas". (TJSP – Apelação nº 0052339-71.2011.8.26.0576, Rel. Des. Otávio Henrique, 9ª Câmara Criminal, j. 08/05/2014);

"(...) Também não comporta acolhimento o pleito formulado para reconhecimento da atenuante da confissão espontânea de Bruno, ato de colaboração com a busca da verdade processual, contemplando ao agente que, espontaneamente, admite seu envolvimento na infração penal, uma minoração da pena, pois inexistente em juízo ato de confissão indicativo de recuperação ou arrependimento. Veja-se que ele assumiu a propriedade das drogas, e tentou isentar de qualquer atuação a corré, a qual, no entanto, de acordo com a notícia anônima repassada aos

Acesso ao Sumário

policiais militares, também traficava. Portanto, sua confissão foi relativa e não enseja a aplicação do referido instituto (...)" (TJSP – Apelação nº 0065990-67.2012.8.26.0114, Rel. Des. Cardoso Perpétuo, 13ª Câmara Criminal, j. 05/06/2014).

Então, ficam as sanções de Welington e Claudemir em 04 anos e 08 meses de reclusão e 11 dias-multa, nesta etapa.

Ao depois, houve o acréscimo de 1/5 pelo concurso formal, chegando-se a: a) 04 anos, 09 meses e 18 dias de reclusão mais 12 dias-multa, para Michael; e b) 05 anos, 07 meses e 06 dias de reclusão e 13 dias-multa, para Wellington e Claudemir.

Na sequência, praticou-se a elevação de 3/8, pelas duas causas de aumento (emprego de arma e concurso de agentes).

Houve inversão na operação, porque o concurso era de ser aplicado na última etapa.

Mas, não há reclamo a respeito, nem prejuízo para os denunciados, em função dessa impropriedade, porque o resultado final é o mesmo.

E evidentes as majorantes especiais, haja vista os seguros depoimentos dos ofendidos, os quais, de forma firme e congruente, deram conta da dinâmica do ocorrido, bem esclarecendo terem sido três os ladrões, que empregaram arma de fogo durante a prática delitiva, esclarecendo Alba Martino, inclusive, que ela era preta e grande. Já Olício disse que não conhece armas e que o ladrão que empunhava o artefato estava muito nervoso e a todo momento dizia que o mataria (fls. 08/9 e mídia de fl. 205).

Saliente-se que a causa do emprego de arma independe da apreensão e perícia do artefato, se comprovada pela palavra da vítima e/ou prova testemunhal, como na espécie.

Nessa senda:

"PENAL. MAJORANTE PREVISTA NO ART. 157, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. USO DE ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE DE PERÍCIA QUANDO COMPROVADO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. Firme nesta Corte Superior o entendimento de que, para que incida a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, é prescindível a apreensão e perícia de arma de fogo, quando existentes outros meios aptos a comprovar o seu efetivo emprego na ação delituosa, como a palavra da vítima ou o depoimento de testemunhas." (STJ AgRg no REsp 1413231/MG, Relª. Minª. Marilza Maynard, Sexta Turma, DJe 30/09/14);

"(...) 4. Esta Turma, em diversos julgamentos, admitiu que o firme e coeso depoimento da vítima é, por si só, hábil a comprovar o emprego da

Acesso ao Sumário

arma de fogo no delito de roubo: HC 116.487/GO, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 18/10/2010; HC 159.854/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 28/06/2010; REsp 1.111.783/RS, Rel. Min JORGE MUSSI, DJe de 21/06/2010; HC 135.663/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 12/04/2010." (STJ – HC 204247, Rel. Minª Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 02/10/12);

"A Terceira Seção pacificou o entendimento no sentido da desnecessidade de apreensão e perícia da arma de fogo para que seja configurada a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, desde que os demais elementos probatórios demonstrem sua utilização na prática do delito. 2. Este Tribunal firmou entendimento de que há consumação do crime de roubo com a simples posse de coisa alheia móvel, subtraída mediante violência ou grave ameaça, mesmo que haja perseguição policial e seja o agente preso logo em seguida. Precedentes." (STJ – HC 192831, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, j. 25/04/12).

Com efeito, a presença de duas qualificadoras torna, de fato, a conduta mais grave, mostrando-se adequada a fração eleita, máxime em sendo três os agentes e de fogo a arma, o que a implicar maior potencial lesivo e, portanto, de intimidação.

Penas finais, já redimensionadas: a) 06 anos, 07 meses e 06 dias de reclusão, mais 16 dias-multa, diária mínima, para Michael; e b) 07 anos, 08 meses e 12 dias de reclusão, mais 17 dias-multa, para Wellington e Claudemir.

Outrossim, cabente o regime prisional inicial fechado para os três condenados, não só pela extrema gravidade da conduta, que vem provocando desassossego na sociedade, mas, ainda, porque demonstraram eles frieza, ousadia, sintonia íntima na execução do delito e profissionalismo, sem falar na reincidência de Wellington e Claudemir.

Tudo a externar profunda intimidade com a atividade espúria e alta periculosidade.

De fato, manifesto o risco à incolumidade pública, particularidade a determinar sejam eles segregados do meio social, até porque a alínea "b" do parágrafo 2º, do art. 33 do Estatuto Repressivo se vale do termo "poderá", a indicar faculdade.

Nesse sentir:

"APELAÇÃO CRIMINAL – Roubo majorado pelo emprego de arma e concurso de agentes (...). (...) o regime inicial era mesmo o fechado. A ré praticou delito que se reveste de especial gravidade, revelando indisfarçável índole má e agressiva. Logo, são crimes como o tal que mantém a sociedade em constante estado de temor e intranquilidade, pela audácia e sangue frio com que agem pessoas como a apelante, cabendo

ao Poder Judiciário, nas circunstâncias atuais, combater esse trauma coletivo de medo, reeducando pessoas e estabelecendo a calma aos cidadãos que cumprem as normas para o convívio em sociedade. Sobre a questão, brilhante ponderação do Eminente Desembargador Souza Nery, in verbis: 'O regime inicial fechado é o único aplicável a autores de roubo, ainda que primários e independentemente do montante da pena imposta, máxime se qualificada a infração' (TJSP, 9ª Câmara de Direito Criminal, Apelação n° 0029506-51.2012.8.26.0050, j. 04.04.2013). No mesmo sentido, decidiu o Excelso Pretório que 'O regime inicial fechado para o cumprimento da pena pela prática do crime de roubo qualificado é o adequado à reprimenda, ainda que se trate de réu primário' (STF, HC nº 74.301-3/SP, DJU 6.12.96, pág. 48.711) (...)." (Apelação nº 0061499-83.2010.8.26.0050, 3ª Câmara Criminal Extraordinária, Rel. Silmar Fernandes, j. 13.02.2014);

"(...) o regime inicial de cumprimento da pena deve ser o fechado, seja porque é o único adequado para a prevenção e reprovação de crimes dessa natureza (roubo qualificado), seja porque a concessão de regime diverso do fechado a autores de crime de roubo anula a finalidade intimidante da pena, estimulando a subtração da coisa alheia móvel, mediante violência ou grave ameaça à pessoa, ainda que se trate de réu primário (...)." (Apelação nº 0002760-12.2011.8.26.0106, 2ª Câmara Criminal Extraordinária, Rel. Aguinaldo de Freitas Filho, j. 14.03.2014).

Por fim, também com razão o *Parquet*, quanto à necessidade de decretação do perdimento do veículo Ford Fiesta, placas COH 2950, utilizado no crime.

O réu Michael, em interrogatório judicial, asseverou que o veículo é de propriedade de sua genitora (mídia de fl. 205).

E, diante de singelo pedido de restituição do bem em sede de memoriais (fl. 249), o douto magistrado entendeu que a coisa deveria ser restituída mediante pedido (fl. 281).

Ocorre que, nada foi trazido pela defesa de modo a comprovar a propriedade ou a licitude da procedência do automotor, cuja documentação sequer foi apresentada.

É verdade que há notícia de que o veículo pertenceria à genitora do acusado, mas, ao que se constata do b.o. de fl. 15 do apenso, o bem se encontra registrado em nome de Irineu Aparecido Limonte, pessoa que não veio aos autos e que não guarda qualquer relação com o condenado.

Daí por que de rigor o perdimento do auto em favor da União, a teor do art. 91, II, do CP.

Destarte, nega-se provimento aos recursos defensórios e dá-se parcial ao ministerial, para: a) elevação das penas dos réus Welington e Claudemir a

Acesso ao Sumário

07 anos, 08 meses e 12 dias de reclusão, mais 17 dias-multa, mantidas as de Michael; b) fixação, também para o último, do regime fechado, como o inicial para o cumprimento das reprimendas; e c) perdimento do bem apreendido, na forma acima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000070-70.2015.8.26.0558, da Comarca de Borborema, em que são apelantes MARLON SIQUEIRA MARTINS e ADRIANO GOMES PEÇANHA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO PARCIAL aos recursos das Defesas, para reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de furto e os crimes de desobediência, bem como a atenuante pela confissão, condenando ADRIANO GOMES PEÇANHA às penas de 04 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e o pagamento de 34 dias multa, no piso, por incurso no artigo 155, §§ 1º e 4º, incisos I e IV, por duas vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal, e às penas de 23 dias de detenção, em regime inicial semiaberto, e o pagamento de 24 dias multa, no piso, por incurso no artigo 330, "caput", por duas vezes, na forma do artigo 71, ambos do Código Penal; e MARLON SIQUEIRA MARTINS às penas 04 anos, 04 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e o pagamento de 32 dias multa, no piso, por incurso no artigo 155, §§ 1º e 4º, incisos I e IV, por duas vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal, e às penas de 21 dias de detenção, em regime inicial semiaberto, e o pagamento de 22 dias multa, no piso, por incurso no artigo 330, "caput", por duas vezes, na forma do artigo 71, ambos do Código Penal. Comunique-se ao Juízo das Execuções. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.056)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente sem voto), OTAVIO ROCHA e REINALDO CINTRA.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2017.

FREITAS FILHO, Relator

Ementa: Apelação – Furto e Desobediência – Condenação – Apelos Defensivos – Reconhecimento da continuidade delitiva – Possibilidade entre os

Acesso ao Sumário

crimes de furto e entre os crimes de desobediência – Reconhecimento da atenuante pela confissão – Possibilidade para os crimes de furto e para o crime de desobediência praticado em Catanduva – Demais pedidos – Incabíveis – Dado parcial provimento aos recursos.

VOTO

Vistos.

Ao relatório da r. sentença, que adoto, acrescento que **MARLON SIQUEIRA MARTINS** foi condenado ao cumprimento de 07 anos, 03 meses e 02 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 32 dias multa, no piso, por incurso no artigo 155, §1º e §4º, incisos I e IV, por duas vezes, e à pena de 01 mês e 04 dias de detenção, no regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 22 dias multa, no piso, por infringência ao disposto no artigo 330, "caput", do Código Penal, por duas vezes; e **ADRIANO GOMES PEÇANHA** foi condenado à pena de 07 anos, 05 meses e 18 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 36 dias multa, no piso, por incurso no artigo 155, §1º e §4º, incisos I e IV, do Código Penal, por duas vezes, e à pena de 01 mês e 04 dias de detenção, no regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 22 dias multa, por infringência ao disposto no artigo 330, "caput, do Código Penal, por duas vezes (fls. 285/289 e 329).

Inconformado, apelam as Defesas, no prazo legal, objetivando, para o corréu Adriano, o reconhecimento da confissão, com a aplicação de todos os benefícios possíveis para que atenuem a pena do Acusado e seja afastada quaisquer agravantes, não devendo ser esquecida a figura do "sursis" (fls. 411/423).

Já, para o corréu Marlon, requer que seja excluída reconhecida a continuidade delitiva entre os crimes, bem como a fixação do regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena (fls. 425/435).

Contra-arrazoado os recursos (fls. 437/444), subiram os autos a este E. Tribunal.

A D. Procuradoria de Justiça ofereceu parecer pelo não provimento dos recursos interpostos (fls.454/459).

É o relatório.

Narra a denúncia que, no dia 06 de março de 2015, às 22h50min, na Rua (...), cidade e comarca de Borborema, os acusados, juntamente com terceiro não identificado, previamente ajustados, com unidade de propósitos e desígnios, subtraíram, para si, durante o repouso noturno, mediante rompimento de obstáculo, 02 controles remotos, marcas "LG" e "SKY", 01 televisor de LED,

Acesso ao Sumário

marca "LG", de cor preta, 01 vídeo- game "XBOX 360", 02 jogos de vídeo-game, 01 controle de vídeo game, 01 fronha contendo diversas bijuterias, como brincos, correntes, anéis, colares, e pulseiras, 01 perfume, marca "Azzaro", e 01 caixa com 02 aros e 01 pulseira, marca "Dumont", pertencentes à vítima Adilson Roberto Vessoni, perfazendo um total de aproximadamente R$1.620,00, conforme auto de avaliação indireta às fls. 38/40.

Consta também, que no dia 06 de março de 2015, aproximadamente às 23h, na Rua (...), cidade e comarca de Borborema, os acusados, e terceiro não identificado, previamente ajustados, com unidade de propósitos e desígnios, subtraíram, para si, durante o repouso noturno, mediante rompimento de obstáculo, uma lanterna, marca "Palmeiras", 01 televidor de LED, marca "LG", de cor prata, 04 anéis dourados, 02 colares dourados, a quantia de R$50,00 em dinheiro, e 01 celular, marca "Samsung", pertencentes à vítima Marcos Antônio, perfazendo um total de aproximadamente R$300,00, conforme auto de avaliação indireta às fls. 38/40.

Consta que minutos depois, na cidade de Itajobi/SP, os acusados, e terceiro não identificado, desobedeceram a ordem legal dos policiais militares da cidade de Itajobi/SP.

Consta, ainda, que minutos depois, agora na Avenida Antônio Stocco, 1ª Rotatória, cidade e comarca de Catanduva, os acusados, e terceiro não identificado, desobedeceram a ordem legal dos policiais militares Marco Antônio de Gois e João Antônio Martins Júnior.

Segundo restou apurado, os acusados bem como um terceiro indivíduo não identificado, moradores da cidade de Sertãozinho/SP, decidiram sair pelos municípios da região, utilizando o veículo GM Astra, pertencente ao terceiro, para praticarem furtos em algumas residências aleatórias, dessa forma, após combinarem como iriam agir, furtaram um casa na cidade de Itápolis/SP, e na sequencia dirigiram-se para a cidade e comarca de Borborema.

Ao chegarem na cidade de Borborema, escolheram a residência da vítima Adilson Roberto, pararam o veículo defronte a mesma, bateram palmas para se certificarem de que os moradores não estavam, depois, forçaram as fechaduras do portão e da porta com alicate de pressão e uma chave de fenda para conseguirem entrar na casa, vasculharam todo o local e subtraíram os bens já descritos. Após, colocaram tudo no carro e foram furtar outra casa, localizada um pouco próxima da primeira.

Acesso ao Sumário

Nesta segunda residência, também fizeram o uso do alicate de pressão e da chave de fenda para danificarem o portão eletrônico e a porta "blindex" e assim conseguiram acessar o interior da casa da vítima Marcos Antônio, quando então subtraíram os objetos supramencionados.

Na sequencia, decidiram retornar para a cidade de Sertãozinho/SP, durante

o caminho, na cidade de Itajobi/SP, passaram em um posto de combustível para abastecer o veículo, quando o motorista acabou entrando em uma rua na contramão de direção, chamando a atenção dos policiais militares que passavam pelo local, os quais deram sinal de parada, que não foi respeitado, de forma que os acusados e o terceiro aceleraram o veículo e foram em direção à cidade de Catanduva/SP.

Dessa forma, os policiais militares de Itajobi avisaram os policiais militares de Catanduva sobre a fuga, sendo que esses prepararam um cerco ao veículo quando este chegasse à cidade, então, quando os policiais visualizaram o carro vindo em alta velocidade posicionaram a viatura para poder acompanhar o veículo em fuga, no entanto, quando o GM Astra passou pela rotatória acabou colidindo contra a traseira de um Fiat Uno arremessando-o contra o canteiro lateral da via. Em seguida, os acusados e o terceiro, desrespeitando a ordem dos policiais para desceram do veículo, continuaram acelerando o mesmo contra a viatura insistentemente e de forma violenta, com o objetivo de empreenderem fuga novamente, quando os policiais conseguiram deter um dos acusados que estava no banco dianteiro, enquanto os outros dois ocupantes do carro saíram correndo. Um deles foi detido pouco depois por outra viatura da polícia, enquanto que o outro, que seria o motorista do GM Astra, correu em direção a algumas empresas existentes no local, efetuou alguns disparos contra os policiais, e logrou êxito em fugir.

Dito isto, primeiramente, quanto a ocorrência dos fatos e a responsabilidade dos acusados dúvida alguma paira, as quais restaram incontestes, não sendo objeto dos recursos ora analisados.

Insurge-se a Defesa do Corréu Marlon, porém, quanto ao reconhecimento da continuidade delito e a concessão de regime mais brando para o cumprimento da pena, e a Defesa do Corréu Adriano, busca a redução da pena aplicada com a concessão dos benefícios cabíveis e o reconhecimento da atenuante pela confissão.

Os pedidos, em que pese o entendimento do d. Procurador de Justiça, merecem parcial provimento.

De início, cumpre reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de furto. Isto porque eles se enquadram nos requisitos que configuram este instituto, quais sejam, crimes da mesma espécie, praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução. É que, os furtos foram praticados em curtíssimo espaço de tempo, da mesma forma, com os mesmos meios, e em locais bem próximos, restando caracterizado o crime continuado.

O mesmo se diz com relação aos crimes de desobediência, os quais claramente foram praticados um em continuidade do outro, uma vez que os acusados estavam em fuga.

Acesso ao Sumário

Mas não é só.

Verifica-se a necessidade do reconhecimento da atenuante pela confissão de ambos os réus para os crimes de furto e para o crime de desobediência praticado na cidade de Catanduva.

Sendo assim, passam-se às penas.

Para o corréu Marlon:

Na primeira etapa da dosimetria da pena, considerando o disposto no artigo 59 do Código Penal, para os crimes de desobediência a pena base foi mantida no mínimo legal de 15 dias de detenção e o pagamento de 10 dias multa.

Já o crime de furto, presente duas qualificadoras, concurso de agentes e rompimento de obstáculo, uma delas foi utilizada para qualificar o crime, e a outra é considerada como circunstância desfavorável ao réu, assim, permanece o aumento aplicado em 1/6, perfazendo a pena de 02 anos e 04 meses de reclusão, e o pagamento de 11 dias multa, no piso.

Na segunda fase, presentes uma causa atenuante, a confissão, e uma agravante, a reincidência (fls. 06/07 e 09 do apenso, processo 64/2008), observa-se a preponderância da segunda em relação à primeira, conforme disposto no artigo 67 do Código Penal. Destaca-se, ainda a reincidência específica dos crimes de furto. Portanto, majoram-se as reprimendas em 1/8, perfazendo, 16 dias de detenção, e o pagamento de 11 dias multa, para o crime desobediência na cidade de Catanduva, e de 02 anos, 07 meses e 15 dias de reclusão, e o pagamento de 12 dias multa, para os crimes de furto. Por sua vez, para o crime de desobediência praticado na cidade de Itajobi, permanece o aumento em 1/6, perfazendo a pena de 17 dias de detenção, e o pagamento de 11 dias multa.

Após, devidamente reconhecida a causa de aumento de pena pelos furtos terem sido cometidos durante o repouso noturno, as reprimendas foram majoradas em 1/3, totalizando 03 anos e 06 meses de reclusão, e o pagamento de 16 dias multa.

Ainda aqui, afastado o concurso material, aplica-se a continuidade delitiva entre os crimes de furto na fração de 1/4, considerando as circunstâncias do crime, especialmente a quantidade de bens furtados, resultando na pena de 04 anos, 04 meses e 15 dias de reclusão, e o pagamento de 32 dias multa, no piso, uma vez que a pena de multa segue o disposto no artigo 72 do Código Penal.

Reconhecida, também, a continuidade delitiva para os crimes de desobediência, aplica-se da pena mais grave, aumentada igualmente em 1/4, considerando as circunstâncias dos fatos, especialmente o perigo causado pela conduta dos acusados, que fugiram da polícia na condução de um veículo e acabaram colidindo com um terceiro auto. Portanto, a reprimenda aqui totaliza 21 dias de detenção, e o pagamento de 22 dias multa, no piso, uma vez que a pena de multa segue o disposto no artigo 72 do Código Penal.

Acesso ao Sumário

Ato contínuo, não se alteram os regimes fixados, bem como é impossível a concessão de qualquer benefício, pois não seriam suficientes diante das circunstâncias do caso em si e, principalmente, a reincidência do réu que, diga-se, é específica para os crimes de furto. Desse modo, permanece a reclusão em regime inicial fechado, e a detenção em regime inicial semiaberto.

Para o corréu Adriano:

Na primeira etapa da dosimetria da pena, considerando o disposto no artigo 59 do Código Penal, verifica-se que este corréu ostenta maus antecedentes (fls. 13/14 do apenso, processo 317/2004), portanto as básicas foram acrescidas em 1/6, perfazendo 17 dais de detenção, e o pagamento de 11 dias multa, para os crimes de desobediência.

Já o crime de furto, presente duas qualificadoras, concurso de agentes e rompimento de obstáculo, uma delas foi utilizada para qualificar o crime, e a outra é considerada como circunstância desfavorável ao réu, assim, permanece o aumento aplicado em 1/5, tendo em vista os maus antecedentes, 02 anos, 04 meses e 24 dias de reclusão, e o pagamento de 12 dias multa.

Na segunda fase, presentes uma causa atenuante, a confissão, e uma agravante, a reincidência (fls. 14/15 e 19/20 processos 5111/09 e 2865/10), observa-se a preponderância da segunda em relação à primeira, conforme disposto no artigo 67 do Código Penal. Destaca-se, ainda a reincidência específica dos crimes de furto. Portanto, majoram-se as reprimendas em 1/8, perfazendo, 19 dias de detenção, e o pagamento de 12 dias multa, para o crime desobediência na cidade de Catanduva, e de 02 anos, 08 meses e 12 dias de reclusão, e o pagamento de 13 dias multa, para os crimes de furto. Por sua vez, para o crime de desobediência praticado na cidade de Itajobi, permanece o aumento em 1/6, perfazendo a pena de 19 dias de detenção, e o pagamento de 12 dias multa.

Após, devidamente reconhecida a causa de aumento de pena pelos furtos terem sido cometidos durante o repouso noturno, as reprimendas foram majoradas em 1/3, totalizando 03 anos, 07 meses e 06 dias de reclusão, e o pagamento de 17 dias multa.

Ainda aqui, afastado o concurso material, aplica-se a continuidade delitiva entre os crimes de furto na fração de 1/4, considerando as circunstâncias do crime, especialmente a quantidade de bens furtados, resultando na pena de 04 anos e 06 meses de reclusão, e o pagamento de 34 dias multa, no piso, uma vez que a pena de multa segue o disposto no artigo 72 do Código Penal.

Reconhecida, também, a continuidade delitiva para os crimes de desobediência, aplica-se da pena mais grave, aumentada igualmente em 1/4, considerando as circunstâncias dos fatos, especialmente o perigo causado pela conduta dos acusados, que fugiram da polícia na condução de um veículo e

Acesso ao Sumário

acabaram colidindo com um terceiro auto. Portanto, a reprimenda aqui totaliza 23 dias de detenção, e o pagamento de 24 dias multa, no piso, uma vez que a pena de multa segue o disposto no artigo 72 do Código Penal.

Ato contínuo, não se alteram os regimes fixados, bem como é impossível a concessão de qualquer benefício, pois não seriam suficientes diante das circunstâncias do caso em si e, principalmente, a reincidência do réu que, diga-se, é específica para os crimes de furto. Desse modo, permanece a reclusão em regime inicial fechado, e a detenção em regime inicial semiaberto.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMETO PARCIAL** aos recursos das Defesas, **para reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de furto e os crimes de desobediência, bem como a atenuante pela confissão, condenando ADRIANO GOMES PEÇANHA às penas de 04 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e o pagamento de 34 dias multa, no piso, por incurso no artigo 155, §§ 1º e 4º, incisos I e IV, por duas vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal, e às penas de 23 dias de detenção, em regime inicial semiaberto, e o pagamento de 24 dias multa, no piso, por incurso no artigo 330, "caput", por duas vezes, na forma do artigo 71, ambos do Código Penal; e MARLON SIQUEIRA MARTINS às penas 04 anos, 04 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e o pagamento de 32 dias multa, no piso, por incurso no artigo 155, §§ 1º e 4º, incisos I e IV, por duas vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal, e às penas de 21 dias de detenção, em regime inicial semiaberto, e o pagamento de 22 dias multa, no piso, por incurso no artigo 330, "caput", por duas vezes, na forma do artigo 71, ambos do Código Penal.**

Comunique-se ao Juízo das Execuções.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000230-42.2014.8.26.0005, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes EVANI GOBIRA DOS SANTOS, VANIA GOBIRA DOS SANTOS e ALDAIR DE OLIVEIRA FRANCO, é apelado EDVALDO EVANGELISTA DOS SANTOS.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao apelo ajuizado em favor de Evani Gobira dos Santos, para que sejam mantidas as medidas protetivas, como deferidas na decisão de fl. 08, a fim de preservar a sua integridade física e psíquica. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.755)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCO

ANTÔNIO COGAN (Presidente), LOURI BARBIERO e GRASSI NETO.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2017.

MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – PLEITO DEFENSIVO EM PROL DA VÍTIMA DE MANTENÇA DA MEDIDA PROTETIVA, POR SUBSISTIR A SITUAÇÃO ENSEJADORA DA SUA CONCESSÃO.

CASO EM QUE OS ELEMENTOS CONTIDOS NOS AUTOS DENOTAM A NECESSIDADE DA MANUTENÇÃO DA MEDIDA PROTETIVA CONCEDIDA, INDEPENDENTE DA INSTAURAÇÃO, OU NÃO, DE PROCESSO PENAL.

Recurso provido.

VOTO

1 – Trata-se de apelação interposta pela Defensoria Pública em favor da vítima Evani Gobira dos Santos, contra a r. decisão do MM. Juiz pela qual foram extintas as medidas protetivas antes adotadas em seu favor, consistentes na proibição de seu companheiro, Edvaldo Evangelista dos Santos, dela se aproximar, devendo manter a distância mínima de cem metros, como também de com ela manter contato por qualquer outro meio de comunicação, por ausência de representação, por essa ofendida, quanto ao delito de ameaça, com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil (fl. 8).

Aduz a Defensoria Pública que a r. decisão deve ser reformada, sob o argumento de que a concessão de medidas protetivas pode ocorrer de modo autônomo e independe da existência de processo-crime ou ação principal a ser movida contra o autor, vez que tem por finalidade cessar a situação de violência em contexto com significativo potencial de sua recorrência, tornando-se, pois, necessária à segurança da ofendida (fls. 37/42).

O recurso foi contrarrazoado pela Defesa do recorrido, que pretende o seu desprovimento, alegando perda de objeto, vez que as medidas protetivas de urgência têm natureza cautelar e, portanto, não podem ser concedidas de modo definitivo, sob pena de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, ressaltando, ainda, quanto a ausência de elementos nos autos que comprovem a permanência do risco gerado pela presença do agressor (fls. 61/64).

Acesso ao Sumário

O representante do Parquet apresentou parecer pelo provimento do recurso, se reportando a jurisprudência do STJ, no sentido de que as medidas protetivas devem ter natureza satisfativa, não se exigindo a sua instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, ressaltando, ainda, a necessidade da sua concessão para conter as atitudes violentas do recorrido que, há muito, vem agredindo a vítima (fls. 66/69).

E a d. Procuradoria de Justiça, em r. parecer da lavra do doutor Walter Tebet Filho, se pronunciou, também, pelo provimento do apelo, com a modificação da r. decisão recorrida (fls. 73/75).

Este, em síntese, é o relatório.

2 – No caso concreto, há que se dar provimento ao recurso.

Isso porque, conforme o escopo da Lei 11.340/06, a concessão da medida protetiva não se volta a garantir a tutela da ação criminal principal contra o agressor, mas sim, de modo autônomo, a fazer cessar, ou a prevenir atos de violência, visando proteger a integridade física e psicológica da vítima, direitos esses fundamentais especialmente garantidos às mulheres em situação de vulnerabilidade. Privilegia-se, portanto, a garantia da dignidade da pessoa humana, que não pode ser vinculada e, portanto, limitada, à existência de um processo principal, devendo se prolongar seus efeitos enquanto perdurar a situação de risco, e não pelo período de duração da instrução criminal, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, referida nas razões desta apelação.

Nesse sentido, a ausência de representação da ofendida em relação a continuidade da persecução penal não gera, automaticamente, alteração nas medidas de proteção já concedidas, cujo interesse, aliás, em sua manutenção, se evidencia pela própria interposição desse recurso.

Também é esse o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: **- "LEI MARIA DA PENHA - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - VIAS DE FATO - MEDIDAS PROTETIVAS POSTULADAS PELA VÍTIMA - CONCESSÃO - NECESSIDADE - NATUREZA JURÍDICA AUTÔNOMA E SATISFATIVA DE TUTELA INIBITÓRIA - EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO - AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA - IRRELEVÂNCIA - AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA - RECURSO MINISTERIAL PROVIDO. 1. As medidas protetivas de urgência, deferidas no âmbito da Lei Maria da Penha, têm natureza jurídica autônoma e satisfativa, de tutela inibitória e não cautelar, sendo cabíveis sempre que houver lesão ou ameaça de violação à integridade física e psicológica da vítima. 2. O art. 22 da referida Lei condicionou a concessão das medidas protetivas tão somente à existência da situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, não fazendo**

qualquer menção à necessidade da existência de um inquérito policial ou um processo criminal em curso. 3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4.424/DF reconheceu a natureza incondicionada da ação penal nos casos de crime de lesão corporal e de contravenção penal de vias de fato praticados mediante violência doméstica e familiar contra a mulher, não importando sua extensão, sendo, portanto, desnecessária a representação da vítima ou de seu representante legal" (TJ-MG - APR: 10024100908920001 MG, Relator: Kárin Emmerich, Data de Julgamento: 02/07/2013, Câmaras Criminais/1ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 12/07/2013).

Demais, ao contrário do que aduz a Defesa do réu, o potencial risco de novas agressões, suportado pela vítima, resta patente pela descrição contida na denúncia, em que se afirma que o recorrido se trata de pessoa "extremamente nervosa e agressiva, que frequentemente ofende, ameaça e agride a vítima" (fl. 2), ressaltando, ainda, que ele se apresenta por vezes embriagado, a agravar o seu comportamento violento, fato que motivou a ofendida, naquela oportunidade, a requerer acompanhamento e proteção para se dirigir a casa em que residia com o agressor, e lá buscar os seus pertences.

Nesse cenário, mais do que justificada a necessidade de manutenção da medida protetiva de urgência concedida, tendo em vista a sua natureza autônoma e a violência costumeiramente empregada pelo réu.

Isto posto, dá-se provimento ao apelo ajuizado em favor de Evani Gobira dos Santos, para que sejam mantidas as medidas protetivas, como deferidas na decisão de fl. 08, a fim de preservar a sua integridade física e psíquica.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0042598-98.2012.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são apelantes ANTONIO MARIA DA SILVA e THIAGO MENDONÇA FERREIRA BARBI, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram Provimento aos recursos, preservada a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos. Expeçam-se mandados de prisão, em desfavor dos recorrentes Antonio Maria da Silva e Thiago Mendonça Ferreira Barbi, sem a necessidade do trânsito em julgado, conforme decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (ADC nºs 43 e 44 data: 05.10.2016). V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5.637)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores

Acesso ao Sumário

FERNANDO SIMÃO (Presidente sem voto), FREITAS FILHO e OTAVIO ROCHA.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2017.

ALBERTO ANDERSON FILHO, Relator

Ementa: APELAÇÕES – PRELIMINAR – NULIDADE – CONFIGURAÇÃO – PRECLUSÃO – HOMICÍDIO BIQUALIFICADO – ARTIGO 121, § 2º, INCISOS II E IV, DO CÓDIGO PENAL – CONDENAÇÕES PELO TRIBUNAL DO JÚRI – DECISÃO DOS JURADOS MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – INOCORRÊNCIA – CONTRARIEDADE DA SENTENÇA DO JUIZ-PRESIDENTE À DECISÃO DOS JURADOS – INOCORRÊNCIA – APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 713 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – PRELIMINAR REJEITADA – RECURSOS DEFENSIVOS IMPROVIDOS.

VOTO

Antonio Maria da Silva e **Thiago Mendonça Ferreira Barbi** foram condenados às penas individuais de 13 (treze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, ambos por infringência do artigo 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal, pela r. sentença do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Campinas (fls. 678/680, vol. 4). Foi-lhes facultado o direito de recorrerem em liberdade.

Irresignados, buscam os apelantes a reforma da sobredita r. sentença, postulando, resumidamente:

Thiago: a anulação da r. sentença, para a realização de novo julgamento, alegando, para tanto, que o julgamento foi manifestamente contrário às provas dos autos (fls. 681; razões, fls. 688/691, vol. 4);

Antonio: a anulação da r. sentença, para a realização de novo julgamento, alegando, para tanto, que o julgamento foi manifestamente contrário às provas dos autos, com aplicação do princípio ***"in dubio pro reo".*** Subsidiariamente, pleiteia o afastamento das qualificadoras do [**1**] motivo fútil e [**2**] do recurso que impossibilitou a defesa da vítima (fls. 693/732, vol. 4).

Acesso ao Sumário

Os recursos foram contra-arrazoados (fls. 734/745, vol. 4), tendo a douta Procuradoria Geral de Justiça opinado no sentido da rejeição da preliminar arguida e, no mérito, pelo improvimento dos recursos interpostos (fls. 755/761, vol. 4).

É o relatório.

De início, destaca-se que a questão suscitada, de afastamento das qualificadoras [**1**] motivo fútil e [**2**] do recurso que impossibilitou a defesa da vítima – fls. 717/726, vol. 4), diz respeito à nulidade do julgamento, pelo que, nos termos do disposto no artigo 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal, deveria ter sido arguida em Plenário, logo depois de ocorrida, sob pena de preclusão. No caso, a Defesa, em Plenário, após a sessão de julgamento, silenciou a respeito da indigitada nulidade (ata de julgamento – fls. 651/656, vol. 4); portanto, preclusa a matéria.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Colendo Superior Tribunal de Justiça são pacíficas:

"EMENTA RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. HOMICÍDIO. TRIBUNAL DO JÚRI. NULIDADES PROCESSUAIS. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO.

1. O Superior Tribunal de Justiça observou os precedentes da Primeira Turma desta Suprema Corte que não vem admitindo a utilização de habeas corpus em substituição a recurso constitucional.

2. Antes do advento da Lei 11.689/2008, o ato processual da defesa prévia não era imposto ao Defensor, enquanto mera faculdade. Precedentes.

3. A ata de julgamento foi aditada apenas para a correção de pequenos detalhes, o que não configura nulidade.

4. O reconhecimento por fotografia realizado pela testemunha em audiência não desqualifica seu valor probatório, sobretudo porque, posteriormente, corroborado por outros elementos colhidos sob o crivo do contraditório.

5. Pronunciamento dos jurados a respeito de matéria alheia ao processo não constitui nulidade.

6. Impugnações de nulidades relativas a julgamento em Júri deve ocorrer naquela oportunidade, sob pena de preclusão (571, VIII, do CPP).

7. Em processo, especificamente em matéria de nulidades, vigora o princípio maior de que, sem prejuízo, não se reconhece nulidade (art. 563 do CPP).

8. Recurso ordinário em habeas corpus não provido."

Acesso ao Sumário

(STJ, RHC nº 119.815/DF, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, j. 25.02.2014, *DJe* 53).

No mesmo sentido: STF, HC nº 104.578/MG, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, v.u., j. 10.05.2011, *Ementário* 2528-2/340; STF, RHC nº 97.646/DF, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, v.u., j. 04.05.2010, *Ementário* 2403-3/898; STF, HC nº 96.469-9/RJ, Relator Ministro Carlos Britto, Primeira Turma, v.u., j. 09.06.2009, *RSJADV* novembro 2009, págs. 31/34; STF, HC nº 100.843/RJ, Relator Ministro Eros Grau, Segunda Turma, v.u., j. 02.02.2010, *Ementário* 2402-4/904; STF, HC nº 93.753-5/SP, Relator Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, v.u., j. 05.08.2008, *Ementário* 2340-3/442.

"Nos termos do artigo 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal, as nulidades do julgamento em plenário, em audiência ou em sessão do tribunal, devem ser arguidas logo após a sua ocorrência, sob pena de preclusão."

(STJ, RHC nº 62.047/GO, Relator Ministro Leopoldo de Arruda Raposo [Desembargador convocado do TJ/PE], Quinta Turma, v.u., j. 01.10.2015, DJe 08.10.2015).

No mesmo sentido: STJ, HC nº 241.971/MS, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, v.u., j. 17.12.2013, *DJe* 05.02.2014; STJ, HC nº 168.620/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, v.u., j. 25.06.2013, *DJe* 01.07.2013; STJ, HC nº 217.865/RJ, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, v.u., j. 17.05.2016, *DJe* 24.05.2016; STJ, AgRg no REsp nº 1.516.358/RS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, v.u., j. 15.10.2015, *DJe* 05.11.2015; STJ, REsp nº 1.358.234/AL, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, v.u., j. 03.06.2014, *DJe* 18.06.2014.

Preliminar transposta, passa-se ao exame dos méritos recursais individuais.

Deve ser observado que, em se tratando de matéria da competência do Tribunal do Júri, o artigo 593, inciso III, do Código de Processo Penal determina qual a extensão do apelo (alíneas "a", "b", "c" e "d").

E, complementado o disposto no dispositivo legal acima citado, necessária é a observância dos termos da Súmula nº 713 do Supremo Tribunal Federal: "*O efeito devolutivo da apelação contra decisões do júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição*".

Nos termos acima delineados, os recursos individuais não comportam provimento.

Os apelantes Antonio Maria e Thiago asseveram que deve ser anulado o julgamento, pois a decisão foi contrária às provas dos autos.

Há de ser esclarecido que, para que os recorrentes sejam submetidos a

Acesso ao Sumário

novo julgamento pelo Tribunal do Júri, a decisão dos jurados deve ser dissociada integralmente da prova dos autos, ou seja, aquela que acolhe versão não angariada no decorrer do processo, resultante da mente criativa dos julgadores.

No presente caso, verifica-se que os jurados acolheram a tese de que os recorrentes Antonio Maria e Thiago infringiram as disposições do artigo 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal (**quesitos**, fls. 671/672, vol. 4; **termo de votação**, fls. 673/676, vol. 4).

Não obstante, deve ser observado que, na hipótese em tela, os jurados se pautaram: no boletim de ocorrência (fls. 03/05, vol. 1); no laudo pericial de local de homicídio (fls. 121/123; fotos: fls. 124/131, vol. 1); laudo pericial necroscópico da vítima Antônio Marcos Alves Dias (fls. 208/209, vol. 2) e das testemunhas (fls. 342/343; 344/345; 359; 371; 372; 373; 374; 375; 376; 377; 378; mídias digitais, fls. 346; 360; 379, vol. 2) e do apelante Thiago, na fase judicial (fls. 401; mídia digital, fls. 403, vol. 2).

Os recorrentes Antonio Maria e Thiago foram pronunciados (fls. 448/458, vol. 3). Por votação unânime, o acórdão do recurso em sentido estrito interposto teve provimento negado (fls. 553/559, vol. 3), transitando em julgado para a defesa em 14.07.2015 (fls. 561, vol. 3).

Na ata da sessão de julgamento foi consignado o não comparecimento do recorrente Antonio Maria da Silva: "*intimado por edital, fls. 625/625-A*" (fls. 651, vol. 4).

Na fase plenária (fls. 666; 667; mídia digital, fls. 670, vol. 4), o apelante Thiago confirmou que, na data dos fatos, teve participação na conduta que levou a óbito a vítima Antônio Marcos. Não obstante, os jurados acolheram, portanto, a versão acusatória.

Torna-se claro que os jurados levaram em consideração, na Sessão do E. Quarto Tribunal do Júri da Comarca de São Paulo, a assertiva do recorrente Thiago, não havendo qualquer vício na decisão alicerçada em observância de todos os relatos realizados (fls. 660; 661; 662; 663; 664; 665; 666; 667; mídia digital, fls. 670, vol. 4), uma vez que o julgamento pelos pares não obedece à técnica jurídica, mas à livre convicção.

Ressalte-se que, se a existência de duas versões serve para absolver, afirmando-se a soberania do Conselho de Sentença em casos tais, também deve servir para condenar. Ora, diante da tese apresentada pela Defesa, pelo "*Parquet*" e pelos depoimentos acostados aos autos, pode o Conselho de Sentença, partindo desse pressuposto, eleger a vertente que mais lhe parecer conveniente. "***In casu***", houve a prevalência da tese sustentada pela acusação, amparada, de alguma forma, pelo arcabouço probatório.

Sobre o tema, **Eugênio Pacelli** e **Douglas Fischer** explanam que: "*Segundo o disposto no art. 5º, XXXVIII, **c**, da CF/88, um dos princípios*

Acesso ao Sumário

fundamentais é o da soberania dos veredictos do Júri (princípio que não é absoluto). A arguição deste dispositivo como forma de afastar o que decidido pelo juiz natural (tribunal popular) deve ser aplicado de forma excepcional. É dizer, naquelas situações absolutamente incontestáveis nas quais a decisão dos jurados desbordou de ***toda*** *prova existente nos autos. Atente-se: a nulidade não se dá apenas quando há condenação, mas também absolvição.*

Diante das provas colacionadas nos autos, decorre do princípio constitucional invocado competir ao Júri a soberania para condenar ou absolver. Frente a esta norma constitucional e a previsão legal recursal, somente se pode cogitar a anulação da decisão (e aqui sim importaria em novo julgamento) se a conclusão a que chegar o conselho não tiver amparo razoável ***em nenhuma*** *prova colacionada aos autos. Essa circunstância é extremamente relevante para a análise dos casos em que se possa admitir o recurso em voga, pois não se pode servir como supedâneo para alterar toda e qualquer decisão dos jurados, que, como referido, têm a sua soberania garantida constitucionalmente.*

A necessidade de relativização do princípio da soberania diante da norma em comento é de todo razoável para as circunstâncias excepcionais. Com efeito, não se pode esquecer que o julgamento de delitos contra a vida (sem embargos dos eventuais conexos) se dá em momento no qual as oratórias são fundamentais e a evocação de sentimentalidades podem influenciar diretamente na convicção dos jurados, mesmo que a prova não seja no sentido da sustentação. Independentemente da posição que se tome, favorável ou não à presença ainda do Conselho de Sentença para os crimes dolosos contra a vida, significa que é necessário haver um controle do que decidido, seja pelo tribunal (questão aqui tratada) ou então em hipótese de revisão criminal (art. 621, CPP). Em casos manifestos, absurdos, não poderá prevalecer decisão que contrarie totalmente a prova existente nos autos criminais.

Mas é preciso ter extremo cuidado. Não se poderá pleitear a nulificação do que decidido pelo Júri se houver nos autos provas que amparem tanto a condenação quanto a absolvição. Nesse caso, não se está diante de decisão ***manifestamente*** *contrária à prova dos autos, mas unicamente de adoção pelo Júri (pelo seu livre convencimento, sequer motivado – uma exceção ao art. 95, IX, CF/88) de uma das teses amparada por provas presentes nos autos. Nessas situações, não há de se falar em admissibilidade do recurso de apelação forte no art. 593, III,* ***d****, CPP." ("****in****" "Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência", 7ª edição, 2015, Editora Atlas, São Paulo, págs. 1.219/1.220 –* ***grifos*** *no original).*

Acesso ao Sumário

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a questão:

"EMENTA Recurso ordinário em habeas corpus. Homicídio qualificado tentado. Pronúncia. Materialidade. Laudo deficiente. Possibilidade de

complementação por outros elementos de prova constantes dos autos. Recurso não provido.

1. O Tribunal estadual, ao atestar a materialidade da tentativa de homicídio qualificado, considerou suficientes as provas colhidas durante a instrução, de modo que a falta de laudo complementar classificando as lesões corporais da vítima não tem o condão de afastar a convicção fundada sobre a existência do crime tentado contra a vida.

2. Estabelece o art. 413 do Código de Processo Penal que, para a decisão de pronúncia, basta, além da constatação de indícios de autoria, que esteja o julgador convencido da existência do crime. Não se exige, portanto, prova inconteste de sua ocorrência, sendo bastante que o magistrado se convença da materialidade da infração.

3. Recurso ao qual se nega provimento."

(STF, RHC nº 115.984/ES, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, v.u., j. 18.06.2013, *DJe* 165).

No mesmo sentido: STF, RHC nº 106.318/MS, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, v.u., j. 10.05.2011, *Ementário* 2528-2/356.

Nos termos acima delineados, não há falar-se em submissão dos apelantes Antonio Maria e Thiago a novo Júri. A uma, porque a anulação da decisão do Conselho de Sentença representaria quebra do princípio constitucional da soberania dos veredictos, admitida somente quando completamente desvirtuada das provas demonstradas no curso do processo. A duas, porque os jurados, de acordo com a íntima convicção, acolheram a tese ventilada pela acusação, entendendo ser esta mais condizente com a realidade dos fatos.

Coerente, portanto, a tese acolhida pelo Conselho de Sentença com o acervo probatório, torna-se incabível a nulidade do julgamento. Assim, não é possível falar-se em dissociação total das provas com a decisão tomada pelo Júri, não sendo possível ao Tribunal, nos estreitos parâmetros do recurso de apelação contra veredicto do Tribunal do Júri, aquilatar elemento probatório como adequado ou não, tarefa esta exclusiva do Tribunal do Júri, sob pena de extrapolar os limites de cognoscibilidade da apelação em tela.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça respalda o entendimento acima delineado:

"TRIBUNAL DO JÚRI. CONDENAÇÃO. APELO DA DEFESA. VEREDICTO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À PROVA PRODUZIDA NOS AUTOS. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO DO PACIENTE. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO DOS JURADOS QUE ENCONTRA AMPARO NAS PROVAS PRODUZIDAS NO PROCESSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. ORDEM DENEGADA.

Acesso ao Sumário

1. Interposto recurso de apelação contra a sentença proferida pelo Tribunal do Júri sob o fundamento desta ter sido manifestamente contrária à prova dos autos, ao órgão recursal se permite apenas a realização de um juízo de constatação acerca da existência ou não de suporte probatório para a decisão tomada pelos jurados integrantes do Conselho de Sentença, somente se admitindo a cassação do veredicto caso este seja flagrantemente desprovido de elementos mínimos de prova capazes de sustentá-lo.

2. Existindo duas versões amparadas pelo conjunto probatório produzido nos autos, deve ser preservado o juízo feito pelos jurados que, no exercício da sua função constitucional, acolhem uma delas. Precedentes.

3. No caso dos autos, a Corte de origem, ao negar provimento à apelação interposta pelo paciente, acentuou que a decisão proferida pelo Tribunal do Júri somente poderia ser anulada se estivesse em total dissonância com o conjunto probatório produzido durante a instrução criminal, o que não se verificaria na espécie, pois os jurados teriam julgado de acordo com as provas apresentadas, que comprovariam a autoria e a materialidade do delito pelo qual o paciente foi condenado.

4. Ordem denegada."

(STJ, HC nº 216.959/SP, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, v.u., j. 02.02.2012, *DJe* 15.02.2012).

No mesmo sentido: STJ, HC nº 89.732/SP, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, v.u., j. 02.09.2008, *DJe* 06.10.2008; STJ, HC nº 40.183/RJ, Relatora

Ministra Alderita Ramos de Oliveira [Desembargadora convocada do TJ/PE], Sexta Turma, v.u., j. 09.08.2012, *DJe* 20.08.2012.

O Pretório Excelso assim já decidiu:

"EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. JÚRI. ACOLHIMENTO DE TESE DA DEFESA. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

Decisão dos jurados que acolheu a tese do homicídio privilegiado, com base no histórico de discussões entre vítima e réu e no depoimento de testemunha que afirmou ter escutado vozes em tom exaltado momentos antes do crime.

Inexistência de decisão arbitrária ou inverossímil. Em verdade, o Tribunal de Justiça considerou a prova de acusação mais sólida do que a de defesa, avaliação esta, entretanto, que é reservada ao Tribunal do Júri, juízo natural da causa, com base no critério da íntima convicção. Assim, por não caber à Justiça togada, nos estreitos limites da apelação contra

veredicto do Tribunal do Júri, desqualificar prova idônea produzida sob o crivo do contraditório, a decisão é ilegal.

Ordem concedida para cassar a determinação de realização de novo julgamento pelo Júri, com base no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal."

(STF, HC nº 85.904-6/SP, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, v.u., j. 13.02.2007, *LEXSTF* vol. 29, nº 344, 2007, págs. 423/432).

"EMENTA: - Direito Penal e Processual Penal. Homicídio qualificado pela surpresa.

[…]

2. Havendo as respostas dos jurados levado a condenação por homicídio qualificado pela surpresa, e que, em grau de apelação, o Tribunal, prolator do acórdão impugnado, considerou não contrária à prova dos autos, não se pode, no âmbito estreito do 'habeas corpus', examinar os elementos de convicção, levados em conta em tais julgamentos, menos ainda para se chegar ao afastamento da qualificadora e ao reconhecimento do homicídio privilegiado.

'H.C.' indeferido."

(STF, HC nº 70.656-8/PR, Relator Ministro Sydney Sanches, Primeira Turma, v.u., *Ementário* 1751-2/368).

Preliminar rejeitada, nega-se, pois, provimento aos recursos, preservada a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Expeçam-se mandados de prisão, em desfavor dos recorrentes Antonio Maria da Silva e Thiago Mendonça Ferreira Barbi, sem a necessidade do trânsito em julgado, conforme decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (ADC nºs 43 e 44 – data: 05.10.2016).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3006558-52.2013.8.26.0269, da Comarca de Itapetininga, em que é apelante SERAFIM DE CAMARGO JÚNIOR, 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: "Deram provimento ao recurso para absolver SERAFIM DE CAMARGO JÚNIOR, qualificado nos autos, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.785)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), CAMILO LÉLLIS e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2017.

EUVALDO CHAIB, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – SUPRESSÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO – PRELIMINARES DE NULIDADE E NO MÉRITO A ABSOLVIÇÃO DIANTE DA ATIPICIDADE DA CONDUTA – COM RAZÃO A DEFESA – PRELIMINARES PREJUDICADAS – NÃO RESTOU DEMONSTRADA A VANTAGEM QUE SERIA AFERIDA PELO RÉU AO GUARDAR CONSIGO DOCUMENTOS QUE TINHA LIVRE ACESSO, EM RAZÃO DA FUNÇÃO QUE EXERCIA – DIANTE DA SUPOSIÇÃO DE ARBITRARIEDADE E INDÍCIOS DE ILEGALIDADE, O RÉU RETIROU DOCUMENTOS DA REPARTIÇÃO PÚBLICA ONDE TRABALHAVA PARA APRESENTÁ-LOS ÀS AUTORIDADES COMPETENTES, CÂMARA DE VEREADORES OU MINISTÉRIO PÚBLICO – NÃO HOUVE O DOLO PREVISTO NO TIPO PENAL EM APREÇO – QUANDO INSTADO PELA AUTORIDADE POLICIAL DEVOLVEU OS DOCUMENTOS ORIGINAIS – O ARTIGO 305 DO CÓDIGO PENAL NÃO OBJETIVA A PUNIÇÃO DE CIDADÃOS HONESTOS – RECURSO PROVIDO PARA ABSOLVER O RÉU.

Acesso ao Sumário

VOTO

SERAFIM DE CAMARGO JÚNIOR foi condenado pelo r. Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de ITAPETININGA, nos autos do Processo nº 2801/2013, *sentença da lavra do eminente Juiz de Direito Dr. André Luís Bastos,* como incurso no artigo 305, *caput*, do Código Penal, às penas de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, fixados no mínimo legal, substituída por restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade e multa ao pagamento de 10 (dez) dias-multa fixados no mínimo legal, sendo facultado o direito de recorrer em liberdade (fls. 520/525).

O apelante foi processado porque, ao exercer a função de engenheiro do

Município, supondo ter havido irregularidades em procedimento administrativo de interesse pessoal do Secretário de Obras do Município, *Amadeu Graciano Zanolli*, suprimiu e ocultou, em benefício próprio e em prejuízo alheio, documento público verdadeiro, de que não podia dispor. *Amadeu Graciano Zanolli*, na qualidade de Secretario Municipal, ordenou a realização de cálculo para apuração e recolhimento de valor indevido a título de Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, decorrentes de reforma e ampliação de imóvel de sua propriedade, de forma ilegal e incorreta, obtendo vantagem com isso,

Apela SERAFIM pleiteando o reconhecimento de nulidades no feito, inépcia da denúncia e cerceamento de defesa. No mérito, a absolvição diante da atipicidade da conduta (fls. 541/564 e 581/604).

Contrariado o recurso (fls. 569/578), o douto Procurador de Justiça Dr. Franco Caneva Junior, opina pela rejeição das matérias preliminares e, no mérito, pelo desprovimento do apelo defensivo (fls. 606/610).

É o relatório.

As questões preliminares arguidas ficam todas prejudicadas porque no mérito a solução final é mais favorável ao réu.

Atípica a sua conduta.

Embora a denúncia não seja exemplo de técnica jurídica, é possível inferir que há indícios de ilicitude na conduta praticados pelo então Secretário Municipal de Obras, *Amadeo Graciano*, e não pelo réu.

Constou da exordial que SERAFIM "*suprimiu e ocultou, em benefício próprio e em prejuízo alheio, documento público verdadeiro, de que não podia dispor*".

Esse "*benefício próprio*" ou "*prejuízo alheio*" carecem de esclarecimentos.

O réu, ao que tudo indica era um dedicado engenheiro e prestava seus serviços à Municipalidade local. No exercício da atividade se defrontou com procedimento administrativo de interesse "particular" do então Secretário Municipal de Obras de Serviços, que buscava a aprovação de projeto de reforma de um imóvel próprio.

Por infeliz analogia com o cenário político nacional, ao se recusar a aprovar o projeto de interesse particular do Secretário o réu passou a sofrer represálias. O procedimento que estava sob seu encargo foi passado para outro engenheiro, que aprovou o projeto, e SERAFIM foi compelido a usufruir de férias compulsórias.

Em seu interrogatório, SERAFIM afirmou que retirou os documentos da Prefeitura para estudá-los em casa, pois não entendia como poderiam ser aprovados. Queria verificar se as irregularidades antes apontadas pelo fiscal de obras e que antes inviabilizavam a aprovação foram sanadas.

Acesso ao Sumário

Nada de ilegal havia nesse proceder, pois como engenheiro da Prefeitura tinha acesso aos documentos. Tanto que, em um livro de carga chegou a lançar a sua rubrica para retirar um dos procedimentos.

Constou da r. sentença a versão do réu em contraditório: "*retirou os documentos para fazer denúncia contra o Secretário Amadeu, uma vez que anteriormente foi procurado por ele para que a aprovasse o projeto de reforma e ampliação, no qual o fiscal apontava irregularidades; que diante dessa informação não aprovou o projeto, mesmo diante a insistência do Secretário; que cerca de duas semanas após o acontecimento, tomou conhecimento de que o projeto teria sido aprovado por outro engenheiro do departamento, motivo pelo qual retirou os processos para averiguar e constatou que realmente estava irregular; que levou consigo os processos para apresentar à Promotoria, mas antes disso foi chamado para depor em Boletim de Ocorrência onde apresentou os documentos*" (fls. 477/482).

Em Juízo, o engenheiro Rubens, quem aprovou os projetos do Secretário, disse que após as denúncias procurou os documentos para checá-los, mas não os encontrou. Disse que à época não havia controle sobre entrada ou saída dos documentos (fls. 450/456).

No mesmo sentido foi o depoimento da testemunha Márcia, funcionária da Prefeitura. Disse que o arquivo fica dentro do setor de engenharia e todos tem acesso ao local. Além disso, complementou, era comum que os engenheiros levassem os processos para casa em decorrência do serviço intenso (fls. 461/465).

É de doer na retina!

Todos conhecem o caso de um humilde caseiro chamado "*Francenildo*", que pagou muito caro por uma declaração que sinalizava para a ocorrência de casos de corrupção que hoje afloram em vários cantos do país.

Parece que a lógica perversa tem sido: aos delatores todo o rigor da lei!

Há muito tempo já ensinava NÉLSON HUNGRIA que o crime de "*supressão de documento" assemelha-se ao de falsificação: "Realmente, se é falsidade alterar um documento, a lógica exige que se considere tal o destruí-lo, suprimi-lo ou ocultá-lo, pois com isto também se ludibria a fé pública. Fazer desaparecer uma prova verdadeira de um fato verdadeiro é dar aparência de não provado ou de inexistente aquilo que é verdadeiro e juridicamente certo, o que, sem dúvida, equivale ao falsum*" (Comentários ao Código Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. IX, p. 301).

Portanto, preocupou-se o legislador com a destruição, supressão ou ocultação de documento apto a servir de prova, proporcionando assim algum benefício próprio ou de outrem, ou então a causar prejuízo alheio.

Não foi essa a intenção do réu. Justamente o contrário.

Preocupação de homem honesto e probo, SERAFIM retirou da repartição

Acesso ao Sumário

os documentos que tinha livre acesso e os preservou. A intenção era que fossem entregues às autoridades competentes para as providências cabíveis. Para um dos procedimentos assinou recibo de carga e quando instado pela autoridade policial os apresentou íntegros.

Ausente, portanto, o dolo exigido pelo tipo penal em apreço.

Não se pode compactuar com o resultado alcançado pela r. sentença.

O Secretário Municipal, ao que consta foi exonerado do cargo e esta a responder perante o Juizado Especial Criminal, por crime de menor potencial ofensivo.

O réu, por se precaver em resguardar os documentos necessários para que os fatos fossem apurados, é condenado na seara criminal.

Tremenda injustiça!

O tipo penal em apreço – artigo 305 do Código Penal, não visa a punição de cidadãos honestos que, ao contrário de destruir ou ocultar documentos, os preserva para que cheguem ao conhecimento das autoridades competentes.

Caso contrário, como advertiu RUI BARBOSA: "*De tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantar-se o poder nas mãos dos maus, o homem chega a rir-se da honra, desanimar-se de justiça e ter vergonha de ser honesto*".

Portando, por atipicidade da conduta, de rigor a absolvição do réu.

Diante do exposto, pelo meu voto, dá-se provimento ao recurso para absolver SERAFIM DE CAMARGO JÚNIOR, qualificado nos autos, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9000002-36.2014.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que são apelantes/apelados A.B.S. e R.M.O.S., é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento à apelação do Ministério Público para condenar R.M. pela prática do delito do artigo 217-A c/c artigo 13, § 2º, alínea *b*, ambos do CP, à pena de 08 (oito) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e para aumentar a pena do réu A. para 15 (quinze) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, bem como para revogar o *sursis* concedido ao réu e negaram provimento aos apelos dos réus. Expeçam-se mandados de prisão necessários. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2.247)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente) e ALBERTO ANDERSON FILHO.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2017.

REINALDO CINTRA, Relator

Ementa: Apelação. Estupro de vulnerável. Art. 217-A, *caput* c/c art. 71, ambos do Código Penal. Autoria e materialidade devidamente demonstradas nos autos. Alto valor probante da palavra da vítima em casos de crimes contra a dignidade sexual. A ré foi equivocadamente absolvida, pois foi conivente com os abusos sexuais perpetrados por anos pelo réu. Omissão do art. 13, § 2º, b do CP. Pena-base do réu aumentada em 1/6, considerando-se as circunstâncias do crime. Continuidade delitiva exasperada em 2/3. Impossibilidade de aplicação do *sursis* com pena superior a 04 anos de reclusão. Necessidade de manutenção do regime inicial fechado. Recursos dos réus não providos. Recurso do *Parquet* provido.

VOTO

São apelações interpostas por A.B.S., R.M.O.S. e pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO em face da r. sentença condenatória que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, condenando o apelante A. à pena de 10 (dez) anos de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao art. 217-A, *caput* c/c artigo 71, parágrafo único, ambos do Código Penal (CP).

Foi permitido ao réu apelar em liberdade, bem como lhe foi deferido o *sursis* com base no artigo 77, § 2º do CP, posteriormente cassado por esta E. Câmara.

Acesso ao Sumário

A ré R.M.O.S. foi absolvida dos delitos a ela imputados, com base no artigo 386, inciso VII do Código de Processo Penal (CPP).

A denúncia foi recebida às fls. 75/77, os acusados foram devidamente citados e apresentaram respostas às fls. 171/120 e 121/124.

Houve audiência de instrução e julgamento, ocasião em vítimas e testemunhas foram ouvidas (fls. 232/241 e 261/264). Ao final, os réus foram interrogados (fls. 265/266).

Sobreveio sentença condenatória às fls. 379/397.

Não satisfeita, a ré R.M. apresentou apelação às fls. 422/426, pleiteando a alteração da fundamentação de sua absolvição para a do artigo 386, inciso I

do CPP.

O réu A. ofereceu apelação às fls. 428/445, sustentando, em síntese, a necessidade de exclusão do dano moral do *sursis* ao réu concedido, sob pena de nulidade. No mérito requer a cassação da r. sentença condenatória, tendo em vista a ausência de materialidade do fato e de indícios suficientes de autoria. Subsidiariamente, postula a desclassificação para o delito do artigo 61 da Lei das Contravenções Penais.

O Ministério Público, por sua vez, apresentou apelação às fls. 450/504 pugnando pela reforma da sentença com o fim de condenar a ré R.M. e aumentar a pena imposta ao réu, nos exatos termos da denúncia, bem como, ainda, para revogar o *sursis* concedido ao acusado.

Contrarrazões do *Parquet* às fls. 447/448 e dos réus às fls. 555/565.

Houve manifestação da d. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 571/582) opinando pelo não provimento dos recursos dos réus e pelo provimento do recurso ministerial.

É o relatório.

Consta da denúncia que no período de cinco anos anteriores a 04 de novembro de 2014, na Rua (...), nº (...), no Guarujá, os réus, agindo em comunhão de esforços e identidade de propósitos, praticaram atos libidinosos diversos da conjunção carnal com as vítimas descritas, menores de 14 anos.

Os réus mantinham em funcionamento no local uma creche clandestina, na qual as vítimas eram deixadas pelos genitores, sob cuidado, guarda e vigilância, mediante remuneração.

O réu A., aproveitando-se da tenra idade das vítimas, praticava com elas atos libidinosos, enquanto que R.M. sabia da prática realizada pelo corréu e se omitiu, induzindo as crianças a não contarem nada a seus responsáveis, colaborando, assim, para que o réu continuasse com os abusos.

O boletim de ocorrência (fls. 03/06), laudo de exibição e apreensão (fls. 54), relatório do CREAS (fls. 247/250) e a prova oral colhida em audiência (fls. 232/241 e 261/267), comprovam tanto a autoria quanto a materialidade dos crimes.

A testemunha J.B.S., mãe de J.V.S.J., prestou depoimento em juízo e declarou que foi chamada por um policial para comparecer na delegacia e, ao questionar sua filha acerca do motivo, esta lhe disse que o réu havia feito "coisa feia" e afirmou ter vergonha de dizer o que era. No momento em que a filha prestava depoimento na delegacia, se sentiu mal e não teve condições de acompanhar. Conversou com a menina em casa, mais tarde, e ela relatou que o acusado tirava a roupa das crianças, incluindo a dela, e passava o pênis em seu "bumbum". Perguntou para a filha se o réu a tinha beijado ou mexido nela e ela negou, bem como afirmou que o fato ocorreu por cerca de três vezes e que A. a

Acesso ao Sumário

havia ameaçado dizendo que mataria sua mãe caso contasse a alguém. A depoente disse que, em algumas ocasiões, a filha reclamou de ardor no "bumbum", mas nunca imaginou que fosse esse o motivo. Não tem conhecimento de que a ré fizesse algo, mas imagina que ela soubesse, pois quando não levava sua filha J. na creche, a acusada ligava perguntando o motivo. Noticiou a depoente que há pouco tempo sua filha começou a questionar sobre sexo.

A vítima J. foi ouvida em Juízo e relatou que frequentava a creche e que o réu é muito mau, pois estuprava as crianças. Afirmou ter visto, por algumas vezes, o acusado tirar a roupa e esfregar o pênis em L., R. e D., bem como nela própria, em seu "bumbum", por aproximadamente duas vezes. Disse que não contou para sua mãe, pois A. a ameaçou, dizendo que a mataria caso contasse para alguém. Nunca contou para a ré sobre os acontecimentos, mas sabe que L. contou para R.M. que o acusado estava se esfregando em M. Em um dos dias em que o acusado mexeu com ela, M.E. viu. A ré soube do ocorrido, mas não fez nada e o réu continuou a fazer essas coisas.

A testemunha A.M.L., genitora de M.E.M., declarou que a madrinha de sua filha ligou dizendo que tinham prendido os réus acusados de abuso sexual. Afirmou que sua filha confirmou quando foi perguntada sobre se o acusado havia feito coisas com ela. Na delegacia de polícia, M.E. disse que A. baixava a calcinha dela, passava o pênis nela, chupava seus seios e a ameaçava. Contou que sua filha não tem conhecimento para poder inventar uma história como essa. A depoente disse que depois de saber de tudo isso, entendeu o motivo pelo qual a menina não mais queria ir para a creche. A filha, antes mesmo de a depoente saber disso tudo, já estava realizando tratamento psicológico, pois passou a apresentar agitação e agressividade. Não sabe dizer se R.M. era conivente com a situação. Tem certeza de que sua filha está falando a verdade.

A vítima M.E., chorando muito, relatou que ficava na creche e que o réu a ameaçava com uma faca, chegando quase a encostá-la em sua barriga. Afirmou que ele fazia muitas coisas com as crianças, como tirar as roupas das crianças e encostar o pênis no "bumbum" delas. Disse ter visto ele fazendo isso com J. Contou que ele abriu a calça, passou o pênis nela e a beijou. Também beijou R., que vomitou quando isso ocorreu. Declarou ter contado os fatos para a ré, que nada fez e disse que era mentira "dessas vacas". Soube por M. que A. colocou o pênis na boca e na bunda dele.

A testemunha R.C.X.S., genitora de L.X.S., relatou que sua filha frequentou a creche por quatro anos e que não sabia de nada antes de o Conselho Tutelar ligar para lhe informar sobre a situação. Disse que sua filha alterou o comportamento cerca de um ano antes e que não queria mais chamar os acusados de "vó" e de "vô", mas não entendia o motivo. Foi surpreendida quando contou para a filha que tinham entrado em contato e ela mesma afirmou que sabia do que se tratava, pois tinha denunciado A. por ter feito "safadezas" com ela. L.

Acesso ao Sumário

disse para a depoente que não tinha lhe contado nada antes, pois o réu dizia que ninguém acreditaria nela e que a ameaçava com uma faca próxima a sua barriga. Soube que a filha nunca deixou o réu beijá-la e que ele a jogava no sofá e na cama e tentava mexer com ela, mas ela não deixava e ele a chamava de "vaca" e falava que somente ela não o deixava brincar de "médico malvado". Afirmou que R.M. certa vez pediu para que a depoente conversasse com a filha, pois ela e D. se trancavam no banheiro, bem como que a ré sabia o que o marido fazia, mas se omitia. Sua filha contou que o réu tirava as calcinhas das meninas, chupava os seios e as partes íntimas. Acredita que a filha esteja falando a verdade.

A vítima L. contou que os réus fizeram "safadezas" com ela. Declarou que o réu subia em cima das crianças, mas que nunca tirou a roupa na frente dela. Afirmou que ele já tentou agarrá-la para beijá-la. Disse que o réu ficava se esfregando em sua bunda, mas por cima da roupa. Contou várias vezes para R.M., mas esta nunca acreditou nela e dizia que eles iriam presos se ela falasse alguma coisa. A criança era ameaçada pelo réu, que passava a faca em sua barriga e afirmava que ia cortar sua língua. M. lhe contou que A. passava o pênis em sua bunda.

A testemunha A.C.S. afirmou que certo dia seu filho disse que o réu havia colocado o pênis em sua bunda. Verificou que M. estava com o "bumbum" vermelho e que o orientou a gritar caso isso acontecesse novamente. Declarou que L. lhe contou que A. passava creme e colocava o pênis na bunda e na boca de seu filho. Soube que quando o acusado tentou abusar do filho de novo, este gritou e o réu bateu nele e também que o acusado deu banho em M. certa vez. Relatou que R.M. sabia dos abusos cometidos pelo acusado e que dizia para as crianças que elas não poderiam contar o que o réu fazia, porque eles seriam presos. Seu filho não costuma mentir e que sempre conta a mesma versão dos fatos.

A vítima M. negou que conhecia as demais vítima, bem como que ficava na creche e conhecia os réus. Somente respondeu afirmativamente quando questionado se sabia algo sobre A., mas afirmou que tinha vergonha de dizer.

A testemunha R.A.R. só soube dos fatos quando ligaram e pediram para que comparecesse na delegacia. Após, sua filha lhe disse que A. a fazia deitar e colocava o pênis no "bumbum" dela, beijou sua vagina e seus seios. O réu ameaçava todas as crianças para que nada contassem.

A vítima R.A.R.S. relatou que o réu esfregava o pênis no "bumbum" das crianças. O réu ameaçava as crianças com uma faca.

A testemunha M.S.A. relatou que quando chegava em casa e ia dar banho na filha, ela chorava muito e não permitia que ninguém desse banho nela. Desconfiou e tirou a menina da creche. Começou a questionar a criança e ela contou que o réu colocava o dedo e a língua na vagina dela, por cima da roupa. A

Acesso ao Sumário

filha confessou que tinha medo de contar, porque o acusado a ameaçava dizendo que mataria toda a sua família.

A vítima S.S.F. declarou que o réu fazia coisas erradas com crianças e tirava a roupa de suas amigas. Afirmou que chegou em casa "com dodói" e mostrou para sua mãe. Disse que quem fez o machucado foi o acusado.

O delegado de polícia, Estevam Gabriel Urso, afirmou que soube do ocorrido e determinou que os policiais se dirigissem ao local. As mães das crianças não sabiam dos acontecimentos. Souberam na delegacia. Disse que o réu admitiu parcialmente ter mexido com apenas uma das crianças, negando o restante. No tocante à ré, ela sabia dos fatos, mas, por receio, silenciou-se. Não acredita que as crianças tenham sido orientadas a falar, já que sentiu espontaneidade nelas.

O conselheiro tutelar Carlito de Jesus também prestou depoimento e narrou que acompanhou os policiais no atendimento à ocorrência e participou de alguns depoimentos das crianças ao CREAS. Algumas crianças contaram como foram os abusos, outras não conseguiam expressar totalmente o ocorrido. Os conselheiros tutelares sentiram veracidade no que as crianças falaram.

A guarda municipal Ana Valéria de Amorim relatou que foram procurados, pois tinha uma denúncia que na creche irregular havia situação de abusos sexuais. Entraram e no local tinham três crianças, que, amedrontadas, afirmaram ser vítimas de A. As crianças disseram que ele chupava o peito delas, passava o pênis nos "bumbuns". Uma das crianças disse que R.M. brigava, porque se contassem, o réu iria preso. Não acredita que as crianças tenham inventado as histórias.

A testemunha A.C.R. nada acrescentou sobre os fatos.

A ré R.M. alegou que não tinha conhecimento dos fatos. Só soube quando M.E. a chamou junto com L. e disse que A. tinha dado um beijo na boca dela. Após, a criança disse que era brincadeira e que o beijo havia sido no rosto. Acredita que se os infantes tivessem sido abusados, teriam contado de imediato. Relatou que as demais crianças nunca lhe falaram nada e que nunca viu A. fazendo qualquer dessas coisas. Afirmou que gostava muito das crianças e cuidava delas, assim, se soubesse dos fatos, teria sido a primeira a denunciar. Disse que as crianças nunca demonstraram nenhum tipo de aversão a A. e que elas não eram expostas a nenhum tipo de conteúdo sexual.

O réu A. alegou inocência e sustentou que tem um facão, pois o móvel que comprou apresenta defeito e o utilizava a faca para apertar os parafusos. Afirmou que nunca tocou nas crianças com cunho libidinoso. Contou ao investigador que certa vez baixou a calça de R. e lhe beijou na barriga. Nenhuma criança presenciou a cena. Relatou que essa foi a única vez que aconteceu e não houve qualquer interesse sexual. Nunca teve problema com as crianças e nem com seus

genitores. Não sabe dizer o motivo pelo qual as crianças inventaram as histórias. Declarou que M. e L. perguntaram a ele sobre sexo e que o menino disse que tinha visto seu padrasto colocando o pênis na boca de sua mãe. O depoente diz ser impotente.

As versões dos réus restaram completamente isoladas nos autos, havendo provas suficientes a ensejar a condenação de ambos, não se podendo falar, tampouco, em atipicidade da conduta, considerando-se ter se comprovado que o réu praticou atos libidinosos com as vítimas e a ré foi conivente com a situação, afinal, algumas das vítimas declararam que R.M. foi informada por elas acerca dos fatos e nada fez. Ao contrário, dizia que era mentira e que caso contassem a alguém, os acusados seriam presos.

R.M. deverá ser condenada com base no artigo 13, § 2º, alínea *b* do CP, já que as crianças vítimas estavam sob a responsabilidade dela, que estava na posição de garante.

Assim, não deve sequer ser analisado o pleito da ré R.M. para alterar o inciso com o qual foi absolvida.

As vítimas se submeteram aos abusos do réu A. e à omissão da corré R.M. por anos.

Importante ressaltar que as vítimas, menores de 14 anos na data dos fatos, apresentaram narrativas objetivas, fato este que afasta qualquer dúvida quanto a uma possível invenção nos acontecimentos descritos.

Além disso, os depoimentos em sede policial e judicial se deram de forma clara e bem articulada, em perfeita harmonia com os demais elementos presentes nos autos, relato típico de quem se compromete com a verdade. Portanto, nesse caso, as palavras das vítimas se revestem de alto valor probante e são suficientes para demonstrar a autoria do crime.

Anote-se que os genitores não tinham conhecimento dos fatos até que chamados a acompanhar seus filhos nos depoimentos prestados perante a autoridade policial. Assim, não se poderia falar em indução das crianças ou invencionice das mesmas.

Vale mencionar o entendimento do C. STJ quanto à questão da palavra da vítima nos crimes contra a dignidade sexual:

> *"A palavra da vítima nos crimes contra a liberdade sexual, que geralmente são praticados na clandestinidade, assume relevantíssimo valor probatório, mormente se corroborada por outros elementos"* (HC nº 264482/RJ, E. 5ª Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 23.6.2015).
>
> *"Em delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, a palavra da vítima possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas acostadas aos autos"* (HC nº 227449/SP, E. 6ª Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 28.4.2015).

Acesso ao Sumário

Dessa forma, patentes a autoria e a materialidade do delito aos réus imputados, sendo certo que não há que se falar em contravenção penal do artigo 61 da Lei das Contravenções Penais, tendo em vista que caracterizado o crime do artigo 217-A do CP.

No atinente à pena de A., tem-se que a pena-base foi fixada no patamar mínimo legal de 08 (oito) anos de reclusão, devendo ser aumentada em 1/6 (um sexto), considerando-se as circunstâncias do fato, a quantidade de vítimas atingidas, a personalidade do agente e as consequências de seu ato para as vítimas, que trarão para o resto de suas vidas as marcas do abuso sofrido. Assim, fixo a pena em um total de 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Por fim, a pena foi aumentada em ¼ devido à incidência do artigo 71 do CP. Razão tem o Ministério Público ao pleitear seu aumento em 2/3, considerando- se que os abusos sexuais foram praticados por cerca de 05 (cinco) anos e contra diversas vítimas, absolutamente desprotegidas por quem havia recebido a confiança dos genitores. Portanto, a pena do réu totalizará 15 (quinze) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

Quanto à ré R.M., que, como já mencionado, foi omissa e conivente com os abusos perpetrados pelo réu, passo a fixar a sua pena.

Fixa-se a pena-base no mínimo legal de **08 (oito) anos de reclusão**, a qual torno definitiva, já que não estão presentes causas de aumento ou de diminuição.

Por fim, no que tange o regime inicial de cumprimento de pena, tem-se que foi devidamente aplicado o regime fechado, tendo em vista o exposto no artigo 33, §3º do CP, o qual preconiza que para a determinação do regime inicial deve ser observado o artigo 59 do mesmo diploma legal, que estipula sejam observadas as circunstâncias do crime, a personalidade, a conduta social do agente, os antecedentes, etc. No caso em tela, foi praticado o crime de estupro, delito de extrema gravidade, que causou traumas nas vítimas, crianças. Além disso, o acusado as ameaçou com faca para que nada contassem a seus genitores. Quanto à ré, foi conivente com as atitudes de seu companheiro, permitindo que ele abusasse das crianças por anos. Além disso e, principalmente, tem-se o exposto no artigo 33, § 2º, alínea *a*, do CP.

Acesso ao Sumário

No tocante ao pedido do réu A. para excluir o dano moral do *sursis* a ele concedido, também não merece ser atendido e, aqui, assiste razão ao Ministério Público.

Não faz jus o réu à aplicação do *sursis* do artigo 77, §2º do CP porque a pena aplicada foi superior a 04 anos, não cumprindo o requisito legal. Dessa forma, afastado o *sursis* anteriormente concedido a A.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** à apelação do Ministério Público para condenar R.M. pela prática do delito do artigo 217-A c/c artigo 13, §2º, alínea *b*, ambos do CP, à pena de 08 (oito) anos de reclusão, em regime

inicial fechado, e para aumentar a pena do réu A. para 15 (quinze) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, bem como para revogar o *sursis* concedido ao réu e **NEGA-SE PROVIMENTO** aos apelos dos réus. Expeçam-se mandados de prisão necessários.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009077-49.2014.8.26.0323, da Comarca de Lorena, em que é apelante FLÁVIO GONÇALVES DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, expedindo-se mandado de prisão. V.U." de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.050)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e COSTABILE e SOLIMENE.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2017.

SOUZA NERY, Relator

Ementa: Apelação. Tráfico ilícito de entorpecentes. Recurso buscando a absolvição por insuficiência probatória, ou a desclassificação para o crime do artigo 28 da Lei de Drogas. Pedido subsidiário de redução da pena na primeira fase ou aplicação do redutor do artigo 33, § 4º. Alegação de *bis in idem* pela utilização da quantidade de droga para aumentar a pena base e negar a incidência do redutor. Pleito de substituição de pena.

Processo penal. Prova. Tráfico ilícito de entorpecentes. Testemunhos de policiais. Os relatos de policiais têm eficácia probatória, preponderando sobre as palavras suspeitas dos réus, quando seguros, insuspeitos e estiverem em harmonia com o restante da prova. Apreensão de grande quantidade de entorpecentes (1 porção de 10g de maconha e 1 tijolo de 510g da mesma droga), somada à visualização de atos de mercancia e apreensão de apetrechos utilizados para o embalo de

Acesso ao Sumário

entorpecentes. Desclassificação impossível.

Penal. Dosimetria. Tráfico de entorpecentes. Aumento na primeira fase em razão da quantidade de droga bem justificado. Reconhecimento da causa de redução de pena do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06. Impossibilidade. Circunstâncias do caso e ausência de comprovação de ocupação lícita que não recomendam a aplicação do redutor. Ausência de *bis in idem*, vez que circunstâncias outras afastaram o redutor.

Penal. Crime de tráfico ilícito de drogas. Crime equiparado aos hediondos. Imposição de regime inicial fechado. Necessidade. Incidência do artigo 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, com nova redação dada pela Lei nº 11.464/07.

Penal. Tráfico ilícito de drogas. Aplicação de penas alternativas a traficante. Impossibilidade. Inteligência do art. 44, da Lei de Tóxicos.

Recurso desprovido. Expedição de mandado de prisão.

VOTO

Inconformado com a r. decisão de primeira instância,[1] que o condenou, pela prática de crime de tráfico de entorpecentes,[2] às penas de cinco anos e dez meses de reclusão, mais 583 dias-multa, em regime inicial fechado, **FLÁVIO GONÇALVES DA SILVA** apela em busca de solução diversa. Em sede preliminar, afirma haver omissão na sentença, que não apreciou pedido de restituição de valor pertencente a sua mãe. No mérito, busca a absolvição ou a desclassificação para o crime do artigo 28 da Lei de Drogas, alegando, em síntese, insuficiência probatória. Subsidiariamente, afirma ocorrer *bis in idem* em razão da utilização da quantidade de entorpecente apreendido para aumentar a pena-base e negar a aplicação do redutor previsto no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas, razão pela qual busca a redução da pena na primeira fase e a aplicação do redutor. Por fim, busca a substituição da pena.[3]

O recurso foi regularmente processado, tendo recebido parecer desfavorável da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

1 Fls. 141-147, Dr. LEONARDO GUILHERME WIDMANN, cujo relatório fica adotado.

2 Lei nº 11.343/06, art. 33, *caput*.

3 Razões do recurso, fls. 153-156 e 162-170 (recebidas como aditamento).

VOTO

O recurso não merece acolhida.

A preliminar não comporta acolhimento: como bem apontou o digno magistrado de primeiro grau na decisão de fls. 171, o pedido deveria ser feito em apartado; ademais, o ilustre defensor não possui procuração para defender os interesses da mãe do réu. Afora isso, em consulta aos autos no sítio eletrônico do Tribunal, verifico que o pedido de restituição foi efetivamente deferido após a interposição do recurso de apelação, pelo que a preliminar perdeu seu objeto.

No mérito, tenho que a condenação foi bem proferida. A prova dos autos é francamente desfavorável ao apelante.

Com efeito:

A materialidade delitiva restou comprovada pelo auto de exibição e apreensão,[4] bem como pelo laudo de exame químico toxicológico.[5] Foi corroborada, ainda, pela prova oral produzida na instrução,[6] que certifica também a autoria.

O apelante, ao ser interrogado, negou a prática do delito. Disse que, na data dos fatos, tinha consigo apenas droga suficiente para preparar um cigarro de maconha, a qual estava num triturador quando da ação policial. As demais drogas não lhe pertenciam e os demais objetos encontrados pertenciam a sua mãe. Não havia conversado com Heinrich no dia do ocorrido.

No entanto, tal versão foi frontalmente contrariada pelo depoimento harmônico e coeso dos policiais civis responsáveis pela prisão.

Maurílio Abreu Aquino e Alfredo Ferreira da Silva Pereira, tal como já haviam afirmado em sede policial (fls. 3-4 e 6-7), declararam ter recebido informações da prática do tráfico de drogas pelo apelante e passaram a investigá-lo, flagrando-o, em campanas, em atividade típica de venda de drogas, inclusive frequentando o terreno baldio existente na esquina oposta à sua casa. No dia dos fatos, foram até a residência do apelante para cumprir um mandado de busca domiciliar e, chegando ao local, viram-no saindo da residência na companhia de outro indivíduo, Heinrich. Ao notar a presença dos policiais, o apelante arremessou um objeto no telhado da residência, que posteriormente se constatou ser uma porção de maconha. Em cumprimento ao mandado de busca, encontraram, na garagem, uma faca de cozinha com resquícios de maconha na lâmina. No quarto do apelante, foram encontrados R$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais) e apetrechos utilizados para preparar drogas, como fita adesiva e saquinhos plásticos. No quarto da mãe do réu foi encontrado o valor de R$ 900,00. Também localizaram, na área de serviço, uma porção de maconha e

Acesso ao Sumário

4 Fls. 16-17.

5 Fls. 73.

6 Colhida por meio audiovisual e registrada na mídia digital de fls. 99 e 128.

vários saquinhos plásticos transparentes. No terreno baldio próximo à residência, localizaram um tablete de maconha, que estava escondido em um cano de PVC. O apelante teria admitido a propriedade das drogas e esclarecido que ocultava a droga no terreno baldio para não prejudicar sua família. Disseram não conhecer o apelante anteriormente.

Na valoração da prova, tenho que o depoimento seguro, coerente e insuspeito dos policiais ouvidos, que as testemunhas de defesa, uma delas, Heinrich, até mesmo contraditória em relação ao que afirmara em sede policial, não conseguiram infirmar, deve preponderar sobre as palavras (suspeitas, por razões óbvias) do apelante, restando bem caracterizado o delito a ele imputado.

Neste ponto, anoto que esta C. Câmara tem seguidamente proclamado que a circunstância de ser policial a testemunha não afeta – positiva ou negativamente – o valor probante de sua palavra. Aprioristicamente, aquela condição funcional nem confere ao testemunho maior força persuasória nem o inquina de suspeição; afere-se-lhe o mérito e mede-se-lhe o grau de confiabilidade segundo os critérios ordinariamente aplicados.[7]

Este é o entendimento da mais alta Corte de Justiça da Nação:

> O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos.[8]

Nesse sentido:

> O depoimento testemunhal do policial que atuou na ocasião do flagrante possui eficácia probatória, sendo certo que não se pode descartá-lo e deixar de considerá-lo como suporte da condenação, pelo simples fato de emanar de agentes estatais incumbidos da repressão penal.[9]

Acesso ao Sumário

7 TACrimSP, Apelações nº 312.301, 348.938, 370.522, 374.198, 395.129, 401.995, 412.061, 418.776, 426.062, 438.848,453.340, 461.091, 577.011, 637.707, 1.022.143, 1.030.863, 1.032.127, 1.037.121, 1.042.611, 1.048.215, 1.050.099, 1.159.259; TJSP, apelações n. 404.622, 407.823, 425.154, 481.453, 825.284, 832.353, 836.639, 841.738, 844.607, 851.695, 856.298, 860.322, 862.376, 864.704, 869.910, 874.485, 879.300,883.426, 885.132, 887.203, 889.401, 891.014; TJSP (SAJ), Apelações ns.990.08.010368-7, 990.08.011583-9, 990.08.018916-6, 990.08.025604-1, 990.08.169310-0, 990.08.171251-2, 990.08.171306-3, 990.08.172110-4, 990.08.173115-0, 990.08.183529-0, 990.08.187445-8, 990.08.192519-2, 990.08.193079-0, 990.08.193275-0, 990.08.193292-0, 990.09.002320-1, 990.09.132124-9, 990.09.137990-5, 990.09.146743-0.

8 HC nº 74.608-0-SP, Rel. Min. Celso de Mello.

9 TJSP, Des. Walter de Almeida Guilherme, RT 816:548.

> Prova - Depoimento de policiais. Valor: a palavra dos policiais que participam da prisão, ou da diligência que resulta na localização dos bens roubados, deve ser analisada em conjunto com as demais provas e, em princípio, ser considerada sem nenhuma ressalva.[10]

No mais, a grande quantidade e forma de acondicionamento dos entorpecentes apreendidos (uma porção de dez gramas de maconha e mais um tijolo de 510g da mesma droga), bem como as circunstâncias da apreensão, que ocorreu após denúncias de prática de tráfico pelo apelante e visualização de atos de comércio pelos policiais, o que inclui o encontro de diversos apetrechos utilizados para a preparação e embalo de entorpecentes, como sacos plásticos e faca com resquícios de maconha, a denotar o pleno desenvolvimento da "atividade industrial", não deixam dúvidas sobre o destino ao consumo de terceiros, sendo impossível a pretendida desclassificação para o crime de posse para consumo próprio.

Nessas circunstâncias, não é possível sustentar a argumentação da ilustre defesa. Esta C. Câmara já teve oportunidade de decidir (Apelação nº 0001049-44.2014.8.26.0145, j. em 12/11/2015, v.u., Relator Des. ROBERTO SOLIMENE), a respeito dessa matéria, que:

> Sem dúvida, o juiz não pode desprezar as regras de experiência comum (*praesumptiones hominis*), ou seja, a ordem normal das coisas. A experiência comum é aquele conhecimento adquirido pela prática e pela observação do quotidiano. Nesse sentido há manifestações da doutrina e da jurisprudência (cf. JOSÉ FREDERICO MARQUES, Elementos de Direito Processual Penal, 1ª ed., Bookseller, 1997, vol. II, § 95, item 525, pág. 346, nota 9; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Código de Processo Penal Comentado, 10ª ed., 2011, art. 239, item 4, págs. 544-5; GUILHERME MADEIRA DEZEM, Da Prova Penal, 1ª ed., Millennium, 2008, cap. IV, item, 12.2, págs. 272; STF, 2ª T., HC 70.344/RJ, rel. Min. PAULO BROSSARD, RTJ, 149/521; STJ, 6ª T., HC 15.736/MG, rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJU, 23/04/01, pág. 189; LexSTF, 182/356; RT, 673/357, 711/378, 728/543, 744/602, 748/599, 758/583, 769/602 e 854/654: RJDTACrimSP, 5/167, 6/137, 7/105, 16/133, 25/324 e 28/209) (...)".
>
> O delito de tráfico de substâncias entorpecentes, inscrito no art. 33, caput da Lei 11.343/06, consiste em tipo misto de conteúdo variado ou ação múltipla, consuma-se, pois, com a prática de qualquer uma das condutas identificadas no núcleo do tipo, e, na hipótese, o crime foi deflagrado ao menos pelos verbos "guardar" e "ter em depósito" (verbis).
>
> É certo que a conduta inserida nos verbos contidos no dispositivo legal em referência exige dolo, que é sempre genérico (cf. VICENTE GRECO FILHO e JOÃO DANIEL ROSSI, Lei de Drogas Anotada, 1ª ed., Saraiva, 2007, art. 33, nº 4, pág. 81; RTJ, 149/521; RT, 727/478, 747/642, 750/590,

Acesso ao Sumário

10 TJSP, Apelação nº 1.439.961/1, j. 27.9.2004.

789/536, 793/576, 793/727, 807/597, 810/578 e 831/614).

Cuida-se, pois, de texto congruente ou congruente simétrico, esgotando-se, o seu tipo subjetivo, no dolo. As figuras, v.g., de transportar, trazer consigo, guardar ou, ainda, de adquirir não exigem, para a adequação típica, qualquer elemento subjetivo adicional tal como o fim de traficar ou comercializar. Além do mais, para tanto, basta também atentar para a incriminação do fornecimento.

Em contrapartida, a figura prevista no art. 28 da mesma Lei, este sim, como *delictum sui generis*, apresenta a estrutura de congruente assimétrico ou incongruente, visto que o seu tipo subjetivo, além do dolo, exige a finalidade do exclusivo uso próprio. Nesse sentido: STJ REsp 1133943/MG 5ª T. rel. Min. FELIX FISCHER j. 6.4.2010.

Todavia, inexiste comprovação sobre este aspecto.

Daí ser dispensável para o caso a prova efetiva e direta de qualquer ação de comércio clandestino de droga, bastando a prova do conjunto de indícios e presunções (circunstâncias ligadas ao fato probando) envolvendo o acusado. Relevante, pois, examinar o contexto probatório sob a perspectiva de que os assuntos nele tratados, *id quod plerumque accidit* (art. 335 do Cód. de Processo Civil), podem ser comprovados também pela prova indiciária.

O benefício da dúvida, preceito do qual desfrutam acusados processados em nações civilizadas, jamais significou que o julgador, no exercício do seu mister, devesse renunciar à razão.

São precisamente os crimes sem testemunhas presenciais que melhor se prestam ao exercício da inteligência. Em verdade, a percepção pelos sentidos não é melhor do que a compreensão pelo raciocínio: são apenas dois modos diferentes de apreender a realidade.

Ou seja, também os indícios se prestam a demonstrar a realidade e de acordo com a doutrina dominante, sua eficácia não é menor do que a da prova direta, razão pela qual, quando os indícios são concordantes com outras provas colhidas, a condenação estará justificada.

Em suma, não há como se descartar a prova indiciária, circunstancial, cujo valor é o mesmo da direta, posto que reconhecida pelo sistema do livre convencimento, adotado pelo Código de Processo Penal, na lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES, *in* Elementos de Direito Processual Penal, vol. 2, 2ª edição, Rio: Forense, 1965, p. 378. No mesmo sentido: EDGARD MAGALHÃES NORONHA, *in* Curso de Direito Processual Penal, 3ª ed., Saraiva, 1969, n° 79, pág. 142 e ADALBERTO DE CAMARGO ARANHA, *in* Da Prova no Processo Penal, 3ª ed., Saraiva, 1994, XVI, 5.1, pág. 169; e JOSÉ HENRIQUE PIERANGELLI, in Da Prova Indiciária, RT 610/298-303.

Aliás, a respeito do inexcedível valor probante que os indícios podem apresentar, em certos casos, como o presente, são oportunas algumas lições doutrinárias. Para CHRISTIANO JOSÉ DE ANDRADE, in “Dos

Acesso ao Sumário

Indícios no Processo Penal", em "Justitia", págs. 72/87 e segs., Indicio vem do latim indicare, que significa indicar, apontar, mostrar com o dedo ou por meio de um sinal qualquer, demonstrar, revelar (...) Os escritores mais antigos chamavam os indícios de testemunhas mudas".

Realçou MITTERMAYER, in "Tratado da Prova em Matéria Criminal, Ed. J. Ribeiro dos Santos, 2ª ed., 1909, p. 361, que "O indício é um fato em relação tão precisa com outro fato que, de um, o juiz chega ao outro por uma conclusão natural. É preciso, então, que haja na causa dois fatos, um verificado, e outro não provado, mas que se trata de provar raciocinando do conhecido para o desconhecido".

Consoante se aquilata do teor do art. 239 do Cód. De Processo Penal, considera-se indício a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outras circunstâncias (na espécie, o tipo referido na r. sentença), extraídas da experiência técnica ou comum.

Destarte, pelos indícios, por presunção *hominis*, vai-se do fato indiciário – através de operação lógica – ao fato a ser provado, segundo os princípios da razão (*id quod plerumque accidit*), segundo remarcam ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES e ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, *in* "As Nulidades no Processo Penal", Malheiros Editores, 1992, pág. 133.

Pela prova indiciária, em outras palavras, alcança-se determinada conclusão sobre um episódio através de um processo lógico-construtivo, estabelecendo-se o devido nexo de causalidade. Os indícios, desta sorte, constituem modalidade indireta de prova e diferem da prova direta porque, nesta, o fato probando obtém silhueta e contornos instrutórios imediatos, apresentando-se, como perlustra MAGALHÃES NORONHA, "diante de nós, sem necessidade do processo lógico-construtivo, porque se nos revela através do testemunho, confissão, perícia, etc (...)".

Os indícios, em suma, em linhas gerais, seriam suficientes para o respaldo e embasamento de uma sentença de preceito condenatório (RT 401/285, 555/114, 722/462), principalmente se afastam qualquer hipótese favorável ao acusado (RT 110/127, 214/61, 218/96, 395/309 e 401/285).

Nessa conformidade, sou pela manutenção do édito condenatório.

A dosimetria das penas não comporta reparos.

A pena-base foi corretamente aumentada em razão da grande quantidade de entorpecente encontrada, mais de meio quilo de maconha, com grande potencial de distribuição, como bem argumentou o digno magistrado, na conformidade do artigo 42 da Lei de Drogas.

Na terceira fase, entendeu o magistrado que as circunstâncias do caso indicavam, malgrado a primariedade, não se tratar de neófito no comércio de entorpecentes, não meramente pela quantidade de droga apreendida, como quer

Acesso ao Sumário

fazer crer a defesa, mas pela forma de embalo e outros elementos, pelo que não vislumbro o alegado *bis in idem*, já que circunstâncias outras além da quantidade foram utilizadas como critério para afastar a aplicação do redutor do artigo 33, § 4º da Lei de Drogas.

E a ele realmente não fazia jus o apelante, até mesmo porque não demonstrou que possuía ocupação lícita[11] e, portanto, não tinha ele como se manter por meios lícitos, circunstância que, somada a todo o contexto da apreensão, gera, no meu entender, presunção de não-satisfação das condições previstas no § 4º, do artigo 33, das Lei de Tóxicos.

Noutras palavras, infere-se delas que o sentenciado, se não integra/integrava efetivamente organização criminosa, pelo menos, dedicava-se à atividade criminosa (no caso, ao tráfico) para se manter, garantir renda. Em tal caso, cabia-lhe afastar essa presunção (inversão de ônus da prova) de modo válido e convincente, o que não aconteceu.

Nesse sentido, veja-se decisão de minha lavra proferida nos autos de Apelação Criminal nº 990.10.053818-7:

> A meu aviso não é de ser aplicada a benesse prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 a casos como o dos autos.
>
> O referido dispositivo legal autoriza a redução da pena corporal imposta ao condenado por tráfico de entorpecentes "desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".
>
> (...)
>
> Claro como o sol que o condenado pela prática de crime foi encontrado em **atividade criminosa**. O só fato de ter sido condenado já indica sua atividade criminosa. E, no mais das vezes – especialmente como na hipótese vertente – a quantidade e diversidade de drogas indica, também insofismavelmente, ter o paciente **relacionamento estreito com o crime organizado**, já que tais "produtos", não se vendem nas "boas lojas do ramo".
>
> Assim, a comprovação da satisfação do requisito legal, portanto, inverte o ônus da prova, incumbindo ao próprio interessado demonstrar que, muito ao contrário de dedicar- se à atividade criminosa em que foi pego, tem ele outra ocupação, até, quem sabe, uma profissão. Ele é que tem de demonstrar tratar-se de episódio esporádico, preferencialmente único, em sua existência.
>
> Essa prova, não foi produzida nos autos. O apelado foi encontrado, no "regular exercício" de seu nefasto mister, na posse de grande quantidade de drogas.
>
> Como não tem nenhuma outra atividade, a única conclusão a que se pode chegar é que **se dedica costumeiramente à atividade criminosa**

Acesso ao Sumário

11 A fls. 27 declarou-se desempregado.

de comércio de entorpecentes; e, como não tem renda proveniente de origem diversa, somente se pode concluir **pertencer a organização criminosa** que o abastece com a droga a ser comercializada.[12]

A propósito, vejam-se também estes julgados do Excelso Pretório, tratando da questão:

Presentes indícios de que a Recorrente se dedica a atividades criminosas, impõe-se a denegação do benefício do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.[13]

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA, MAUS ANTECEDENTES E DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. PRESUNÇÃO HOMINIS. POSSIBILIDADE. INDÍCIOS. APTIDÃO PARA LASTREAR DECRETO CONDENATÓRIO. SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. REAPRECIAÇÃO DE PROVAS. DESCABIMENTO NA VIA ELEITA. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA APTA A AFASTAR A MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06, ANTE A DEDICAÇÃO DO AGENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ORDEM DENEGADA.

1. O § 4º do artigo 33 da Lei de Entorpecentes dispõe a respeito da causa de diminuição da pena nas frações de 1/6 a 2/3 e arrola os requisitos necessários para tanto: primariedade, bons antecedentes, não dedicação à atividades criminosas e não à organização criminosa.

2. Consectariamente, ainda que se tratasse de presunção de que o paciente é dedicado à atividade criminosa, esse elemento probatório seria passível de ser utilizado mercê de, como visto, haver elementos fáticos conducentes a conclusão de que o paciente era dado à atividade delituosa.

3. O princípio processual penal do favor rei não ilide a possibilidade de utilização de presunções *hominis* ou *facti*, pelo juiz, para decidir sobre a procedência do *ius puniendi*, máxime porque o Código de Processo Penal prevê expressamente a prova indiciária, definindo-a no art. 239 como "a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias". Doutrina (LEONE, Giovanni. *Trattato di Diritto Processuale Penale*. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162). Precedente (HC 96062, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009, DJe-213 DIVULG 12-11-2009 PUBLIC 13-11-2009 EMENT VOL-02382-02 PP-00336).

4. Deveras, o julgador pode, mediante um fato devidamente provado que

12 Nesse mesmo sentido, Apelação Criminal TJSP nº 0021916-73.2011 (Declaração de Voto Parcialmente Divergente).

13 RHC N. 117.241-SP, RELATORA: MIN. ROSA WEBER.

Acesso ao Sumário

não constitui elemento do tipo penal, utilizando raciocínio engendrado com supedâneo nas suas experiências empíricas, concluir pela ocorrência de circunstância relevante para a qualificação penal da conduta.

5. A criminalidade dedicada ao tráfico de drogas organiza-se em sistema altamente complexo, motivo pelo qual a exigência de prova direta da dedicação a esse tipo de atividade, além de violar o sistema do livre convencimento motivado previsto no art. 155 do CPP e no art. 93, IX, da Carta Magna, praticamente impossibilita a efetividade da repressão a essa espécie delitiva.

6. O juízo de origem procedeu a atividade intelectiva irrepreensível, porquanto a apreensão de grande quantidade de droga é fato que permite concluir, mediante raciocínio dedutivo, pela dedicação do agente a atividades delitivas, sendo certo que, além disso, outras circunstâncias motivaram o afastamento da minorante.

7. *In casu*, o Juízo de origem ponderou a quantidade e a variedade das drogas apreendidas (1,82g de cocaína pura, 8,35g de crack e 20,18g de maconha), destacando a forma como estavam acondicionadas, o local em que o paciente foi preso em flagrante (bar de fachada que, na verdade, era ponto de tráfico de entorpecentes), e os péssimos antecedentes criminais, circunstâncias concretas obstativas da aplicação da referida minorante.

8. Ordem denegada.[14]

Finalmente, correta a imposição do regime fechado e negativa de substituição de pena.

Quanto ao regime prisional, tenho que deve ser atendido o disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, disposição expressa que, a menos que se queira decidir *contra legem*, deve regular o caso. Referido dispositivo legal foi editado pelos Poderes Competentes, gozando, até prova em contrário, de presunção de constitucionalidade.

Não é escusado dizer que, sob a minha ótica, tal dispositivo legal (art. 2º, § 1º) – assim como ocorria com o antigo, que impunha o regime *integral* fechado[15] – não padece do vício da inconstitucionalidade, por justamente regular e prever o tratamento penal mais rigoroso que os autores de crimes hediondos ou a eles equiparados devem ter, por previsão constitucional (CF, art. 5º, XLIII). Quanto à individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), ela será observada no curso da execução penal.

Nesse sentido, julgados desta C. Corte:

TÓXICOS - Tráfico - Caracterização - Pleito de absolvição por insuficiência de provas - Impossibilidade - Réu preso com 4,5g de

Acesso ao Sumário

14 HC N. 111.666-MG, RELATOR: MIN. LUIZ FUX, j. em 8.5.2012, disponível em Informativo STF nº 667: (endereço eletrônico constante do texto original).

15 Não custa dizer que sempre entendi constitucional o antigo artigo 2º, § 1º, da Lei de Tóxicos.

cocaína - Materialidade e autoria comprovadas - Condenação mantida - Causa de aumento prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei Federal 11343/06 comprovada - Redução prevista no § 4º do artigo 33 da referida lei - Impossibilidade - Manutenção do regime inicial fechado - Disposição legal expressa no artigo 2º, § 1º, da Lei Federal n. 8072/90 - Substituição da pena privativa por restritiva de direitos - Impossibilidade - Recurso defensivo improvido e provido o ministerial, com determinação.[16]

PENA - Regime - Fixação - Tóxicos - Tráfico - Inicial aberto - Impossibilidade - Vedação prevista no artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8072/90 - Prevalência sobre a regra geral prevista no artigo 33, § 2º, do Estatuto Repressivo - Inexistência de inconstitucionalidade do dispositivo legal - Embargos de declaração com intuito de infringentes - Inadmissibilidade - Embargos rejeitados.[17]

Não há falar em aplicação de regime mais brando ou inconstitucionalidade de dispositivo legal. A Lei n° 11.464, de 28 de março de 2007, modificando disposição da Lei n° 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), estatuiu, de maneira expressa, em seu artigo 2º, § 1º que as penas relativas aos crimes previstos no caput deste artigo - entre eles o tráfico ilícito de entorpecentes - serão cumpridas inicialmente em regime fechado. Os princípios da isonomia e da individualização da pena não sofreram qualquer mácula em razão do regime adotado, que guarda relação com a extrema gravidade do crime de tráfico de entorpecentes equiparado a hediondo, não havendo, portanto, inconstitucionalidade.[18]

(...) Também é incabível que o regime prisional inicial seja outro diverso do fechado, em razão da existência de expressa proibição legal (artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90). Vedação esta que não se mostra maculada de inconstitucionalidade, posto que e a Carta Magna preconizou o tratamento mais rigoroso aos crimes hediondos ou a eles equiparados (art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal).[19]

Não desconheço que o Excelso Pretório, na sessão de 27.6.2012, nos autos de Habeas nº 111.840, reconheceu, por maioria de votos, a inconstitucionalidade do referido dispositivo, mas fê-lo, ressalto, *incidentalmente*, o que significa dizer que valeu somente para o processo julgado; não tem efeito *erga omnes*, pelo menos enquanto o Senado Federal não se pronunciar a respeito (CF, art. 52, X). Assim, malgrado o entendimento que vem se firmando nas mais altas Cortes de Justiça da Nação,[20] entendo inteiramente aplicável a norma referida, o que

Acesso ao Sumário

16 TJSP, Apelação n. 0045280-92.2010.8.26.0050 - São Paulo - 4ª Câmara Criminal Extraordinária - Relator: César Augusto Andrade de Castro - 28/11/2013 - 381 - Unânime.

17 TJSP, Embargos de Declaração n. 3002121-94.2008.8.26.0510/50001 - Rio Claro - 6ª Câmara de Direito Criminal - Relator: Ricardo Cardozo de Mello Tucunduva - 06/12/2012 - 24728 - Unânime.

18 TJSP, Apelação nº 0009912-51.2011.8.26.0320, Rel. Des. FRANCISCO BRUNO.

19 TJSP, Apelação nº 0009428-41.2010.8.26.0362, Rel. Des. Aguinaldo de FREITAS FILHO.

20 STJ, AgRg no REsp 1304198/RS; HC 189960/SC; HC 235528/ES; HC 239721/SP; HC 224834/

obriga à fixação do regime inicial mais severo.

As penas alternativas não devem ser aplicadas não só pela hediondez do crime, que recomenda maior rigor no escarmento, mas também porque a Lei nº 11.343/06 expressamente veda a benesse aos traficantes, nos precisos termos do que dispõe o seu artigo 44, *caput*. Tal dispositivo legal foi editado pelos poderes competentes, goza de presunção de constitucionalidade e não parece ofender a Constituição de República de modo franco e direto.

Não desconheço que foi reconhecida a inconstitucionalidade desse dispositivo pelo Excelso Pretório (HC 97.256) no ano de 2010, mas essa decisão foi tomada por maioria apertada (6 X 4) e valeu somente para o processo julgado (*incidenter tantum*).[21]

A propósito, julgado selecionado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

1. A nova Lei de Tráfico de Entorpecentes (11.343/06) dispõe que o delito de tráfico é insuscetível de *sursis* e, ainda, vedou expressamente a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44). Portanto, cometido o crime na sua vigência, indevida a conversão da pena ou a concessão de *sursis.*

2. Recente entendimento do colendo STF afirma ser inconstitucional a proibição de conversão de penas em crime de tráfico (HC 97.256, Rel. Min. AYRES DE BRITO); todavia, deve ser ressaltado que foi (a) adotada em sede difusa; (b) por maioria de votos (6x4) e (c) sem efeito vinculante.

3. Não parece razoável que o condenado por tráfico de entorpecentes, seja ele de pequeno, médio ou grande porte, seja beneficiado com essa substituição, porque, em todas as suas modalidades, trata-se de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a desestruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crimes gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou.[22]

Nesse sentido, magistério de Guilherme de Souza Nucci:

Não é possível a substituição da pena privativa de liberdade, nos casos apontados no art. 44, *caput*, desta Lei [Lei nº 11.343/2006], por restritiva de direitos. Nenhuma inconstitucionalidade existe, pois não se fere a individualização da pena. Cuida-se de política criminal do Estado, buscando dar tratamento mais rigoroso ao traficante, mas sem padronização de penas. Porém, há uma ressalva: é norma penal prejudicial ao réu, razão pela qual somente pode ser aplicável aos fatos

Acesso ao Sumário

ES.

21 TJSP, Apelações ns. 0002452-02.2007.8.26.0369, 0005937-97.2008.8.26.0361, 0522263-23.2010.8.26.0000.

22 HABEAS CORPUS Nº 203.403 – SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO.

cometidos após a entrada em vigor da Lei nº 11.343/2006.[23]

Veja-se também, nesse sentido, o seguinte julgado desta Egrégia Corte:

Apelação – TRÁFICO DE DROGAS – Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e regime prisional mais brando. Concessões que devem ser revistas, porquanto não encontram amparo legal. Vedação legal à benesse e incompatibilidade com o caráter hediondo do delito.[24]

Acrescento, mais, por oportuno, decisão da lavra do Eminente Desembargador Roberto Midolla tratando de questão similar, a seguir transcrito:

Por se tratar o crime de tráfico de flagelo mundial, a pretendida substituição da pena privativa de liberdade é incompatível, repito, com o mencionado delito, crime de natureza gravíssima, que vem causando intranquilidade à população ordeira. Referida substituição só estimularia a prática do delito por ausência de punição adequada, de modo que não é medida socialmente recomendável.

O narcotráfico intranquiliza a população e vem crescendo. Causa problemas gravíssimos ao bom convívio familiar. O bom filho torna-se rebelde, desrespeitador, violento, furta dos próprios pais para obtenção da droga. Acaba se transformando em traficante para sustentar o vício. A tranquilidade da família desaparece e em seu lugar passa a reinar o que há de pior, causando problemas de seriedade incontestável. Isso tudo justifica plenamente, impõe mesmo, a fixação da modalidade mais grave para a purgação da sanção, até porque cuidamos de crime equiparado a hediondo.

Em razão do acima exposto, pergunto: Quantas famílias estariam sujeitas a esse martírio, ao desmoronamento total, considerando a droga altamente perniciosa apreendida em poder do réu (*cocaína*)? Por certo seriam dezenas de famílias sujeitas às graves consequências do ilícito que cuidamos.

O Poder Judiciário tem o poder-dever – <u>incontestável obrigação a meu ver</u> – de impedir que isso ocorra, preservando-se, na medida do possível, o bem-estar das famílias e da comunidade em geral, de vez que estaremos, em tese, evitando até mesmo roubos e latrocínios, considerando que traficantes partem para o caminho desses, dentre outros, delitos, a fim de obterem o necessário para aquisição das drogas.[25]

A recente edição da Resolução nº 5, de 2012, pelo Senado Federal,[26] que suspendeu a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º, do artigo 33, da Lei de Tóxicos, em nada altera, no meu

23 *Leis Penais e processuais penais comentadas* (São Paulo: RT, 2007), p. 350.

24 TJSP, Apelação criminal nº 0002452-02.2007.8.26.0369, 0002077-98.2011.8.26.0356.

25 TJSP, Apelação Criminal nº 5534-52.2012.8.26.0050, j. em 13.3.2014.

26 DOU de 16.2.2012.

entender, a solução aqui proposta, visto que o crime, como se sabe, equipara-se aos hediondos e a aplicação de pena vicariante não reprovaria a contento a prática de tão grave crime.[27] Ademais, por opção do legislador, o artigo 44, *caput*, referido resta íntegro, aplicando-se, por isso, *in totum* o argumento acima exposto.

Nesse sentido:

> As circunstâncias do crime indicam que a medida se mostra insuficiente a substituição é vedada nos termos do art. 44, III do CP. Ademais, não obstante o Senado Federal tenha promulgado a Resolução nº 05/2012, mantém esta Turma Julgadora o seu entendimento no sentido da total impossibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos nos crimes de tráfico de drogas, em qualquer de suas modalidades, havendo ou não aplicação do redutor de pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.[28]

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.

O Excelso Pretório, como se sabe, reafirmou em outubro de 2016 – por maioria – o mesmo entendimento ao indeferir cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade ns. 43 e 44.

Acesso ao Sumário

Idêntica solução foi dada, como se sabe, pelo Plenário da Suprema Corte, nos autos de ARE 964.246, em 11.11.2016, quando foi reconhecida a repercussão geral da questão constitucional e também foi reafirmada jurisprudência dominante sobre a matéria, jogando, com isso, pá de cal sobre a discussão envolvendo a possibilidade de executar-se provisoriamente a pena após decisão judicial de 2ª instância.

Determino, portanto, a expedição imediata do competente mandado de

27 CP, art. 44 (III).

28 TJSP, Apelação nº 0088514-61.2009.8.26.0050, Rel. Des. Edison Brandão, 4ª Câmara Criminal, j. em 4.9.2012.

prisão em desfavor do sentenciado, para início do cumprimento da pena que lhe foi imposta.

Destarte, pelo meu voto, proponho que se negue provimento ao recurso, expedindo-se mandado de prisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0834387-95.2013.8.26.0052, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e Apelante/A.M.P. ROSANA RIBEIRO DA SILVA, é apelado CAIO RODRIGUES.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO ao recurso ministerial, elevada a pena restritiva de liberdade imposta na origem para DEZOITO ANOS DE RECLUSÃO a partir do regime fechado. Expeça-se mandado de prisão em consonância com jurisprudência consolidada pelo Col. Pretório Excelso, vide o julgamento, em 17.2.2016, do HC 126.292/SP. O relator do caso, Min. TEORI ZAVASCKI, ressaltou em seu voto que, até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em segundo grau, deve-se presumir a inocência do réu. Mas, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao Col. STF ou E. STJ, não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito. E, assim afirmou, *verbis*: Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas, e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado". Anoto ainda que, recentemente, idêntica orientação na mesma Corte foi repetida por ocasião do julgamento do HC 135.608, rel. Min. CARMEN LÚCIA. Aliás, o mesmo Col. Pretório Excelso definiu a questão por ocasião do julgamento que indeferiu as liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, ocorrido em 5.10.2016. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto 34.453)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), AMARO THOMÉ e CARLOS MONNERAT.

São Paulo, 9 de fevereiro de 2017.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: Homicídio doloso qualificado duplamente.

Acesso ao Sumário

Condenação em plenário. Defesa que se resignou, com trânsito em julgado. Exclusivo apelo ministerial para majoração da pena. Cabimento.

Culpabilidade, personalidade do apelado, circunstâncias do crime e suas consequências que não comportavam fixação da pena-base no seu mínimo legal.

Rigor que se impunha.

A sanção penal deve refletir, em todas as minúcias, proporcionalidade em relação à dimensão do fato perpetrado contra a ordem jurídica, efetivando, em termos objetivos, seu caráter retributivo e, desse modo, assinalando com o necessário destaque a esperada prevenção pelo anúncio social das consequências advindas de cada desatino.

Quando cuida da aplicação da pena, o ordenamento jurídico impõe que ela se estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Espaço temporal entre primeiro entrevero e a execução do crime que poderia muito bem ser aproveitado para reflexão, pelo agressor, sobre as implicações de revanche.

Execução sumária. Inexistência de qualquer sinal de arrependimento. Valorização da vida como complexo axiológico máximo da Carta Constitucional.

Apelo ministerial provido com determinação para expedição de mandado de prisão, em sintonia com jurisprudência contemporânea do Col. Supremo Tribunal Federal.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO

Na sessão de julgamento do 5º Tribunal do Júri, que foi realizada em 1º.12.2015, o apelado Caio Rodrigues acabou condenado a cumprir 12 anos de reclusão, a partir do regime fechado, por violar o quanto posto nos arts. 121, §2º, I e IV, c.c. 29, todos do Cód. Penal (fls. 1295/1303).

Relevante destacar para fins de exame recursal que, na primeira fase da dosimetria, firmou-se o mínimo legal (12 anos), aduzido de 1/6 pela segunda

qualificadora, abatido o aumento na mesma proporção pelo reconhecimento como atenuante da idade do infrator (menor de 21 anos), mais sua primariedade.

Não houve recurso da defesa (confira-se a certidão de trânsito em julgado exarada a fl. 1356, na data de 18.4.2016).

Todavia, não resignado, o Dr. Promotor de Justiça apelou para ver refeita a dosimetria, para mais, alegando que o art. 59 do Cód. Penal informa o julgador com uma plêiade de dados que autoriza aprofundamento maior da questão, no caso, especificamente, a culpabilidade do increpado, sua personalidade, as circunstâncias do fato e as consequências do seu desatino (fls. 1312/1318).

E assim também se pronunciou a assistência de acusação (fls. 1335/1337).

A defesa formulou as contrarrazões (fls. 1340/1352) e o r. parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça é pelo provimento parcial para ver agravada a sanção (fls. 1360/1367).

Voto n. 34.453

Assinalo inexistir recurso da assistência, apenas pronunciamento de igual orientação ao recurso ministerial.

Desde logo, transcrevemos parte relevante da elevada decisão de pronúncia, contra a qual, aliás, a douta defesa **não interpôs recurso** em sentido estrito, cf. expressa manifestação de fl. 994 *in fine*. Ou seja, a deliberação judicial em comento (pronúncia) transitou em julgado e autorizou a imediata convocação dos jurados.

Então, acerca dos fatos está na pronúncia (*verbis*):

"(...) Ele (referência ao apelado Caio), a irmã Gabriela, o amigo e acusado Fernando, e outros conhecidos ou amigos comemoravam seu aniversário na *balada* "Via Marquês", na avenida Marquês de São Vicente, Barra Funda, mesmo local em que a vítima Diego e os amigos Maycon, Felipe, Bruno, Caíke e Iago comemoravam o aniversário de tal Maycon. Na saída, madrugada do dia 7 de junho de 2013, por volta das 4,50 horas, cerca de 215 metros da *balada*, na Praça Pascoal Martins, cruzamento com a rua Robert Bosch, os integrantes das duas turmas, por motivos banais, discutiram e trocaram agressões, quando Caio levou a pior em relação a Diego. Através da irmã Gabriela, que era conhecida de Iago, e com este trocou mensagem SMS, soube que o grupo de Diego se deslocava até o Mc Donald's da rua Henrique Schaumann. Tomado pelo sentimento de vingança, desforra, Caio providenciou uma arma de fogo, e juntamente com Gabriela e Fernando, que anuíram à sua conduta, foi ao encontro de Diego, matando-o cerca de uma hora depois, a mais ou menos 6,9 quilômetros de distância e mais ou menos 12 minutos de percurso (a carro), considerado o local da primeira contenda. Caio, sabendo sobre o deslocamento do grupo do ofendido, chegou antes dele no Mc Donald's – por volta das 6,30 horas. Cerca de 4 minutos depois – 6,34 horas, Caio fez os disparos contra a vítima, que ali chegou por volta das 6,32 horas, ou

Acesso ao Sumário

seja, 2 minutos depois da sua chegada.

Ainda é da peça inicial acusatória que Caio fez uso de recurso que dificultou a defesa do ofendido. Sabendo-o desarmado, dele se aproximou com o amigo Fernando e, sacando a arma de fogo, surpreendeu-o, colhendo-o ainda com os braços cruzados, fazendo-lhe vários disparos, dissimulando, assim, sua intenção homicida, e também por atingir o ofendido pelas costas e nas costas (...)" (fls. 970 e 971).

Cf. termo de votação posto a fl. 1294, em plenário, os Jurados expressaram de modo convicto, firme e decidido o seu **acolhimento** daquela descrição, peculiaridade que há sim de refletir na formulação da dosimetria.

A descrição dos fatos em questão, devidamente inserida na denúncia, confirmada com a pronúncia e, repito, amplamente acolhida pelos Jurados, dela resulta que, se considerados os ditames do art. 59 do Cód. Penal, deveriam ser considerados não apenas a péssima índole do agressor (indicadores de sua personalidade), como também sua insensibilidade, o modo brutal e sorrateiro como agiu, parecendo óbvias as gravíssimas repercussões de todo o acontecido em relação aos familiares e amigos do executado, que o perderam em entrevero bobo no alvorecer de sua vida, incidente daqueles que traumatizam até mesmo estranhos que não o conheciam, pais e mães de outros jovens que aguardam o retorno da prole adulta madrugadas adentro (arts. 3º do Cód. de Processo Penal e 375, do novo Cód. de Processo Civil, "id quod plerumque accidit").

E, não bastasse todo esse contexto, a culpabilidade do agressor foi muito bem delineada no parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, estampada na "forma reprovável de agir do réu", patente o seu dolo intenso, mais um conjunto de circunstâncias que expuseram à mostra a sua determinação para execução de ato de gravíssima e incorrigível violência, atuando de forma premeditada, vez que, mesmo depois de cessada a briga anterior, pôs seus acompanhantes para descobrir o destino tomado pelo seu desafeto, deslocou-se até ali e, portando arma de fogo, aproximou-se e o matou, tudo a evidenciar o seu único intuito "ceifar a vida do desafeto" (fl. 1363).

Feitas estas observações, aliás, tudo **devidamente comprovado no processo**, tanto pela prova oral, como pelas provas periciais, pareceu-nos importante ressaltar que a quantidade dos acréscimos ou diminuições ocorridas na primeira e segunda etapas da dosimetria fica ao prudente critério do juiz, sempre de acordo com as peculiaridades do caso concreto e respeitados os limites legais mínimos e máximos, tudo em acordo com os escólios de Julio Fabbrini Mirabete ("Código Penal Interpretado", 8ª ed., Atlas, 2013, nº 68.3, pág. 405) e de Fernando Capez ("Curso de Direito Penal-parte geral", 6ª ed., Saraiva, 203, pág. 395 e 397).

Acha-se consagrada a orientação pela qual a sanção penal deve refletir, em todas as suas minúcias, proporcionalidade em relação à dimensão do fato

perpetrado contra a ordem jurídica, efetivando, em termos objetivos, seu caráter retributivo e, desse modo, assinalando, com o necessário destaque, a esperada prevenção pelo anúncio social das consequências advindas de cada desatino.

Nesta quadra exsurge, pois, a inspiração do escólio do Des. Canguçu de Almeida, ainda do seu tempo de TACRIM/SP, leia-se no agravo em execução 509.131-7:

"À medida em que a criminalidade recrudesça e se agrave, pondo, a cada instante, mais e mais risco à segurança e à paz sociais, cumpre ao Juiz reprimi-la, desestimulá-la e arrostá-la, mercê de uma mais adequada, mais necessária e, quiçá, até mais rigorosa aplicação do Direito".

Tornando ao caso em concreto, não se trata de fato de somenos, mas da execução brutal de um ser humano. Assim restou violado complexo axiológico de primeira grandeza, amplamente preservado pela Carta Constitucional, a vida, até mesmo importando exceção à liberdade como valor jurídico.

Por tais razões estratégicas o **princípio da obrigatoriedade da individualização das penas**, para aqui ser cumprido em sua magnitude, exigia fossem considerados vários requisitos enumerados na lei, não apenas a idade do faltoso e seus antecedentes, como a sua culpabilidade, a sua personalidade, as específicas circunstâncias do desatino e mesmo as consequências que este deixou indelevelmente marcadas no seio social (em consonância com a Const. Fed., art. 5º, incs. XXXIX, 2ª parte, e XLVI; mais o texto do Cód. Penal., arts. 53, 59, inc. II, e 68, *caput*, e mesmo do Cód. de Proc. Pen., arts. 6º, inc. IX, e 387, inc. II).

Predicava o jurista Enrico Ferri que, "(...) em todo crime, há um aspecto causal (bem jurídico ofendido ou posto em perigo) e um aspecto sintomático (periculosidade do seu autor), mas este tem uma importância preponderante, pois que a justiça penal deve servir à defesa social e, por isso, deve avaliar a potência ofensiva do delinquente, que pode ser diversa da gravidade do crime" (Princípios de Direito Criminal: o Criminoso e o Crime, trad. bras. de Luiz Lemos D'Oliveira, 1ª ed., Russell, 2003, § 57, pág. 278).

Ou seja, em outras palavras, "O crime vale como sintoma da personalidade do criminoso, e não como entidade abstrata. A defesa social tem finalidade direta - a readaptação, empenhando-se, especificamente, pela eliminação do crime. Impõe-se, assim, a individualização, considerando o conteúdo do crime e a personalidade do delinquente para determinar o tratamento praticamente mais adequado" (Roberto Lyra, Comentários ao Código Penal, 1ª ed., Forense, 1942, vol. II, nº 22, pág. 153).

Destarte, pois, quando cuida "Da aplicação da pena", o ordenamento jurídico impõe que ela se "estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime" (Cód. Pen., art. 59, caput).

Acesso ao Sumário

Não se há falar em tabelamento das reprimendas, nem mesmo em institucionalização da pena mínima.

A menoridade relativa e a primariedade são fatores a considerar, jamais equivalendo dizer que, por ser jovem ou ser primário, os delinquentes terão direito à pena em seu patamar mais favorável.

Outras particularidades há por examinar.

Cumpre, pois, adaptar a sanção repressiva à periculosidade do criminoso (temibilidade), tendo-se em linha de conta o seu caráter (personalidade), ou seja, procedendo-se à diagnose biossocial do delinquente.

Por isso, no presente caso, pelo conteúdo do processo, é absolutamente justificável a exacerbação da pena, inclusive pelos contornos postos no art. 59 do Cód. Penal, especificamente a culpabilidade do agressor, sua personalidade, o modo como atuou e o mal com que o delito incontroversamente por ele perpetrado marcou o núcleo familiar do ofendido, sendo ainda certo consignar que nenhum réu tem direito subjetivo à estipulação da sanção no mínimo legal, podendo o magistrado majorá-la a fim de alcançar os objetivos da pena (JCAT, 81-82/666).

É o caso presente.

Examinado o laudo cadavérico nos foi dado ver que o jovem Diego acabou morto por diversos disparos de arma de fogo, feitos a curta distância, três deles pelas costas (cf. fls. 206/208)[1], quando, segundo prova oral, acabara de chegar ao local e se achava com braços cruzados, não esperando qualquer ataque[2]. Assista-se a mídia de fl. 478 (6h33min58seg e 6h34min13seg).

Aliás, para ali chegar, o apelado primeiro contou com a ajuda da irmã, que conhecendo um dos acompanhantes do ofendido (Iago), obteve meios para ir até ele e seus colegas. Para tanto, deslocou-se por cerca de 6,9 quilômetros, em mais ou menos 12 minutos (cf. determinado pelas provas de fls. 136/142 e 176/179), o que revelou de modo insofismável sua determinação para realizar o mal que o exame cadavérico revela ter feito[3].

De comportamento não abalável, agiu com frieza, atuou de modo gélido. Assim foi que conversava com três rapazes no estacionamento da loja Mc Donald's, aparentemente desarmado. Notou o ofendido lentamente se aproximar, de braços cruzados e, quando posicionado a menos de 2 metros, quase de frente ao desafeto, rapidamente sacou da arma e disparou várias vezes[4], correndo a seguir, enquanto o ofendido morria quase ali ao seu lado.

Acesso ao Sumário

1 Intensidade do dolo.

2 a qualificadora do inc. IV.

3 capacidade de raciocinar sob estresse sem se alterar e determinação no cometimento do crime.

4 a qualificadora do inciso IV.

Não se há falar em odioso *bis in idem*, porque as qualificadoras atuaram na fixação da figura criminogênica e uma delas (a 2ª), como bem explicado, porque estabelecida a tipologia da falta perpetrada, serviu para agravar o tipo nuclear qualificado, mais adiante dispensado, contudo, como agravamento em razão da sua primariedade e da sua menoridade relativa (fl. 255)[5].

Todavia, sendo oito os itens relacionados no art. 59 do Cód. Penal, e, como visto, incorrendo o apelado em quatro deles, há de merecer acréscimo de metade sobre o piso de 12 anos, a título de agravantes, o que fez elevar a totalização para 18 anos de reclusão, ignorada, como retro explicado, a segunda qualificadora, porque compensada com os termos em prol do apelado e já delineados.

Destaco ainda que não houve um só sinal de arrependimento[6], pois, abusando do direito de se calar, jamais se ocupou descrever pessoalmente sua versão, até porque pouca coisa teria a agregar, já que as cenas dos disparos ficaram gravadas em mídia inserida no processo, como também a sua fuga no estacionamento da loja.

Resumindo, pois, dezoito anos de reclusão, a começar no regime fechado, aqui incidentes o conjunto de dados disposto no art. 33, § 2º, letra "a" e § 3º, do Cód. Penal.

O não acolhimento do pleito ministerial de 20 anos (posto ao cabo do recurso de apelação), não importou provimento parcial, pois o ali pedido, a densidade da repressão, não passou de sugestão. O pedido mesmo era de agravamento da sanção, o que acabou acontecendo.

ANTE O EXPOSTO, pelo meu voto, proponho que se **DÊ PROVIMENTO** ao recurso ministerial, elevada a pena restritiva de liberdade imposta na origem para **DEZOITO ANOS DE RECLUSÃO** a partir do regime fechado.

Expeça-se mandado de prisão em consonância com jurisprudência consolidada pelo Col. Pretório Excelso, vide o julgamento, em 17.2.2016, do HC 126.292/SP. O relator do caso, Min. TEORI ZAVASCKI, ressaltou em seu voto que, até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em segundo grau, deve-se presumir a inocência do réu. Mas, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao Col. STF ou E. STJ, não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito.

E, assim afirmou, *verbis:*

"Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas, e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado". Anoto

5 Compensação.

6 Caráter agressivo do apelado.

Acesso ao Sumário

ainda que, recentemente, idêntica orientação na mesma Corte foi repetida por ocasião do julgamento do HC 135.608, rel. Min. CARMEN LÚCIA. Aliás, o mesmo Col. Pretório Excelso definiu a questão por ocasião do julgamento que indeferiu as liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, ocorrido em 5.10.2016.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 2000445-28.2016.8.26.0000, da Comarca de Itapetininga, em que é paciente FLÁVIO GONÇALVES DE LIMA e Impetrante FABIANA CRISTINA DE MACEDO CAYRES.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte da impetração e, na parte em que conhecida, concederam parcialmente a ordem para o fim de reconhecer a natureza declaratória da decisão que, com base no Decreto nº 7.648/2011, concedeu o indulto ao paciente, cujos efeitos devem retroagir à data do texto normativo, isto é, 21/12/2011, que deverá ser considerada o termo inicial dos cálculos para a obtenção de benesses atinentes à Execução nº 03, os quais, determina- se, sejam refeitos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 975)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), ALMEIDA SAMPAIO e FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 12 de dezembro de 2016.

LUIZ FERNANDO VAGGIONE, Relator

Ementa: Habeas Corpus. Execução penal. Indulto. Abrangência restrita às penas executadas à época do Decreto nº 7.648/2011. Ordem denegada.

Habeas Corpus. Execução penal. Indulto. Natureza declaratória da decisão concessiva da benesse. Efeitos *ex tunc*. Reconhecimento. Ordem concedida.

Habeas Corpus. Execução penal. Progressão de regime. Restabelecimento do regime intermediário.

Acesso ao Sumário

Impossibilidade de conhecimento da pretensão. Necessidade de refazimento dos cálculos. Ordem concedida de ofício.

Habeas Corpus. Execução penal. Comutação. Pretensão de refazimento dos cálculos. Ausência de prova da alegação. Ordem denegada.

Impetração conhecida em parte e, na parte em que conhecida, ordem parcialmente concedida.

VOTO

Cuida-se de ***habeas corpus*** impetrado pela advogada Dr.ª Fabiana Cristina de Macedo Cayres em favor de **FLÁVIO GONÇALVES DE LIMA** no qual se aponta como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Itapetininga.

Aduz, em síntese, que o paciente sofre constrangimento ilegal.

O faz com supedâneo em quatro teses distintas, abaixo relatadas:

a) Ao paciente foi concedido, em 04/05/2015, indulto de sua pena com supedâneo no Decreto Presidencial nº 7.648/2011. Aduz a defesa que, à época, ele cumpria penas referentes às Execuções de nº's 01, 02 e 03, no entanto, o MM. Juiz da Execução entendeu que este benefício abarcaria, apenas, as duas primeiras. Deseja a concessão da ordem para que o indulto atinja, também, a Execução nº 03;

b) No caso de manutenção desse entendimento, aduz que o termo inicial do cumprimento da pena e cálculos de benesses em relação à Execução nº 03 é a data da edição do aludido Decreto, qual seja, 21/12/2011, e não a data seguinte àquela em que se concedeu indulto (05/05/2015). Alega que a decisão concessiva desse benefício tem natureza declaratória, retroagindo, assim, à data de edição do Decreto Presidencial. Pretende que o cálculo referente à Execução nº 03 seja retificado para o fim de se tomar como termo inicial do início do cumprimento dessa pena e para dos respectivos lapsos para benesses a data de 21/12/2011;

c) Com a soma das penas das três execuções obteve-se um novo lapso para a concessão da progressão ao regime semiaberto: 19/03/2015. A despeito disso e como decorrência do entendimento do MM. Juiz de que o indulto atingiu somente as Execuções nº's 01 e 02, a decisão que progrediu o paciente ao regime intermediário foi tornada sem efeito. Deseja ver restabelecido o aludido regime;

d) Em 25/02/2015 as três penas que pesam contra o paciente foram somadas e foi-lhe concedida a comutação de 1/5 da pena da Execução nº 03 com apoio no Decreto Presidencial nº 8.172/2013, no entanto, tal

Acesso ao Sumário

benesse não constou do cálculo de penas. Requer a retificação do cálculo, não só para que dele conste a redução de 1/5 da reprimenda remanescente da Execução nº 03 considerando que o cumprimento desta se iniciou em 21/12/2011 (decorrência da tese sustentada no item "b").

O pleito liminar foi indeferido pelo então Relator do feito, Des. Zorzi Rocha (fls. 252/254).

Prestadas as informações pela apontada autoridade coatora (fls. 257/266), sobreveio parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça manifestando-se pelo não conhecimento da impetração ou, subsidiariamente, pela denegação da ordem (fls. 268/271).

Em acórdão datado de 14/03/2015, esta Colenda Câmara denegou a ordem ao argumento de que o *mandamus* foi utilizado como substitutivo do recurso ordinário cabível à espécie, bem como de que a impetração não demonstrou o alegado constrangimento ilegal (fls. 275/279). Referido pronunciamento colegiado transitou em julgado em 16/07/2016 (v. andamento processual deste feito).

Os autos, todavia, foram desarquivados e tiveram novo impulso ante a decisão do E. Superior Tribunal de Justiça, ora acostada às fls. 284/288, proferida no Habeas Corpus nº 355.584/SP, determinando que este Tribunal Bandeirante se manifeste acerca do mérito da impetração.

É o relatório.

Ressalvada a minha convicção acerca da possibilidade, ou não, de o remédio heroico veicular matéria atinente à Execução Criminal sem que haja comprovação de que o recurso cabível tenha sido manejado, acato a determinação da Corte Superior.

Refuta-se o primeiro pleito defensivo.

Não prospera a intenção da defesa de que o indulto concedido pelo v. acórdão proferido no Agravo em Execução nº 0008152-18.2015.8.26.0000 com fulcro no Decreto Presidencial nº 7.648/2011 (fls. 182/187, cópia às fls. 260/264) abranja, também, a Execução nº 03.

O motivo é simples: em 25/12/2011, data parâmetro para a aferição dos pressupostos de concessão de benesses com base no aludido decreto, o ora paciente sequer estava preso em razão da condenação objeto da 3ª execução.

A Execução nº 03 tem por objeto condenação proferida em segundo grau de jurisdição no bojo da apelação nº 0067896-08.2003.8.26.0050, julgada em 25/09/2007 (cf. andamento processual junto ao SAG/SG). Havia sido, pois, absolvido em primeiro grau.

Somente por ocasião deste acórdão condenatório foi determinada a expedição de mandado de prisão em desfavor do ora paciente, então réu. Em

cumprimento à decisão colegiada, o respectivo mandado foi expedido (fl. 77), tendo sido cumprido em 30/06/2014 (fls. 78/80).

Só depois dessa data foi viável a soma de suas três penas a ensejar novo cálculo para obtenção de benefícios.

Inviável, pois, que um benefício concedido com apoio no Decreto nº 7.648/2011 atinja pena cuja execução foi viabilizada após sua edição.

Superado o exame acerca da abrangência do indulto, passo à análise da segunda pretensão aqui veiculada, sendo de rigor reconhecer-se que o v. acórdão concessivo do indulto em relação às Execuções nº 01 e nº 02 deve retroagir à data do decreto, isto é, 21/12/2011, conforme pacífica orientação do C. Superior Tribunal de Justiça, que já se pronuncia monocraticamente sobre o tema:

"Embora não tenha cabimento este writ, posto que é substitutivo de recurso especial, há manifesta ilegalidade capaz de ser reparada de ofício. Consta da decisão de primeiro grau que ***'a sentença que concedeu o indulto*** *com fundamento no Decreto n. 7.873/2012 e extinguiu as penas impostas na 1 a execução* ***tem natureza constitutiva*** *eis que se faz necessária a comprovação de mérito subjetivo do sentenciado" (fl. 15 - grifo nosso). Contudo, nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, a interpretação extensiva das restrições contidas no decreto concessivo de comutação de penas consiste, nos termos do art. 84, XII, da Constituição Federal, em invasão à competência exclusiva do Presidente da República, motivo pelo qual,* ***preenchidos os requisitos estabelecidos na norma legal para a concessão da comutação, o benefício deve ser concedido por meio de sentença – a qual possui natureza meramente declaratória*** *–, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade (EDcl no HC n. 246.118/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 16/2/2016). Assim, com razão o Ministério Público Federal, com cujo parecer estou de acordo (fls. 89/90 - grifo nosso): '[...] 3. A ordem deve ser concedida. Nos termos da jurisprudência desse Superior Tribunal de Justiça, a interpretação extensiva das restrições contidas no decreto concessivo de indulto constitui invasão da competência exclusiva do Presidente da República, motivo pelo qual, preenchidos os requisitos estabelecidos na norma legal, o benefício deve ser concedido por meio de decisão – a qual possui natureza meramente declaratória –, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade. 4.* ***Ora, o indulto, mesmo após concedido, precisa ainda de uma decisão judicial que o declare formalmente nos casos concretos, reconhecendo que houve a extinção da punibilidade, nos termos do art. 107 II do CP, cabendo ao Poder Judiciário analisar se o condenado preenche os requisitos exigidos para receber o benefício.*** *5.* ***Logo, afigura-se evidente o constrangimento ilegal perpetrado pela Corte estadual, pois a demora do Estado em aferir o preenchimento dos requisitos para a obtenção do benefício não pode resultar em situação mais gravosa para o apenado.*** *[...]". Assim, não conheço do writ (art. 34, XVIII, a, do RISTJ). De ofício, expeço a ordem para determinar que os efeitos da decisão que concedeu o indulto retroajam à data do Decreto n. 7.873/2012." (HC nº 345.602/SP, Rel. Min.*

Acesso ao Sumário

Sebastião Reis Júnior, j. 02/05/2016).

Assim, logra êxito a impetração no tocante ao seu segundo pleito, devendo a ordem ser concedida para o fim de reconhecer a natureza declaratória da decisão que, com base no Decreto nº 7.648/2011, concedeu o indulto ao paciente, cujos efeitos devem retroagir à data do texto normativo (21/12/2011).

O terceiro pleito não comporta conhecimento. Por outro lado, cabível a concessão da ordem de ofício.

Isso porque o pedido de restabelecimento do regime intermediário envolve cálculos da Execução Penal nº 03 que deverão ser refeitos perante o Juízo competente tomando-se como termo inicial o dia 21/12/2011, nos termos da ordem acima concedida.

Em que pese ao mandado de prisão desta 3ª execução ter sido cumprido 30/06/2014 (fls. 78/80), é certo que antes disso e desde 21/12/2011 o paciente esteve preso por outras execuções (nº 01 e nº 02), cujas penas foram indultadas. Tal interregno não pode ser desprezado. Ao contrário, deve ser tido em favor do reeducando, ora paciente, de modo a ser aproveitado como tempo de pena cumprida referentemente à execução remanescente (nº 03).

Embora não seja possível deferir a progressão ao agravante, porquanto daquilo que consta destes autos não foi considerado o termo inicial aqui reconhecido, mister que se determine ao Juízo das Execuções que realize novo cálculo, atentando-se para a data real de início de cumprimento da pena relativa à execução nº 3, isto é, 21/12/2011, cuja condenação respectiva já contava com trânsito em julgado para o Ministério Público (03/09/2011 – cf. andamento processual da apelação nº 0067896-08.2003.8.26.0050 junto ao SAG/SG).

A derradeira pretensão em prol do paciente deve ser denegada.

Aduz a impetrante que os cálculos da execução não consideraram a comutação de 1/5 da pena, deferida ao paciente em 25/02/2015 (fl. 200). Não comprovou, todavia, o quanto alega.

Os documentos de fls. 84 e 11 são "Boletins Informativos" elaborados, respectivamente, em 21/06/2011 e 09/11/2014: por motivos óbvios, deles não consta a comutação deferida em 2015. Os cálculos acostados às fls. 180/181 e 189 carecem de informes acerca da data em que foram elaborados. Nada comprovam, portanto. Por fim, à fl. 190 foi juntado um "Atestado de Pena", do qual constam tão somente os respectivos "termos finais" para obtenção de benesses, o que, por certo, não se confunde com os cálculos.

Acesso ao Sumário

Tais documentos, portanto, não são aptos a fazer prova pré-constituída do quanto alegado na exordial deste *mandamus*, cuja pretensão, neste ponto, deve ser denegada.

Por fim, consigno que, recentemente, esta C. Câmara, em 28/11/2016, deu parcial provimento ao agravo em execução nº 9000017-68.2015.8.26.0320

para o fim de determinar a realização de novos cálculos para fins de obtenção de benefícios da Execução nº 03, considerando-se a data de 05/10/2012 como o respectivo termo inicial.

Ocorre, todavia, que o âmbito de conhecimento da presente impetração é mais amplo, sendo que o desfecho dado às duas primeiras pretensões aqui veiculadas (abrangência do indulto concedido com fulcro no Decreto 7.648/2011 e natureza jurídica da decisão) teve reflexos diretos no terceiro pedido, cujo objeto coincide com o do aludido agravo.

Assim, devido à maior amplitude da matéria cognoscível, deve prevalecer o quanto decidido neste remédio heroico.

Diante do exposto, pelo meu voto, conheço em parte da impetração e, na parte em que conhecida, concedo parcialmente a ordem para o fim de reconhecer a natureza declaratória da decisão que, com base no Decreto nº 7.648/2011, concedeu o indulto ao paciente, cujos efeitos devem retroagir à data do texto normativo, isto é, 21/12/2011, que deverá ser considerada o termo inicial dos cálculos para a obtenção de benesses atinentes à Execução nº 03, os quais, determina-se, sejam refeitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 2237043-94.2016.8.26.0000, da Comarca de Presidente Prudente, em que é paciente RENATA PATRIOTA TROJILLO e Impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é impetrado TURMA CRIMINAL DO COLÉGIO RECURSAL DA 27ª CIRCUNSCRIÇÃO JUDICIÁRIA DE PRESIDENTE PRUDENTE.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem de habeas corpus. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.004)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DA SILVA (Presidente), FRANÇA CARVALHO e CARDOSO PERPÉTUO.

São Paulo, 15 de dezembro de 2016.

MOREIRA DA SILVA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *Habeas Corpus* – Lesão corporal dolosa – Insurgência contra o regime prisional semiaberto, sob

o argumento de que o correto é a fixação do aberto – Inadmissibilidade – Eleição do regime prisional fundada na reincidência específica da ré – Escolha devidamente motivada, eis que realizada de forma criteriosa, em conformidade com a legislação penal e constitucional vigente – Inocorrência de ilegalidade no v. acórdão atacado – Ausência, ademais, de nulidade – Juiz Presidente da Turma Julgadora, da qual não é membro, sem interferência na decisão desta, atuando somente na condução da sessão de julgamento, sem incursionar na análise do caso, porque sem voto – Inexistência de ofensa ao duplo grau de jurisdição e à ideia de imparcialidade. *Writ* conhecido e denegado.

VOTO

1. Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado pelo Defensor Público Fernando Soares Tolomei, com pedido de liminar, em prol de Renata Patriota Trojillo, contra ato da Colenda Turma Criminal do Colégio Recursal de Presidente Prudente, sob a alegação de constrangimento ilegal, porque proferiu decisão de mérito que, confirmando a r. sentença de primeiro grau, manteve a fixação de regime inicial semiaberto em desfavor da paciente, condenada à pena de 03 meses de detenção, por infração ao artigo 129, *caput,* do Código Penal, sem direito à substituição da pena em razão da reincidência. Aduz, ainda, que em sede de recurso de apelação, no qual se pretendia a reforma do r. pronunciamento para fins de se fixar o regime aberto, foi confirmada no todo a sentença. Sustenta, preliminarmente, a nulidade do v. acórdão, uma vez que, segundo alega, foi julgado com a participação do próprio Juiz de Direito que prolatou a sentença, ainda que na condição de presidente sem voto, em ofensa ao duplo grau de jurisdição e ao disposto no artigo 722 das Normas de Serviço – Ofícios de Justiça – Tomo I, da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo.

Por isso, requer a concessão da ordem para anular o v. acórdão ou fixar regime prisional aberto, com expedição de contramandado de prisão em favor da paciente.

Indeferida a liminar e dispensadas as informações da digna Autoridade Judiciária apontada como coatora, a i. Procuradoria Geral de Justiça manifesta-se pelo conhecimento parcial do *writ* ou pela denegação da ordem.

É o relatório.

2. A presente ação constitucional de *habeas corpus*, conquanto cognoscível, é de ser denegada.

Cumpre registrar, de início, que esta Corte de Justiça é competente para

Acesso ao Sumário

julgamento de *habeas corpus* contra ato de um dos E. Colégios Recursais dos Juizados Especiais Criminais deste Estado de São Paulo.

Em que pese o conteúdo da Súmula nº 690 do Pretório Excelso, no sentido de que "compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de *habeas corpus* contra decisão de Turma Recursal de Juizados Especiais Criminais", aquela mesma Corte Suprema, posteriormente à edição do mecionado comando sumular, decidiu, por seu Pleno, nos autos do HC 86.834/SP, que os Tribunais de Justiça dos Estados são competentes para o julgamento de *habeas corpus* contra ato dos Colégios Recursais.

> *"COMPETÊNCIA - HABEAS CORPUS - DEFINIÇÃO. A competência para o julgamento do habeas corpus é definida pelos envolvidos - paciente e impetrante. COMPETÊNCIA - HABEAS CORPUS - ATO DE TURMA RECURSAL. Estando os integrantes das turmas recursais dos juizados especiais submetidos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, à jurisdição do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal, incumbe a cada qual, conforme o caso, julgar os habeas impetrados contra ato que tenham praticado. COMPETÊNCIA - HABEAS CORPUS - LIMINAR. Uma vez ocorrida a declinação da competência, cumpre preservar o quadro decisório decorrente do deferimento de medida acauteladora, ficando a manutenção, ou não, a critério do órgão competente".*[1]

Desse modo, o presente *mandamus* é perfeitamente cognoscível por este Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O conhecimento da ação repousa na alegação de estar a paciente a sofrer coação ilegal por lhe ter sido infligido indevidamente o cumprimento da pena em regime inicial semiaberto, a afetar, em tese, sua liberdade de ir, vir e permanecer, protegida pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXVIII, bem como, no plano infraconstitucional, pelos artigos 647 e 648, inciso I, ambos do Código de Processo Penal.

Aliás, a jurisprudência tem admitido o manejo da garantia constitucional do *habeas corpus* com vistas a impugnar regime prisional, quando a fixação deste resulte injustificada, de modo a configurar patente ilegalidade.[2] Nessa esteira, este relator tem conhecido e apreciado o mérito de *mandamus* com pedido desse jaez.

Cabe observar, desde logo, que o regime prisional não se define tão-somente com base na quantidade da pena aplicada, mas outros fatores devem ser

1 - HC 86834-/SP - SÃO PAULO - HABEAS CORPUS - Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO - Julgamento: 23/08/2006 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 09-03-2007 PP-00026 EMENT VOL-02267-02 PP-00242 RJSP v. 55, n. 354, 2007, p. 175-184, LEXSTF v. 29, n. 341, 2007, p. 350-365.

2 - STJ - HC 48599/SP; Habeas Corpus 2005/0165617-3 Relator Ministro Felix Fischer (1109) Órgão Julgador T5 - Quinta Turma - Data do Julgamento 25/04/2006 - Data da Publicação/Fonte DJ 29.05.2006, p. 273.

Acesso ao Sumário

levados em linha de conta, como, v.g., a personalidade do agente, a primariedade, os seus antecedentes etc. Tanto isso é verdade que ao juiz cumpre observar os ditames dos artigos 33, § 3º e 59, ambos do Código Penal.

Pois bem. No caso em exame, a paciente foi condenada à pena de 3 (três) meses de detenção, como incursa no artigo 129, *caput*, do Código Penal, tendo o MM. Juiz sentenciante definido o regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da pena.

Convém observar que a r. sentença, ao definir o regime prisional para o início do desconto da pena corporal, apresenta fundamentação idônea, na medida em que o fez em face da reincidência específica da paciente, nos termos dos artigo 33, parágrafo 2º, alínea "c", c.c. artigo 33, parágrafo 3º, c.c. o artigo 59, todos do Código Penal, tendo deixado de substituir a reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direito, com supedâneo no artigo 44, inciso II e parágrafo 3º, do Código Penal.

O Colégio Recursal, por sua vez, ao negar provimento ao recurso da paciente, considerou a *reincidência específica* (portanto, condenação anterior por crime de lesão corporal), como fator de impedimento à fixação do regime aberto, bem como que ela não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade em pena de multa ou penas restritivas de direitos (CP, arts. 60, § 2º e 44, I e II) e nem é merecedora da suspensão condicional da pena (CP, art. 77, I e III).

Ademais, destacou o fato de a ré ter agredido pessoa maior de 60 anos de idade.

Ora, o que se observa é que escolha do regime semiaberto foi realizada de forma criteriosa, em conformidade com a legislação penal e constitucional vigente e, por isso, não merece qualquer reparo.

Nem se argumente com ausência de proporcionalidade, máxime em se considerando que a reiteração na prática de lesão corporal bem revela conduta deturpada de alguém que procura solucionar seus problemas com emprego de violência, denotando a adequação do regime prisional escolhido e ausência de qualquer ilegalidade no v. acórdão atacado.

Acesso ao Sumário

Outrossim, não há nulidade a ser reconhecida, na medida em que, conquanto o Magistrado que presidiu o julgamento seja o mesmo que proferiu a sentença, não fez ele parte da Turma Julgadora, circunscrevendo-se a sua atuação a questões praticamente administrativas atinentes à condução da sessão de julgamento, sem qualquer interferência no *decisum* dos julgadores, porquanto sem voto. Daí porque a sua atuação jamais poderá ser tida como afrontosa ao duplo grau de jurisdição, não se detectando, de conseguinte, qualquer ofensa à ideia de imparcialidade.

Aliás, não consta que os juízes que participaram da Turma Julgadora, com votos, não tenham agido com imparcialidade. Assim sendo, essa garantia

foi devidamente respeitada, sobretudo porque nada indica que o Presidente da Turma Julgadora tenha se pronunciado num ou noutro sentido do julgamento. Não é demais lembrar que quem julga é a Turma Julgadora e, nesse passo, é dela que se exige o atuar com imparcialidade.

Não bastasse isso, como nenhum prejuízo se alegou ou demonstrou na hipótese dos autos, não se tem por tisnado de nulidade do v. acórdão guerreado, em perfeita consonância com a regra inscrita no artigo 563 do Código de Processo Penal.

Destarte, por não se vislumbrar o constrangimento ilegal com que acena o ilustre impetrante, exsurge imperiosa a denegação do remédio heroico.

3. Pelo exposto, **denega-se** a ordem de *habeas corpus.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 2226007-55.2016.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é paciente JOELTO GOMES PINTO 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. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.449)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), AMARO THOMÉ e CARLOS MONNERAT.

São Paulo, 26 de janeiro de 2017.

ROBERTO SOLIMENE, Relator

Ementa: HABEAS CORPUS – Execução Criminal – Aplicação de medida de segurança em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico – Pretendida substituição da medida de segurança por tratamento ambulatorial – Descabimento – Paciente transferido para Penitenciária em virtude de incêndio que danificou o edifício do Hospital de Custódia – Informações judiciais dando conta de que vem recebendo tratamento adequado em espaço dissociado dos presos comuns – Cessação de periculosidade não constatada – Constrangimento ilegal não configurado – Denegação da ordem.

Acesso ao Sumário

VOTO

Relatório

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor do paciente Joelto Gomes Pinto, apontando- se como coator o MM. Juiz do DEECRIM UR4 da Comarca de Campinas, sob o argumento de estar sofrendo possível constrangimento ilegal, em razão de se encontrar preso em estabelecimento prisional indevido.

Em resumo, alega a impetrante que no hospital de custódia e tratamento em que se encontrava o paciente ocorreu um incêndio, sendo o inimputável transferido para estabelecimento prisional comum, circunstância que acarretaria em possível excesso de execução. Sustenta, ainda, que a transferência do increpado violaria o sistema vicariante.

Requer a concessão da ordem para que o paciente seja incluído em tratamento ambulatorial, substituindo-se a medida de segurança.

Voto n. 34.449

Respeitosamente, denego a ordem postulada, cf. adiante justifico.

Consta nos autos que o paciente foi absolvido impropriamente do crime previsto no art. 250, § 1º, inc. II, "a", do Cód. Penal c.c. art. 258 do mesmo diploma legal, aplicando-se medida de segurança, consistente em internação no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (fls. 49/52).

Ocorre que em 17.10.2016, o Hospital de Custódia onde o paciente se encontrava suportou danos em decorrência de incêndio provocado por uma rebelião ocorrida naquele recinto, fato que ensejou sua transferência e dos demais pacientes para a Penitenciária III de Franco da Rocha (fl. 178).

E, ao prestar informações, S. Exa., o MM. Juiz, esclareceu ter sido constatado em visitas mensais que os pacientes estão cumprindo as medidas de segurança em setores dissociados dos presos comuns, bem como consignou que o local conta com "estrutura médica mínima para atendimento dos pacientes que lá se encontram – medicamentos, médicos psiquiatras e enfermeiros, que trabalhavam no hospital e foram deslocados para a penitenciária" (*verbis*), cf. fl. 186.

Acesso ao Sumário

Ressalta-se que igualmente há informação de que a SAP está promovendo obras no edifício danificado a fim de reconduzir os pacientes ao Hospital de Custódia, tendo alguns, inclusive, já retornado para aquela unidade hospitalar (vide fl. 186, item 9).

Houve, pois, uma adaptação em razão de circunstância extraordinária provocada pelos próprios internos, os quais, evidentemente, não podem se beneficiar da situação alarmante que geraram.

Com efeito, há precedente neste Sodalício de lavra do E. Des. Penteado Navarro, encontrável no julgamento do *Habeas Corpus* n. 0160550-

18.2013.8.26.0000, desta E. 9ª Câm. De Direito Criminal, J. em 24.10.2013, aplicável aqui, no sentido de que "(...) a medida de segurança deve ser cumprida em hospital de custódia, sendo autorizado, no entanto, que, na falta de tal estabelecimento, seja ela cumprida em outro adequado, ou seja, hospital psiquiátrico ou similar, mesmo que particular, desde que ofereça condições de custódia e sendo o agente submetido aos exames pertinentes, bem como ao tratamento necessário (cf. art. 99, do Código Penal) (...)" (*verbis*).

Outrossim, confira-se julgado deste E. Tribunal de Justiça extraído de caso similar, envolvendo a mesma situação fática ora examinada: "(...) Embora se reconheça o direito do paciente de internação em local adequado ao cumprimento da medida de segurança que lhe foi imposta, foi informado que ele vem sendo devidamente assistido, em ala própria, por equipe médica especializada (...)" (HC n. 2225975-50.2016.8.26.0000 – 8ª Câm. de Direito Criminal – rel. Des. ALCIDES MALOSSI JUNIOR – j. 15.12.2016).

No mesmo sentido, mais um precedente firmado em situação análoga, a saber: "(...) Trata-se no caso, de uma situação emergencial, em que não basta a simples alegação de que o paciente se encontra em unidade prisional inadequada, onde está sendo mantido precariamente, inclusive no seu próprio interesse. Veja-se que a medida de segurança não tem caráter punitivo, senão sancionatório em sentido amplo, de sorte que sua execução se dá, inclusive, no interesse do próprio paciente. De todo modo, para que se transmudasse a internação em tratamento ambulatorial, seria ainda necessário que se comprovasse que o local onde está o paciente realmente não dispõe de estrutura mínima para que ele recebesse tratamento médico que se seu caso reclama. E isso, como vimos, aqui não surgiu de modo cristalino e inequívoco" (HC n. 2226197-18.2016.8.26.0000 – 2ª Câm. de Direito Criminal – rel. Des. SÉRGIO MAZINA MARTINS – j. 19.12.2016.

Desse modo, ausentes elementos a indicar a cessação da periculosidade do paciente e considerando sua conduta pretérita, temerário o acolhimento da pretensão formulada no presente *writ.*

Cumpre, pois, sopesar as peculiaridades do caso concreto, em especial quanto à periculosidade do paciente, mormente porque a medida de segurança é uma sanção aplicada ao inimputável que visa não só a sua cura ou tratamento, mas também a proteção da sociedade (STJ – HC 241246/SP – 5ª T. – rel. Min. Moura Ribeiro – j. 25.2.2014).

Por derradeiro, há notícia de que a Defensoria Pública impetrou *habeas corpus* para todos os internos em situação idêntica à do paciente, sendo, pois, imperioso registrar decisão do Col. Supremo Tribunal Federal indeferindo liminar em remédio constitucional de caráter coletivo (Medida Cautelar no HC n. 119.753 – rel. Min. Luiz Fux – 24.10.2013).

Ante o exposto, nos termos do voto, denego a ordem postulada.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 2040919-41.2016.8.26.0000, da Comarca de Ituverava, em que é paciente ATHIEMILY APARECIDA DOS SANTOS OLIVEIRA, Impetrantes CHRISTOPHER ABREU RAVAGNANI e BRUNO HUMBERTO NEVES.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por v.u., julgaram prejudicado o pedido, nos termos do v. acórdão, encaminhando-se cópia da decisão ao C. Superior Tribunal de Justiça.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4.469)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e SOUZA NERY.

São Paulo, 26 de janeiro de 2017.

CARLOS MONNERAT, Relator

Ementa: Habeas Corpus. Prisão preventiva por suposta prática de tráfico de drogas. Objetiva a concessão da liberdade provisória, porque desnecessária a custódia cautelar. "Writ" indeferido liminarmente. Determinação do Superior Tribunal de Justiça para a análise do mérito, bem como de que a paciente responda em liberdade até o julgamento do Habeas Corpus impetrado naquela Corte. Decisão de corte superior afirmando que afora a gravidade abstrata do delito, não há nada de concreto a evidenciar a necessidade da prisão. Vinculação desta C. Câmara a tal decisão. Prejudicialidade superveniente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Os advogados, Drs. Christopher Abreu Ravagnani e Bruno Humberto Neves impetram a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de ATHIEMILY APARECIDA DOS SANTOS OLIVEIRA, sob a alegação de que padece de ilegal constrangimento por parte do Magistrado da 1ª Vara Criminal da Comarca de Ituverava (Processo nº º 0000439-64.2016.8.26.0288), que decretou sua prisão preventiva.

Requerem os impetrantes a revogação da custódia cautelar, por entenderem que não se fazem presentes os pressupostos legais que a legitimem, bem como que suficiente a imposição de medidas cautelares diversas da prisão.

O presente *writ* foi indeferido liminarmente, nos termos do artigo 248 do Regimento Interno desta Corte e artigo 663 do Código de Processo Penal, por Acórdão desta C. 9ª Câmara Criminal, de Relatoria do Desembargador, Dr. Lauro Mens (fls. 36/39).

Contra essa decisão foi interposto Recurso Ordinário Constitucional ao Superior Tribunal de Justiça (RHC n. º 76.651 - SP) que restou assim decidido pelo Min. Sebastião Reis Júnior:

> *"Sendo assim, não conheço deste recurso, mas, de ofício, expeço a ordem para determinar que o Desembargador Lauro Mens de Mello aprecie, imediatamente, o pedido liminar apresentado no HC n. 2040919-41.2016.8.26.0000 e que a Câmara julgadora, tão logo sejam prestadas informações pelo Juízo a quo e ouvido o Ministério Público local, analise o mérito da impetração."*

Em cumprimento a tal determinação o ilustre Desembargador, até então Relator do presente "writ", analisou o pedido liminar dos impetrantes, mas o denegou (fls. 139/146).

Contra tal decisão os impetrantes interpuseram novo Habeas Corpus, perante o Superior Tribunal de Justiça (HC 376.991-SP), cuja liminar foi deferida nos seguintes termos:

> (...)
>
> *A decisão de primeiro grau (fls. 26/28), que decretou a prisão preventiva da paciente, não aponta elementos concretos aptos a justificar a necessidade da prisão cautelar, divergindo, assim, da jurisprudência desta Corte, no sentido de que a decretação da custódia provisória exige a demonstração concreta do preenchimento dos requisitos do art. 312 do CPP. Para tanto, não é suficiente, evidentemente, a simples reportação aos pressupostos previstos no mencionado artigo, sem nenhum elemento concreto (HC n. 120.837/GO, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 31/8/2011).*
>
> *Por outro lado, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a prisão imposta ou mantida antes da sentença penal condenatória, por ser medida de índole excepcional, deve vir sempre baseada em fundamentação concreta, isto é, em elementos vinculados à realidade. A gravidade abstrata do delito ou meras conjecturas, por si sós, não constituem motivação suficiente.*
>
> *Ante o exposto, defiro a liminar para garantir à paciente o direito de permanecer em liberdade até o julgamento do mérito do presente writ, salvo prisão por outro motivo, superveniência do trânsito em julgado da condenação ou de fatos novos que autorizem a decretação da custódia cautelar caso demonstrada a necessidade, ressalvando, ainda, ao Juízo de primeiro grau a possibilidade de decretar medida cautelar penal.*

Após nova vinda de informações da D. autoridade apontada como

Acesso ao Sumário

coatora, afirmando o cumprimento da decisão superior, com a expedição de alvará de soltura em favor da paciente na data de 15 de dezembro de 2016, a D. Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer pelo conhecimento e denegação da ordem.

Cessada a designação do I. Des. Lauro Mens na cadeira desta C. Câmara Criminal, os autos vieram conclusos a este Relator.

RELATADOS, passo a decidir.

ATHIEMILY APARECIDA DOS SANTOS OLIVEIRA e Paulo Marcelo Machado Silva Ferreira, foram presos em flagrante na data de 23/02/2016 e posteriormente denunciados como incursos no artigo 33, *caput*, c.c. Artigo 40, inciso VI, e artigo 35, *caput*, todos da lei nº 11.343/06 e artigo 12 da Lei 10.826/2003.

Consta nos autos que ATRHIEMILY e *Paulo Marcelo*, foram surpreendidos por policiais militares ao apurarem informações acerca da pratica de tráfico de drogas por eles.

Em diligência à residência dos acusados encontraram 04 (quatro) porções de "maconha", 03 (três) pedras de crack e 01 (um) pino de cocaína, todas devidamente embaladas, bem como a quantia de R$ 325,00 (trezentos e vinte e cinco reais), além de 02 (duas) munições de calibre 38 (trinta e oito).

A prisão em flagrante foi declarada formalmente em ordem e depois restou convertida em preventiva.

Daí a impetração do presente *writ*, em que se requer seja concedida a liberdade provisória.

Pois bem.

A presente impetração se encontra prejudicada.

Embora tenha ficado expressamente determinado no RHC n.º 76.651 - SP a análise meritória por esta C. Câmara Criminal, tal análise resta vinculada ao decidido no HC 376.991-SP, uma vez que o Min. Relator considerou que:

> *"A decisão de primeiro grau (fls. 26/28), que decretou a prisão preventiva da paciente, não aponta elementos concretos aptos a justificar a necessidade da prisão cautelar..."*
>
> *(...)*
>
> *"A gravidade abstrata do delito ou meras conjecturas, por si sós, não constituem motivação suficiente".*

Dessa forma, ocorreu prejudicialidade superveniente, já que o C. STJ já se posicionou sobre o constrangimento ilegal reclamado pela paciente e eventual entendimento diverso acerca da decisão guerreada, por esta C. Câmara Criminal, seria conflitante com o decidido pela Corte Superior.

Encaminhe-se cópia da decisão ao C. Superior Tribunal de Justiça.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Habeas Corpus nº 2220530-51.2016.8.26.0000, da Comarca de São Caetano do Sul, em que é paciente GENIFFER DA SILVA MELO e Impetrante THAIS LEONOR GONÇALVES.

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 de Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.998)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente), IVAN SARTORI e CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 31 de janeiro de 2017.

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Ementa: "Habeas Corpus". Furtos qualificados, um deles tentado, em continuidade delitiva. Condenação em primeira instância, confirmada por esta C. Câmara após julgamento de recurso de apelação interposto por defensor dativo. Pretendida reabertura do prazo recursal. Ausência de vício na intimação do v. acórdão. Desnecessidade de intimação pessoal da ré, na hipótese. Inaplicabilidade do art. 392 do Cód. de Proc. Penal. Decreto prisional correto, decorrente da condenação definitiva da paciente. Situação regular, plenamente. Ordem denegada.

VOTO

Visto.

Habeas Corpus impetrado por **Thais Leonor Gonçalves**, em favor de **Gennifer da Silva Melo**, e que busca, essencialmente, ***(i)*** a revogação da prisão decretada em desfavor da paciente e ***(ii)*** a reabertura do prazo recursal, após intimação pessoal da paciente para ciência do v. acórdão condenatório, alegando cerceamento de defesa decorrente da ausência de adoção de tal medida.

Pretexta a impetração, por isso mesmo, a ocorrência de constrangimento ilegal.

Indeferida a liminar (*f. 390*), vieram informes do d. Juízo de origem (*f. 393/394*), anotando-se, ao fim, manifestação ministerial pela denegação da ordem irrogada (*f. 416/418*).

Autos conclusos em gabinete aos ***7.dez.2016*** (*f. 419*).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

A paciente foi condenada, por sentença condenatória prolatada pelo d. Juízo de origem, às penas de *2 anos e 8 meses de reclusão*, em regime inicial semiaberto, *mais pagamento de 12 dias-multa*, no mínimo valor unitário, pela prática das infrações penais previstas nos artigos 155, § 4º, IV, e 155, § 4º, IV, cc. art. 14, II, na forma do art. 71, todos do Código Penal (*furtos, um deles tentado, qualificados por comparsaria, em continuidade delitiva*).

Por intermédio de defensor dativo, interpôs-se recurso de apelação.

Em julgamento realizado por esta C. Câmara Criminal em *16.jul.2014*, foi negado provimento ao apelo (*f. 258/270*).

Seguiu-se a intimação do defensor dativo para ciência do v. acórdão (*f. 285*), tendo o feito transitado em julgado sem a interposição de recursos (*f. 288*).

Diante disso, a d. origem determinou a expedição de mandado de prisão em desfavor da paciente (*f. 290*), medida que foi concretizada na sequência (*f. 294*).

Insurge-se a impetrante, buscando obter a revogação da prisão da paciente e a reabertura do prazo para interposição de recursos, sob o argumento de que é obrigatória intimação pessoal da paciente para ciência do acórdão.

Sem qualquer mínima razão, entretanto.

Isto porque nos fatos descritos e nas peças acostadas à impetração, não se entrevê ***nenhuma irregularidade.***

De efeito.

Conforme se depreende dos informes prestados pela d. origem, foi devidamente realizada, para fins de ciência do v. acórdão, ***a regular intimação do defensor dativo***, segundo determinação expressa desta C. Corte (*f. 272*).

E – diversamente do que aduz a impetrante – a falta de adoção de medidas adicionais, como a intimação pessoal da acusada, não representa irregularidade, tampouco tem o condão de obstar o trânsito em julgado da decisão de segundo grau.

Por outro lado, o disposto no *artigo 392 do Código de Processo* Penal cinge-se à intimação da sentença, ***não se estendendo*** à intimação do acórdão que confirma a sentença condenatória, como aqui.

Nesse exato sentido, registra-se a sempre abalizada e atual lição de **Guilherme de Souza Nucci** (*Código de Processo Penal Comentado, 14ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2015, pág. 835*), que pontua:

> "*o disposto neste artigo refere-se unicamente às decisões de 1.º grau, não envolvendo acórdãos, cuja intimação se dá pela imprensa pessoal, ou mesmo pessoalmente, quando se tratar do Ministério Público e defensor dativo".*

Assim, conclui-se que a comunicação do ato decisório, tal como realizada,

mostra-se adequada e suficiente.

De sorte que o transcurso "*in albis*" do prazo recursal implica o trânsito em julgado do v. acórdão de segundo grau, como corretamente certificado nos autos (*f. 288*).

Nesses termos, absolutamente nenhum reparo há a ser feito no decreto prisional expedido pela d. origem ***após o trânsito em julgado do decisório.***

Inviável, por isso, o pedido de soltura da paciente.

Aliás, e ainda que assim não fosse, cumpre mencionar que, com a conclusão do julgamento em segunda instância, torna-se possível, desde logo, a prisão do réu, independentemente do trânsito em julgado da decisão condenatória.

Este, com efeito, o entendimento recentemente adotado pelo E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do paradigmático *HC 126.292/SP*, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, em que o Pleno do Pretório Excelso, ao confirmar acórdão proferido por esta C. Câmara Criminal (*Apelação Criminal nº 000971592.2010.8.26.0268*), concluiu que ***não ofende o princípio da presunção da inocência*** a execução da pena após a confirmação da sentença em segundo grau de jurisdição:

> *"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."* **(STF, Pleno, r. Min. Teori Zavascki, HC 126.292/SP, j. 17.fev.2016, por maioria)**

Assim, plenamente acertado e irretocável o decreto de prisão expedido em desfavor da paciente, por qualquer ângulo que se analise a questão.

Não há, por isso mesmo, constrangimento qualquer a sanar, muito menos ilegal, porque, antes de tudo e no que aqui se pode avaliar, absolutamente legal é a situação processual descrita na impetração.

Nega-se a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 2197546-73.2016.8.26.0000, da Comarca de Pirapozinho, em que é paciente M.H.B.S. e

Impetrante MARCIO PEREIRA DE FARIA VIEIRA, é impetrado Colenda 8ª Câmara de Direito Criminal.

ACORDAM, em 4º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM da presente impetração. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.572)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente sem voto), ALBERTO ANDERSON FILHO, FREITAS FILHO, OTAVIO ROCHA, REINALDO CINTRA e LOURI BARBIERO.

São Paulo, 9 de fevereiro de 2017.

FERNANDO SIMÃO, Relator

Ementa: *Habeas corpus* com pedido liminar – Pretensão de relaxamento ou de revogação da prisão preventiva. Subsidiariamente, substituição por cautelares diversas do cárcere – Insurgência contra decisão proveniente da C. 8ª Câmara de Direito Criminal deste E. Tribunal de Justiça – Inviável a apreciação do pedido em face da incompetência desta Segunda Instância que assumiu a condição de autoridade coatora – O art. 37, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça não tem o condão de afastar o regramento do art. 102, I, alínea *c*, da Constituição Federal – Não conhecimento.

VOTO

O Advogado MARCIO PEREIRA DE FARIA VIEIRA impetra a presente ordem *habeas corpus*, em favor de M.H.B.S., sob a alegação de que estaria sofrendo constrangimento ilegal por parte do E. Desembargador Relator Dr. Grassi Neto, por v. Acórdão proferido pela C. 8ª Câmara de Direito Criminal deste E. Tribunal de Justiça, nos *habeas corpus* n. 0033768-92.2015.826.0000 e n. 2143962-91.2016.8.26.0000.

Alega, em síntese, que a paciente foi condenada à pena de 08 (oito) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, como incursa nas penas do art. 217-A c.c. art. 13, § 2º, ambos do Código Penal, sendo-lhe negado o apelo em liberdade.

Sustenta que, apesar do entendimento esposado em julgamentos de dois *habeas corpus* pela C. 8ª Câmara de Direito Criminal, sob a relatoria do i. Des.

Acesso ao Sumário

Grassi Neto, não mais subsistem os requisitos para a manutenção da prisão preventiva, razão pela qual ela deve ser revogada.

Alega, inclusive, que a decretação da custódia cautelar da paciente é ilegal, vez que carece de fundamentação idônea, baseando- se apenas na gravidade abstrata do crime imputado a ela, sem que tenham sido ressaltados seus predicados pessoais.

Assim, pretende, liminarmente, seja relaxada ou revogada a prisão preventiva da paciente. Ao final, requer a confirmação da medida. Subsidiariamente, requer seja a custódia convertida por medida cautelar trazida no art. 319 do Código de Processo Penal.

Indeferida a liminar (fls. 58), com a vinda das informações (fls. 61/62), a d. Procuradoria de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 75/78).

É o relatório.

Em que pese as alegações do impetrante, o presente *writ* não comporta conhecimento por este E. Tribunal de Justiça, por ter assumido, em tese, a posição de autoridade coatora. Vejamos.

Pelo que se extrai da inicial do *writ*, o impetrante se insurge contra r. decisões colegiadas proferidas pela C. 8ª Câmara de Direito Criminal deste E. Tribunal de Justiça, nos *habeas corpus* registrados sob os números 0033768-92.2015.8.26.0000 e 2143962- 91.2016.8.26.0000, em que foram considerados presentes os requisitos para a manutenção da prisão preventiva da paciente, bem como afastada a alegação de excesso de prazo na formação da culpa.

A autoridade que o impetrante aponta como coatora é o i. Des. Grassi Neto, por ter sido Relator dos mencionados remédios constitucionais, magistrado deste E. Tribunal de Justiça.

E, conforme dita o art. 105, I, alínea c, da Constituição Federal, o C. Superior Tribunal de Justiça é o originariamente competente para julgar *habeas corpus* que ataque ato emanado por Tribunal sujeito à sua jurisdição:

> Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I processar e julgar, originariamente:
>
> [...]
>
> c) os *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for tribunal à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; [...]".

Ainda, de acordo com o entendimento doutrinário, "*cabe ao STJ julgar, originariamente, o habeas corpus, quando o coator ou paciente for o Governados de Estado ou do Distrito Federal, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal [...]*" (NUCCI, Guilherme de Souza, *Código de Processo Penal Comentado*, 13ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, p. 1.250).

Acesso ao Sumário

Em que pese a regra trazida pelo art. 37, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, segundo a qual "*O Grupo julgará os mandados de segurança e os habeas corpus, de atos das Câmaras e de seus relatores, inclusive os do próprio Grupo [...]*", ela não tem o condão de atribuir competência à Segunda Instância para rever seus atos de caráter decisório.

A fixação constitucional da competência originária não é afetada pelo regramento interno dos Tribunais, pelo contrário, ela baliza todo o ordenamento jurídico.

Não se olvide que este C. 4º Grupo de Câmaras Criminais fixou o entendimento de que o art. 37, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo será aplicado apenas quando o ato atacado tiver natureza ordinatória e não decisória, sob pena de se usurpar a competência atribuída ao C. Superior Tribunal de Justiça. Vejamos:

> "Por fim, anoto que o disposto no artigo 37, § 1º, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça, que prevê que os Grupos de Câmaras julgarão os mandados de segurança e os habeas corpus de atos das Câmaras e de seus relatores, inclusive os do próprio Grupo, não se refere àqueles atos decorrentes de decisões do colegiado em regulares recursos, na prestação jurisdicional de essência, de modo que se interpreta tal competência como válida apenas para atos ordinatórios e de conteúdo não decisório, sob pena de usurpação da competência constitucional do Colendo Superior Tribunal de Justiça".
>
> (TJSP – HC 2187618-98.2016.8.26.0000 – 4º Grupo de Câmaras Criminais, Relator: Des. Louri Barbiero, Julgamento aos 06.10.2016).
>
> "Em que pese os termos do art. 37, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, a questão deverá ser julgada pelo C. Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 105, I, c, da Constituição Federal. Ordem não conhecida".
>
> (TJSP – HC n. 2030033-80.2016.8.26.0000 – 4º Grupo de Câmaras Criminais, Relator: Des. Reinaldo Cintra, Julgamento aos 31.03.2016).
>
> "Cumpre destacar que não se desconhece os termos do artigo 37, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, que determina que o 'Grupo julgará os mandados de segurança e os habeas corpus de atos das Câmaras e de seus relatores, inclusive os do próprio Grupo'. Ocorre que ali se verifica, na verdade, não existir competência desta Corte, mesmo por seus 'Grupos', para conhecimento do presente remédio constitucional, porque obviamente, quando se fala em 'ato' das Câmaras ou de seus relatores, não quer referir sobre aqueles decorrentes de decisões do colegiado em regulares recursos, na prestação jurisdicional de essência. Eventual decisão judicial ilegal ou abusiva por parte deste E. Tribunal de Justiça, passível de uso de 'habeas corpus', será de competência do E. Superior Tribunal de Justiça, conforme acima já referido, nos termos do artigo 105, I, 'a' e 'c', da

Acesso ao Sumário

Constituição Federal".

(TJSP – HC n.. 0082206-52.2015.8.26.0000 – 4º Grupo de Câmaras Criminais, Relator: Des. Alcides Malossi Junior, julgamento aos 28.01.2016).

Assim, evidente que este C. 4º Grupo de Câmaras Criminais não pode conhecer do pedido, por não ter competência para tanto, posto que assumiu, em tese, a posição de autoridade coatora.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NÃO CONHEÇO** da presente impetração.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2165722-96.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante GILDÁSIO MARQUES VILARIM JÚNIOR, é impetrado MM. JUIZ(A) DE DIREITO DA 24ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Convalidada a liminar, CONCEDERAM PARCIALMENTE a segurança, para afastar a aplicação da multa de 10 salários-mínimos imposta a GILDÁSIO MARQUES VILARIM JÚNIOR, nos autos da ação penal enfocada na impetração, sem prejuízo da expedição de ofício à Ordem dos Advogados do Brasil, para as providências cabíveis. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4.859)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente) e REINALDO CINTRA.

São Paulo, 15 de dezembro de 2016.

OTAVIO ROCHA, Relator

Ementa: Mandado de segurança – Aplicação da multa prevista no art. 265 do CPP – Inexistência de comprovação do abandono da ação pelo impetrante (advogado) – Afastamento da sanção aplicada, sem prejuízo de expedição de ofício à OAB para providências cabíveis – *Writ* parcialmente concedido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por **GILDÁSIO MARQUES VILARIM JÚNIOR**, contra ato da MMª. Juíza de Direito da 24ª Vara Criminal da Capital, que aplicou a multa do art. 265 do Código de Processo Penal a seu desfavor, nos autos da Ação Penal nº 0059817-54. 2014.8.26.0050.

De acordo com os elementos que instruem a petição inicial, o impetrante, na qualidade de advogado do réu Amarildo Ribeiro da Silva, nos autos da Ação Penal nº 0059817-54.2014.8.26.0050, teria deixado, injustificadamente, de apresentar *alegações finais*, tumultuando o curso processual.

Em consequência, a i. Magistrada *a quo* declarou o réu indefeso e aplicou a GILDÁSIO a multa do art. 265 do CPP, no valor de 10 salários-mínimos.

Inconformada, a Defesa impetrou o presente mandado de segurança, visando a cassação da decisão acima destacada.

Para tanto, alega que o fato é atípico, tendo em vista que Amarildo não ficou indefeso, uma vez que GILDÁSIO esteve presente em todos os atos processuais. Ademais, a punição prevista no art. 265 do CPP é inconstitucional, tendo sido aplicada em desobediência ao princípio do devido processo legal.

Diante dessas circunstâncias, postula a concessão da ordem a fim de que seja determinado o afastamento da aludida multa.

A liminar foi inicialmente indeferida, às fls. 469/471.

Posteriormente, em juízo de reconsideração, foi determinada a suspensão cautelar a decisão judicial que aplicou a referida sanção pecuniária (fls. 1.068/1.073).

O *mandamus* foi regularmente processado, com a juntada das informações de estilo (fl. 1.077/1.080). A Egrégia Procuradoria de Justiça de Habeas Corpus e de Mandados de Segurança Criminais manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 1.146/1.148).

É o breve relatório.

A ordem deve ser concedida parcialmente.

De acordo com a inicial do presente *writ*, GILDASIO, atuando como advogado de defesa, arguiu *litispendência*, por entender que já existiria *idêntica* ação penal em andamento perante outro juízo, cuja tese foi rejeitada em Primeiro Grau.

Insistindo nessa questão, ele interpôs *correição parcial*[1] e *carta testemunhável*[2], visando *"(...) compelir a Magistrada a proferir despacho no tocante à arguição de 'bis in idem' (...)*".

Acesso ao Sumário

1 Em 02.06.2016 (fls. 870/877).

2 Em 25.07.2016 (fls. 878/887).

A d. Juíza de Direito, Dra. Giovana Furtado de Oliveira, decidiu nos seguintes termos (fls. 18/20) *[grifei]*:

"(...) Mais uma vez, embora regularmente intimado, o defensor constituído do acusado Amarildo não apresentou as suas alegações finais, por memorial (cf. certidão de fls. 661, verso), o que está impedindo o regular andamento do feito, com a prolação da sentença. E não pode este Juízo ficar à mercê de uma estratégia de defesa desconhecida, mas aparentemente desleal, quiçá espúria, notadamente porque há outros seis réus presos nesta ação penal, cujos patronos tempestivamente realizaram os atos que lhes competiam, estando todos, portanto, à espera do efetivo julgamento, que não se realiza por culpa exclusiva do defensor constituído do acusado Amarildo. Tal situação é inadmissível no processo penal, em especial à luz do princípio que dispõe que o processo deve ter duração razoável, não podendo restar assim obstado por imposição ou omissão de qualquer das partes, sobretudo quando esta, reiteradamente e de forma deliberada, deixa de praticar ato essencial que lhe compete.

'Tal atitude, em evidente e enorme prejuízo a todos os envolvidos no feito, inclusive o próprio acusado Amarildo, que está preso preventivamente, também aguardando o julgamento, revela que a referida Defesa não está se prestando ao fim para a qual foi constituída, verificando- se, em consequência, que o réu Amarildo, e verdade, está indefeso nos autos.

'(...).

'Deste modo, declaro o réu Amarildo indefeso nos autos, destituo seu atual defensor, Dr. Gildasio Marques Vilarim Junior, OAB/SP nº 298.548, do patrocínio da causa e determino que este réu seja imediatamente intimado a constituir novo defensor, em 48 horas, sob pena de lhe ser nomeada a Defensoria Pública para defesa de seus interesses.

'(...).

'Verifico, outrossim, que a não prática, pelo então patrono do réu Amarildo, do ato processual para o qual foi reiteradamente intimado equivale a abandono injustificado da causa, de maneira que, com fundamento no art. 265 do Código de Processo Penal, aplico-lhe multa no valor equivalente a 10 (dez) salários-mínimos, que deverá ser recolhida no prazo dias, sob pena de inscrição na dívida ativa.

'Por fim, determino a extração de cópia desta decisão e seu encaminhamento à Ordem dos Advogados do Brasil, para a adoção das medidas correicionais referentes ao Dr. Gildasio Marques Vilarim Junior, OAB/SP nº 298.548.

'(...).

Pois bem.

Acesso ao Sumário

Embora o presente *mandamus* – instruído com remansosa documentação[3] - não demonstre, com exatidão, os atos praticados por GILDÁSIO na qualidade de patrono de Amarildo, verifica-se que ele, antes das *alegações finais*, manejou *correição parcial* e *carta testemunhável* visando o acolhimento de tese jurídica (*litispendência*), que entendia imprescindível para o sucesso da defesa.

Ocorre que, ao insistir nas medidas acima destacadas, causou embaraço ao andamento da ação penal, em detrimento de todos os acusados, inclusive do próprio Amarildo, que estava preso preventivamente.

O prejuízo à instrução penal decorre de duas razões.

Primeira, porque GILDÁSIO não observou a existência de decisão judicial anterior que havia indeferido a propalada *litispendência* (fls. 223/227).

E segunda, porque sua insistência – caracterizada pela interposição de recursos inadequados – causou manifesto atraso no desfecho da *prestação jurisdicional*, a ponto de ensejar o seu afastamento e nomeação de um dativo a favor de Amarildo, com reabertura de prazo para *alegações finais*.

Ora, tais circunstâncias bem demonstram que a atuação de GILDÁSIO causou *tumulto processual*, especialmente em razão do manejo de medidas desnecessárias, que resultaram no retardamento da edição da sentença condenatória.

Nada obstante, ainda que evidente a falta de técnica jurídica na atuação do impetrante, não restou comprovada a sua intenção de *abandonar o patrocínio da causa*.

Com efeito, ao comentar a norma contida no art. 265 do CPP, ensina NUCCI[4] que *abandono* é *"(...) largar a causa sem dar a menor satisfação – e não condutas consideradas antiéticas, como não defender combativamente o seu patrocinado (...)"*.

À luz desse entendimento, forçoso considerar que GILVÁSIO não *abandonou* a causa por ele patrocinada, de modo que a sanção pecuniária não se justifica, devendo ser aqui e agora afastada.

Acesso ao Sumário

Dessa forma, impõe-se a concessão parcial da ordem apenas para afastar a aplicação da *multa* de 10 salários-mínimos, sem prejuízo da expedição de ofício à Ordem dos Advogados do Brasil, para as medidas administrativas cabíveis, conforme motivadamente determinado na r. decisão reproduzida às fls. 18/20.

Ante o exposto, convalidada a liminar, CONCEDO PARCIALMENTE a segurança, para afastar a aplicação da *multa* de 10 salários-mínimos imposta a GILDÁSIO MARQUES VILARIM JÚNIOR, nos autos da ação penal enfocada na impetração, sem prejuízo da expedição de ofício à Ordem dos Advogados do

3 Documentação composta por mais de *mil páginas*, a maior parte apresentada em *duplicidade* ou sem qualquer vínculo com o pedido formulado na inicial.

4 Op. cit., pag. 651.

Brasil, para as providências cabíveis. Comunique-se.

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 0021596-84.2011.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido FRANCISCO JORGE DA SILVA.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso, tão somente para cassar a sentença recorrida no que diz respeito ao reconhecimento da prescrição virtual do crime previsto no art. 129, § 9º, do CP, devendo ser analisado o mérito de tal imputação e, em caso de condenação, fixada pena concreta a FRANCISCO JORGE DA SILVA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.594)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCO ANTÔNIO COGAN (Presidente) e ALCIDES MALOSSI JUNIOR.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2017.

GRASSI NETO, Relator

Ementa: Extinção da punibilidade – Fluência, após o recebimento da denúncia, de lapso de tempo superior ao prazo prescricional obtido com base no máximo da pena abstratamente cominada, dentre os previstos no rol do art. 109 do CP – Ocorrência da prescrição da pretensão punitiva – Entendimento do art. 109 do CP. É de rigor a decretação da extinção da punibilidade, nos termos do art. 109 do CP, pelo advento da prescrição punitiva estatal, se verificada a hipótese de fluência, a partir da data do recebimento da denúncia, de lapso de tempo superior ao prazo prescricional obtido com base no máximo da pena abstratamente cominada, dentre aqueles previstos no rol do art. 109 do CP.

Acesso ao Sumário

Prescrição da pretensão punitiva – Prescrição virtual – Inocorrência.

A prescrição pela pena que poderá vir a ser aplicada, a chamada "prescrição da pretensão punitiva antecipada" ou "em perspectiva" ou "futura" ou, ainda, "prescrição virtual", além de não estar prevista em lei e por isso não pode ser reconhecida, reveste-se de inconstitucionalidade evidente por ignorar o princípio da presunção de inocência.

VOTO

Vistos,

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público contra a r. decisão de fls. 93/96, do MM. Juiz Vinicius de Toledo Piza Peluso, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Praia Grande, que julgou extinta a punibilidade do réu FRANCISCO JORGE DA SILVA, com fundamento no art. 107, IV, do CP.

Pugna o recorrente pela anulação da r. decisão recorrida, a fim de que seja proferida outra sentença, enfrentando o mérito da ação penal.

Processado e contra-arrazoado o recurso, a r. decisão impugnada foi mantida (fls. 132), tendo a D. Procuradoria Geral de Justiça se manifestado pelo seu provimento.

É o Relatório.

O presente recurso merece prosperar em parte.

O recorrido foi denunciado pela prática dos crimes previstos no art. 129, § 9º, e no art. 147, *caput* (por duas vezes), ambos do CP, todos cometidos em 17 de julho de 2011.

A denúncia foi recebida em 08 de novembro de 2012 (fls. 37).

Ao final da instrução processual, após a apresentação de memoriais pelas partes, o Magistrado *a quo*, em 1º de dezembro de 2015, declarou extinta a punibilidade do recorrido por todos os delitos a ele imputados (fls. 93/96).

A punibilidade dos crimes de ameaça foi extinta com base em prescrição da pretensão punitiva em abstrato; já com relação ao crime de lesão corporal, praticado no âmbito de violência doméstica e familiar contra a mulher, o Juiz sentenciante entendeu ter ocorrido a sua "prescrição virtual".

Levando-se em conta a pena máxima privativa de liberdade aplicável aos crimes de ameaça (06 meses), de fato a punibilidade de tais delitos extinguiu-se, em abstrato, entre o recebimento da denúncia e a decisão ora combatida. Fica, portanto, mantida a r. sentença neste ponto.

Acesso ao Sumário

Já com relação ao crime de lesão corporal, praticado no âmbito de violência doméstica e familiar contra a mulher, deve ser, contudo, acolhida a irresignação da acusação.

O MM. Juiz *a quo*, entendendo que eventual condenação por tal crime dificilmente superaria a pena mínima – 03 meses de detenção, cujo prazo prescricional seria de 03 anos (art. 109, VI, do CP) – cominada ao delito, dada a primariedade e dos bons antecedentes do acusado, optou por antecipar o reconhecimento da prescrição retroativa e extinguir a punibilidade do acusado.

A melhor interpretação é, contudo, diversa, sendo forçoso admitir que o i. Magistrado realmente se equivocou ao decretar a extinção da punibilidade do acusado com lastro em uma provável futura reprimenda, uma vez que a prescrição em concreto pressupõe a existência de uma pena fixada em sentença, não bastando, para esse efeito, a maior probabilidade de que aquela a ser eventualmente aplicada venha a acarretar o reconhecimento da prescrição.

A respeito já vêm decidindo os Tribunais superiores:

> ***Habeas Corpus* – Processual Penal – Tergiversação – Prescrição em perspectiva, virtual ou antecipada – Ausência de Previsão legal – Ordem denegada**
>
> A teor dos parágrafos 1º e 2º do artigo 110 do Código Penal, a prescrição da pretensão punitiva regulada pela pena em concreto tem como pressuposto o trânsito em julgado da condenação para a acusação, faltando amparo legal a denominada prescrição em perspectiva, antecipada ou virtual, fundada em condenação apenas hipotética.[1]

A ideia da prescrição antecipada em si, além de não encontrar abrigo na legislação penal vigente, viola os princípios constitucionais da presunção de inocência, do devido processo legal e da ampla defesa, na medida em que tanto o réu quanto a sociedade têm direito a que o Estado-Juiz profira uma sentença de mérito, na qual aquele anseia por ser absolvido e esta em ser feita Justiça com o autor da infração penal apurada.

Nesse sentido:

> Em face dos dispositivos que regem o instituto da prescrição, não é possível reconhecer a ocorrência da prescrição retroativa, baseada na pena a ser hipoteticamente fixada, sem que haja uma sentença condenatória, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e da presunção de inocência. À decretação antecipada, ainda que sob a justificativa de agilização da Justiça, pressupõe a existência de condenação e o réu tem direito a uma decisão de mérito na

Acesso ao Sumário

1 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 30.368/SP (2003/0161693-7). Impetrante: Renata Ramos Rodrigues. Impetrado: Décima Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Paciente: Kátia Marques Gomez. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. 6ª Turma. votação unânime. Brasília, 10 de agosto de 2004. Diário da Justiça 13 Dez. 2004, p. 460. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**. Disponível em: (endereço eletrônico constante do texto original).

> qual eventualmente poderá obter sua absolvição ou recorrer da decisão condenatória.[2]
>
> A prescrição antecipada não pode ser reconhecida. Com ela pretende-se eleger o julgamento antes de transitar em julgado a sentença final, o que é imprevisto pela lei penal, posto que o réu seria apenado sem processo.[3]
>
> 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 meras suposições, e sem apoio nos preceitos do Código Penal que disciplinam as modalidades da prescrição.[4]

Não é outro o entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça no Enunciado 438 de sua Súmula de Jurisprudência, vazado nos seguintes termos:

> É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.

Descabido, assim, o reconhecimento da prescrição virtual do crime previsto no art. 129, § 9º, do CP, cuja pena máxima cominada é de 03 anos (com lapso prescricional em abstrato, portanto, de 08 anos).

Destaque-se que, no presente caso, a "prescrição virtual" se mostra ainda mais indevida, tendo em vista que o feito já se encontrava pronto para julgamento.

Teria agido corretamente o Magistrado, caso tivesse julgado o mérito e, decidindo pela condenação, fixado uma pena para tal crime.

Ressalte-se que tal reprimenda, nas próprias palavras do Juiz *a quo*, provavelmente estaria sujeita à prescrição da pretensão punitiva; porém tal se daria com lastro na reprimenda aplicada em concreto.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, tão somente para cassar a sentença recorrida no que diz respeito ao reconhecimento da prescrição virtual do crime previsto no art. 129, § 9º, do CP, devendo ser analisado o mérito de tal imputação e, em caso de condenação, fixada pena concreta a FRANCISCO JORGE DA SILVA.

Acesso ao Sumário

---

2 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Recurso em Sentido Estrito nº 26.012-0. Relator: Desembargador Plínio Cachuba. 2ª Câmara Criminal. Curitiba, 01 de abril de 1993. **Revista dos Tribunais**, v. 701, p. 362.

3 BRASIL. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. São Paulo, . Relator: Juiz Ribeiro dos Santos. **Revista de Jurisprudência de Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo**, v. 11, p. 195.

4 BRASIL. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. São Paulo, . Relator: Juiz Ribeiro Machado. **Revista de Jurisprudência de Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo**, v. 14, p. 126.

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0056429-02.2014.8.26.0000, da Comarca de Bragança Paulista, em que é peticionário MÔNICA APARECIDA ALVES DE SOUZA.

ACORDAM, em 2º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a preliminar e, no mérito, indeferiram o pedido revisional. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.065)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente), EDISON BRANDÃO, LUIS SOARES DE MELLO, EUVALDO CHAIB, GERALDO WOHLERS, LUIZ ANTONIO CARDOSO, TOLOZA NETO e RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO.

São Paulo, 13 de dezembro de 2016.

CESAR MECCHI MORALES, Relator

Ementa: REVISÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS e ASSOCIAÇÃO PARA TAL FIM – Ausência de notificação pessoal acerca da sentença condenatória – Alegada nulidade – Inocorrência – Requerente que respondia a acusação em liberdade e se mudou para local não sabido, deixando de estar ao pronto alcance das comunicações do Poder Judiciário – Circunstância que justifica a realização da intimação por edital (art. 392 do CPP) – Defensora da postulante que, de todo modo, foi devidamente cientificada do *decisum* – Posterior interposição extemporânea do recurso de apelação que acertadamente fundamentou sua inadmissibilidade.

PRELIMINAR REJEITADA.

TRÁFICO DE DROGAS e ASSOCIAÇÃO PARA TAL FIM – Pretensão de que sejam reapreciadas teses já enfrentadas no julgamento anterior – Descabimento – A revisão criminal é ação autônoma, que visa desconstituir os efeitos da coisa julgada nas hipóteses previstas no art. 621 do Código de Processo Penal,

Acesso ao Sumário

não podendo ser utilizada como "segundo apelo" ou "terceira instância" de julgamento – Autoria e materialidade delitivas suficientemente comprovadas – Correta a aplicação da pena – Impossibilidade de incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas – Panorama fático a evidenciar que a requerente fazia do crime meio de vida – Regime fechado mantido.

PEDIDO REVISIONAL INDEFERIDO.

VOTO

1. Por intermédio da r. sentença de fls. 351-362 dos autos em apenso, de lavra da MM. Juíza Nicole de Almeida Campos Leite Colombini, **Mônica Aparecida Alves de Souza** viu-se condenada à pena de oito anos e dez meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 1.283 dias-multa, como incursa no art. 33, c.c. art. 40, inciso VI, e art. 35, todos da Lei nº 11.343/2006.

Após o trânsito em julgado (fls. 466 do apenso), a sentenciada apresentou o presente pedido de revisão criminal. Atuando em seu favor, a douta Defensoria Pública sustenta nulidade do feito por falta de intimação pessoal da sentença condenatória. No mérito, postula absolvição por insuficiência de provas. Em linha subsidiária, requer a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, bem ainda o abrandamento do regime prisional (fls. 12-20).

A ilustrada Procuradoria de Justiça Criminal, em parecer subscrito pela Dra. Eliana Maria Maluf Sanseverino, manifesta-se pelo indeferimento do pedido revisional (fls. 22-26).

Este, o relatório.

2. A preliminar não merece guarida.

Mônica respondia em liberdade à acusação (cf. despacho de relaxamento da prisão em flagrante – fls. 113 do apenso), não tendo sido encontrada após a prolação da sentença condenatória, no endereço fornecido ao Juízo (rua José Muniz Bueno, n. 591 – Bragança Paulista – cf. mandado de prisão de fls. 373 dos autos em apenso), panorama que realmente justifica a realização da sua intimação por edital, nos termos do art. 392 do Código de Processo Penal.

Note-se que o setor de investigações gerais da Delegacia de Polícia Civil de Bragança Paulista certificou a impossibilidade de cumprimento do mandado de prisão expedido em desfavor da sentenciada eis que, segundo informações prestadas pela sua genitora, Mônica havia se mudado para local não sabido (fls. 474 dos autos em apenso), deixando, portanto, de estar ao pronto alcance das

Acesso ao Sumário

comunicações do Poder Judiciário.

Bem por isso, já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"Ao paciente, preso em flagrante, foi deferida a liberdade provisória. Nesse cenário, seria imprescindível, sob pena de revogação do benefício, a manutenção de endereço atualizado. Com efeito, não tendo sido prontamente encontrado para a intimação da sentença condenatória, em nenhuma perspectiva poder-se-ia ter por desarrazoada a subsequente determinação de expedição de edital para a sua comunicação." (HC 196421/SP, 6ª Turma, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 6.2.2014).

Ademais, a defensora nomeada à requerente (fls. 233 dos autos em apenso) foi devidamente cientificada acerca do édito condenatório (fls. 374 dos autos em apenso), sendo certo que, anteriormente, manifestara concordância em ser intimada dos atos e termos do processo pela imprensa oficial (cf. termo de compromisso de fls. 242 dos autos em apenso).

Nesse sentido:

"Na hipótese, o recorrente foi assistido por defesa técnica em todo o processo, através de advogado dativo que optou, no Termo de Compromisso, por ser intimado dos atos e termos processuais pela imprensa oficial. Em que pese a previsão de intimação pessoal do defensor dativo, contida no art. 370, § 4°, do CPP, o advogado que opta pela intimação por meio do DJe não pode alegar a sua nulidade, nos termos do art. 565 do CPP." (STJ, RHC 68886 / SP, 5ª Turma, Min. rel. Ribeiro Dantas, j. 27.9.2016).

A despeito de tais circunstâncias, somente em **8.1.2014**, ou seja, mais de um ano depois de transitado em julgado o *decisum* (cf. certidão de fls. 466 dos autos em apenso), o novo patrono constituído pela postulante procedeu à interposição do apelo (fls. 487 dos autos em apenso), daí porque acertadamente considerado intempestivo pelo MM. Juiz de primeiro grau (cf. despacho de fls. 492-493 dos autos em apenso).

3. Melhor sorte não assiste à requerente quanto ao mérito.

Cumpre destacar que, na lição do insigne FREDERICO MARQUES, a revisão criminal não tem natureza de recurso, mas sim de ação penal constitutiva negativa, "*funcionando como equivalente penal da ação rescisória civil*" (*Elementos de Direito Processual Penal,* v. 4, ed. Forense, 1965, p. 325), uma vez que se destina a desfazer os efeitos de uma sentença condenatória transitada em julgado.

O art. 621 do Código de Processo Penal disciplina seu cabimento em apenas três hipóteses: (a) contrariedade ao texto expresso de lei ou à evidência dos autos; (b) condenação fundada em depoimentos, exames ou documentos

Acesso ao Sumário

comprovadamente falsos; (c) descoberta, posterior à sentença, de novas provas de inocência do acusado ou de circunstâncias que autorizem diminuição especial da pena.

Bem se vê que a revisão não pode ser manejada como sucedâneo de recurso, não sendo meio apto à mera reapreciação de provas ou do *quantum* de pena imposta.

Sobre o tema, preleciona GUILHERME NUCCI que "*o objetivo da revisão não é permitir uma 'terceira instância' de julgamento, garantindo ao acusado mais uma oportunidade de ser absolvido ou ter reduzida a sua pena, mas, sim, assegurar-lhe a correção de um erro judiciário. Ora, este não ocorre quando um juiz dá a uma prova uma interpretação aceitável e ponderada. Pode não ser a melhor tese ou não estar de acordo com a turma julgadora da revisão, mas daí a aceitar a ação rescisória somente para que prevaleça peculiar interpretação é desvirtuar a natureza do instituto*" (*Código de Processo Penal Comentado*, Ed. Forense, 5ª edição, p. 989).

No mesmo sentido é a jurisprudência:

"*É inadmissível a Revisão Criminal como mera pretensão de reexame de matéria anteriormente apreciada, como se fosse um recurso que visasse nova análise do mérito para corrigir injustiça, sendo certo que mencionar que a sentença condenatória foi contrária à evidência dos autos significava dizer que o Julgador desconsiderou substancial elenco probatório*" (RJTACRIM 47/489).

4. Os pedidos nestes autos formulados não se enquadram em nenhuma das hipóteses de admissibilidade da revisão. De fato, a combativa defesa, mesmo cumprindo com galhardia seu mister, não conseguiu trazer à baila nenhum fato novo ou argumento novo, capaz de ensejar a modificação do *decisum*. Pretende-se, apenas, uma reapreciação de temas já debatidos no julgamento da causa.

5. Repisem-se, de todo modo, ainda que brevemente, os tópicos que se pretende reavivar nesta revisão.

6. Narra a denúncia que em 26 de maio de 2011, por volta das 21h30min, na rua José Muniz Bueno, n. 591, bairro Uberaba, na cidade de Bragança Paulista, **Mônica Aparecida Alves de Souza**, previamente ajustada com os corréus Willian Teixeira Conceição, Rodrigo César Rigueto e César Augusto Couto (feito desmembrado), envolvendo ou visando a atingir os adolescentes Felipe Alves de Souza e Silmara Alves de Souza, guardava, para fins de tráfico, 24 pedras de "crack", pesando 9,8g, 8 invólucros de cocaína, pesando 282g, e uma porção de maconha, pesando 1,6g, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Acesso ao Sumário

Consta ainda que, nas mesmas circunstâncias, **Mônica Aparecida Alves de Souza** associou-se, de forma estável e permanente, com os corréus Willian Teixeira Conceição, Rodrigo César Rigueto e César Augusto Couto, bem ainda

com os adolescentes Felipe Alves de Souza e Silmara Alves de Souza, a fim de praticar o tráfico de drogas naquela localidade.

7. Ao contrário do alegado pela d. defesa, a autoria e materialidade delitivas foram cabalmente comprovadas, sobretudo pelos autos de exibição e apreensão (fls. 22-28), pelos laudos de constatação preliminar (fls. 73-75), pelos exames químico toxicológicos (fls. 125, 127 e 131) e pela prova oral coligida (fls. 4,7 e 269-271 dos autos em apenso).

Interrogada, a postulante negou a imputação (fls. 14 e 278-280 do apenso).

Sua escusa, todavia, restou infirmada pela prova dos autos.

O policial militar Jonas narrou que o sítio dos acontecimentos era apontado por informes anônimos como ponto de narcotráfico, havendo *menção específica à peticionária*, que teria assumido a "chefia" da mercancia espúria após a prisão de seu marido (*aspectos efetivamente comprovados pelos relatórios recebidos pelo Disque Denúncia* – fls. 102-105 do apenso). O depoente acrescentou já ter realizado, anteriormente, campana nas proximidades daquele mesmo local, oportunidade em que verificou movimentação típica do tráfico, especialmente pela constante aproximação de diversos carros e motos que paravam defronte à residência da postulante. Durante patrulhamento de rotina realizado na data do caso em apreço, foi-lhe noticiado por um popular que pessoas estariam embalando entorpecentes no interior da casa de **Mônica**, que não se encontrava no local naquele momento. O transeunte ainda detalhou que a residência era vigiada pelo adolescente Felipe, irmão da acusada. E, de fato, mencionado adolescente foi surpreendido na entrada do imóvel, ocasião em que tentou avisar os demais quanto à chegada da Polícia. Dentro da residência foram flagrados os corréus e a infante Silmara, também irmã da postulante, todos embalando entorpecentes. Além das drogas (uma porção de maconha, vinte e quatro pedras de *crack* e oito invólucros de cocaína), foram apreendidos apetrechos destinados ao fracionamento das substâncias (colheres, peneiras, embalagens plásticas e pote contendo bicarbonato, comumente usado para a mistura da cocaína), cadernos contendo anotações relativas ao comércio vil e a importância total de R$ 481,00, parte dela localizada no interior da bolsa pertencente à peticionária (fls. 4 e 269-271 dos autos em apenso).

No mesmo sentido, narrou o miliciano Rodrigo, destacando que, durante a diligência, diversos veículos aproximavam-se da casa da ré e, ao notarem a viatura policial, rapidamente afastavam-se (fls. 7 e 272-274 dos autos em apenso).

8. Ressalte-se que a lei não nega validade ao depoimento do policial, tanto que não o arrola entre os impedidos ou suspeitos, não o dispensa do compromisso de dizer apenas a verdade, nem o poupa dos inconvenientes do crime de falso testemunho, caso venha a sonegar a realidade dos acontecimentos. Ao julgador

Acesso ao Sumário

cumpre conferir, a tais declarações, o justo e merecido valor, cotejando-as e confrontando-as com os demais elementos de convicção, atribuindo-lhes, ou não, segundo seu livre convencimento, o merecido poder de persuasão.

Nesse sentido:

"O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais, especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório, reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos" (STF, Habeas Corpus nº 73518-SP, rel. Min. Celso de Mello, 1ª T., j. 26/3/1996).

9. Enfim, diante desses robustos elementos probatórios, era mesmo de rigor a condenação da requerente pelos crimes de tráfico e associação para tal fim.

10. Tampouco merece reparo o procedimento dosimétrico.

10.1 As penas-bases foram estabelecidas no piso legal e, relativamente ao crime de tráfico, acrescida em 1/6 pela majorante prevista no art. 40, inciso VI, da Lei de Drogas, eis que comprovadamente a conduta criminosa envolvia os adolescentes Felipe e Silmara (fls. 70-71 do apenso).

10.2 Era mesmo inviável a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006, eis que as circunstâncias do caso concreto evidenciam que **Mônica** fazia do tráfico meio de vida, tanto que condenada também pelo delito associativo.

Afinal, havia informes anônimos indicando a prática da mercancia espúria pela postulante no local dos fatos, circunstância confirmada pelos registros de fls. 102-105 e pelos relatos dos milicianos (fls. 4, 7 e 269-274 do apenso).

Durante campana anteriormente realizada pelo policial Jonas, foi observada intensa movimentação de veículos que estacionavam defronte ao imóvel, panorama típico de ponto de narcotráfico (fls. 4 e 269-271 do apenso).

E, de fato, no interior da residência da peticionária foi apreendida variada e considerável quantidade de entorpecentes (24 pedras de "crack", pesando 9,8g, 8 invólucros de cocaína, pesando 282g, e uma porção de maconha, pesando 1,6g), juntamente com apetrechos destinados ao seu fracionamento (colheres, prato e peneira), além de pote de bicarbonato de sódio, substância usualmente empregada na mistura da cocaína, caderno com anotações indicativas da venda de drogas e quantia de dinheiro em espécie (R$ 481,00), parte localizada

Acesso ao Sumário

exatamente no interior da bolsa pertencente a Mônica (fls. 4, 7 e 269-274 do apenso), tudo a evidenciar que não se tratava de mera traficante ocasional.

11. Por fim, mantém-se a imposição do regime prisional fechado, eis que o único adequado à hipótese dos autos.

Isso porque, além da natureza hedionda do delito, a teor do que estabelece o artigo 2º, §1º, da Lei 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 11.464/07, a gravidade concreta da conduta evidencia a necessidade de maior rigor penal.

Reprise-se, Mônica dedicava-se com habitualidade ao tráfico, havendo registros de diversas denúncias anônimas indicando tal prática delitiva no local dos fatos (fls. 102-105 do apenso), onde efetivamente apreendida diversificada quantidade de narcóticos, juntamente com apetrechos e embalagens destinadas ao seu fracionamento (cf. autos de exibição e apreensão de fls. 22-28 do apenso).

Se não bastasse, a requerente valia-se do auxílio dos próprios irmãos menores (F. e S.) para a consecução delitiva, tudo a evidenciar maior grau de reprovabilidade da conduta.

12. Em conclusão, pelo meu voto **rejeita-se a preliminar** e, no mérito, **indefere-se o pedido revisional.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0021762-19.2016.8.26.0000, da Comarca de Monte Mor, em que é peticionário FABIANA DO NASCIMENTO SANTOS.

ACORDAM, em 1º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conhecido e acolhido o pedido de revisão criminal para restabelecer a tipificação e penas fixadas na sentença de primeiro grau, em favor da ora peticionária, Fabiana do Nascimento Santos, o que se estende aos demais acusados, Rogério Gatti, Juraci Venâncio de Oliveira, Thiago Teodoro de Oliveira e Marcelo Roberto Mungumba, nos termos do artigo 580 do CPP. Oficie-se ao juízo das execuções criminais, para o cumprimento. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.553)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FIGUEIREDO GONÇALVES (Presidente), ALMEIDA SAMPAIO, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, FRANCISCO ORLANDO, ALEX ZILENOVSKI, IVO DE ALMEIDA e LUIZ FERNANDO VAGGIONE.

São Paulo, 12 de dezembro de 2016.

FIGUEIREDO GONÇALVES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Revisão criminal. Condenação em primeira instância por quadrilha ou bando, no tipo fundamental e receptação simples. Recurso do MP provido par a condenar por quadrilha armada e elevação das penas da receptação ao triplo, reconhecida a continuidade delitiva. Ausência de provas do envolvimento dos réus no roubo. Inexistência de fatos provados demonstrando a continuidade delitiva na receptação. Contrariedade da evidência dos autos, Revisão deferida, restabelecendo-se a sentença.

VOTO

A peticionária foi condenada perante a 2ª Vara Criminal da Comarca de Monte Mor como incursa no art. 180, *caput*, e art. 288, *caput*, na forma do art. 69, todos do Código Penal, a 2 anos de reclusão e pagamento de 20 dias-multa, no piso, substituída a pena carcerária por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo e ao pagamento de prestação pecuniária, no valor de um salário mínimo à entidade pública ou privada com destinação social (fls. 614-628).

Inconformados, apelaram os corréus Juraci Venâncio de Oliveira, Thiago Teodoro de Oliveira e Marcelo Roberto Mungumba e o Ministério Público, buscando aqueles a absolvição por insuficiência de provas e Marcelo, subsidiariamente, a desclassificação do delito de receptação para a modalidade prevista no art. 180, §3º, do CP. Por sua vez, o Ministério Público pediu a fixação da pena-base pelo crime de receptação acima do mínimo e o reconhecimento da qualificadora do crime de quadrilha (fls. 649-655; 706-710, 737-742, 780-785 (4º vol.) e 808-812 (5º vol.).

A Egrégia 5ª Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, negou provimento aos apelos da defesa e deu provimento ao recurso do Ministério Público, restando todos os réus condenados por quadrilha armada, como incursos no art. 288, parágrafo único, do Código Penal, impondo-se, ainda, a elevação das penas para a receptação (fls. 837-844 – 5º vol.).

Agora, através do presente pedido, Fabiana pleiteia a revisão do processo, alegando que a decisão da Câmara julgadora contrariou a prova dos autos, pois em momento algum se vislumbra que a quadrilha fosse armada, assinalando que restou comprovada a formação para a prática do crime de receptação. Pugna pelo afastamento da qualificadora, redimensionando-se as penas aplicadas a ambos os delitos, reputando demasiado e desproporcional o aumento de 300% imposto ao crime de receptação. Requer, por fim, a fixação de regime mais brando para o cumprimento (fls. 2-11).

Acesso ao Sumário

A douta Procuradoria Geral de Justiça oficiou no sentido do não conhecimento do pedido revisional, ou, se conhecido, pelo indeferimento (fls. 36-52).

É o relatório.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça oficiou pelo não conhecimento do pedido, porque, segundo observa, não traz provas ou fatos novos e convincentes para embasá-lo. Argumenta que seria mais um estágio sucedâneo de apelação, onde se pretende esmiuçar a prova, em total desrespeito ao realismo desse instituto.

Conhece-se, entretanto, da pretensão revisional.

Uma das possibilidades previstas no artigo 621, nº I, do Código de Processo Penal, é a revisão em virtude de sentença contrária à evidência dos autos. Sobre esse tema José Frederico Marques sustenta que a decisão: "*é revista e rescindida, mediante reexame do que se continha no processo no qual a sentença errônea e iníqua foi proferida"*. Depois, assinala: *"Quando, no entanto, a revisão se assenta no artigo 621, n° II, do Código de Processo Penal, fatos novos é que possibilitam a rescisão do julgado condenatório*"[1].

Visto que formulado o pedido com fundamento em decisão contrária à evidência dos autos, portanto, com base no artigo 621, I, do estatuto processual, afasta-se o argumento posto no parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça, conhecendo-se do pleito. Afinal, para que se afaste, ou acolha-se, o argumento de que a condenação contrariou a evidência dos autos, faz- se necessário reexaminar o conteúdo do processo, sem o exame do qual se torna impossível a resposta à pretensão do peticionário.

Passa-se, agora, às questões de fundo.

A ora peticionária foi denunciada como incursa no art. 288, parágrafo único, do Código Penal e artigo 180, *caput*, por três vezes, na forma do art. 69, do Código Penal, porque, conforme se infere da peça inicial, associou-se em quadrilha ou bando, com os corréus Marcelo Roberto Mungumba, Juraci Venâncio de Oliveira, Rogério Gatti e Thiago Teodoro de Oliveira, para o fim de cometer crimes patrimoniais, sobretudo o delito de receptação, receptando objeto material de roubos praticados em residências na Cidade de Monte Mor, pelo que se reuniam e escolhiam os locais onde desenvolveriam o intento criminoso, passando a ocultar os objetos espúrios em suas residências.

Em diligências preliminares, policiais civis verificaram que os acusados mantinham contato e utilizaram os cartões de crédito e débito subtraídos das vítimas no estabelecimento comercial *RF Fashion* (cf. extratos e boletos de fls. 136, 152-153 e 201-202), situado na cidade de Hortolândia, de propriedade

1 "*Elementos de Direito Processual Penal*", vol. IV, 1ª edição – 2ª tiragem , Ed. Bookseller, Campin as, 1988, p. 325.

Acesso ao Sumário

da ora peticionária Fabiana do Nascimento Santos. Assim, em cumprimento a mandados de busca domiciliar nas residências dos acusados, no dia 17 de setembro de 2009, localizaram no interior da residência de Rogério Gatti e Fabiana, três revólveres, calibre 38, munições, coletes balísticos, além de diversos objetos de origem espúria, entre eles os cartões de cartões de crédito e débito subtraídos das vítimas e utilizados no estabelecimento comercial de Fabiana.

Ainda, segundo consta da denúncia, prosseguindo as diligências, foram encontradas diversas mercadorias de origem ilícita, de propriedade das vítimas, ocultadas pelos corréus Juraci e Marcelo. Após a prisão dos acusados, Daiane da Silva Santos, companheira de Thiago compareceu à delegacia na posse de sacola plástica contendo pertences de uma das vítimas.

Após regular instrução, a ação foi julgada parcialmente procedente, decidindo o magistrado pelo afastamento da continuidade delitiva do crime de receptação, argumentando: "*em que pese os crimes de roubo terem ocorrido em três oportunidades distintas, não há prova cabal que os acusados tenham recebido as mercadorias roubadas em datas distintas, o que configuraria a continuidade delitiva, de modo que fica valendo o princípio de 'in dubio pro reo' na ausência de prova cabal de receptação em datas distintas*." (fl. 557).

Decidiu, também, o juízo a quo, pelo afastamento da qualificadora do parágrafo único do artigo 288, entendendo: "*o fato de armas terem sido encontradas na casa de um dos acusados não os torna a quadrilha ou bando armada.",* pois*, "pelo que restou comprovado, a quadrilha foi formada para a prática do crime de receptação, crime praticado sem violência ou grave ameaça.* E continua*, "as armas encontradas, inclusive uma delas sendo de um delegado que foi vítima de crime, indicam também que foram receptadas e não utilizadas pela quadrilha na execução dos crimes por ela praticados.*" (fl. 557).

Sobreveio apelação do Ministério Público insurgindo-se contra a pena mínima fixada pelo delito de receptação, alegando que não foi suficiente para a reprovação e prevenção do crime, bem como contra o afastamento da qualificadora no crime de quadrilha. Segundo alegou: "*claro nos autos o fato de a quadrilha ser formada pelos apelados e pelos roubadores não identificados, isso porque restou absolutamente cristalino que os roubos eram praticados com receptadores certos e predeterminados*." (fl. 654).

Em acórdão proferido pela 5ª Câmara Criminal deste Tribunal, da lavra do Desembargador Damião Cogan, foi negado provimento ao apelo dos réus e dado provimento ao recurso do Ministério Público. Entendeu-se, então, que: "*o conjunto probatório demonstrou a reunião estável e permanente para a perpetração da prática de crimes, vez que os produtos dos roubos praticados entre abril e setembro de 2009 eram repassados aos apelantes. Além disso,*

Acesso ao Sumário

armas de fogo, munições e coletes balísticos foram apreendidos na residência de Rogério e Fabiana, como visto, de modo que é caso de acolhimento da acusação como incursos no artigo 288, parágrafo único, do Código Penal. Tratava-se de quadrilha armada, organizada, que praticou inúmeros roubos, trazendo intranquilidade." (fl. 842).

Quanto às penas decidiu pela majoração. Para o delito do artigo 180 do CP, "*uma vez que várias foram as receptações decorrentes dos bens de várias vítimas de roubo, o que denota maior reprovabilidade*", fixou a base acima do mínimo, em três anos de reclusão e 30 dias- multa, no piso, para todos os réus, elevando a pena de Juraci em 1/6 pela reincidência (fl. 278), somando para este 3 anos e 6 meses de reclusão e 35 dias-multa. Para o delito de quadrilha armada, partindo-se do mínimo de 3 anos de reclusão, aplicou o aumento em 1/3, somando 4 anos de reclusão, exceção para Juraci, que somou 4 anos e 8 meses de reclusão, pela nota da reincidência.

Observe-se, contudo, que nenhum dos acusados foi apontado por vítima de roubo, ou por qualquer testemunha, como participante dessa espécie de crime, realizado com violência ou grave ameaça. Tudo o que se comprovou, no processo, foi o fato de que os acusados adquiriram produtos originários desses crimes.

A respeitável sentença, ainda, assinalou não ter existido provas senão do encontro dos objetos com os réus. Porém, nenhuma se fizera demonstrando que tais bens fossem adquiridos em diversas ocasiões, para caracterizar a continuidade delitiva. Como era ônus da acusação essa prova e não realizada no processo, afastou a imputação do crime continuado, reconhecendo o delito único, em homenagem ao brocardo latino do *in dubio pro reo*.

Relativamente ao crime de quadrilha ou bando armado, sustentou que somente restara provado que os agentes atuaram como receptadores – crime realizado sem violência ou grave ameaça – e, as armas e colete de proteção apreendidos, uma das quais subtraída de um delegado de polícia, eram igualmente produto de receptação, não havendo evidência de que teriam sido utilizados na prática de crimes pelos acusados. Portanto, afastou a causa especial de aumento da pena.

Por sua vez, o V. Acordão revidendo, contrariou aqueles entendimentos, argumentando que os acusados teriam participado de vários roubos e, apreendida arma na casa de dois deles (um casal, a peticionária e o corréu Rogério), isso evidenciaria a prática da quadrilha armada, consoante acima se transcreveu.

A despeito da grande admiração deste relator, devotada à inteligência e descortino dos ilustres componentes da Turma Julgadora, não existiu nos autos do processo prova alguma de que os acusados houvessem participado de roubos. Quando muito, existiria suspeita desse fato. Contudo, caberia à acusação prová-

Acesso ao Sumário

lo no processo e tanto não se fez. Observe-se que os acusados foram condenados por receptação, unicamente pelo encontro de objetos originários de crimes, em suas residências. Houvesse prova de que tomaram parte nos roubos, deveriam ser condenados, igualmente, por este delito, o que não ocorreu.

Desse modo, contrariou-se a evidência dos autos a afirmativa de que os acusados – como quadrilha, hoje associação criminosa – tivessem tomado parte nos delitos de roubo. Assim, não existindo qualquer indício de que houvessem utilizado de armas para o crime do artigo 288 do CP, tudo indicava que, aquelas apreendidas, também houvessem sido receptadas, não se justificando a tipificação pelo delito mais grave.

De outro lado, o argumento da sentença, de que não se demonstrara a receptação continuada, é irrespondível. Embora os roubos acontecessem em ocasiões sucessivas, nada impossibilitaria que, o produto desses crimes, fossem adquiridos em uma única ocasião. Portanto, não realizada no processo a prova da continuidade delitiva, era de se acolher a denúncia por crime único, ao menos em homenagem à dúvida razoável, que militaria em favor da defesa.

Portanto, em que pese o respeito pelo entendimento diverso, não existiu evidência nos autos da ocorrência do crime de quadrilha armada, ou da receptação continuada e, desse modo, as penas fixadas em primeira instância estão corretas, posto considerar as circunstâncias pessoais de cada um dos acusados.

Em face desses motivos, conhecido o pedido de revisão criminal, acolhe-se este para restabelecer a tipificação e penas fixadas na sentença de primeiro grau, em favor da ora peticionária, Fabiana do Nascimento Santos, o que se estende aos demais acusados, Rogério Gatti, Juraci Venâncio de Oliveira, Thiago Teodoro de Oliveira e Marcelo Roberto Mungumba, nos termos do artigo 580 do CPP. Oficie- se ao juízo das execuções criminais, para o cumprimento.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0012561-42.2012.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é peticionário CARLOS EDUARDO PEREIRA.

ACORDAM, em 8º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DEFERIRAM o pedido de REVISÃO CRIMINAL interposto por CARLOS EDUARDO PEREIRA para absolvê-lo da imputação que lhe foi feita, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.686)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NEWTON NEVES (Presidente), POÇAS LEITÃO, WILLIAN CAMPOS, OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, ENCINAS MANFRÉ, RICARDO SALE JÚNIOR, CAMARGO ARANHA FILHO, LEME GARCIA e OSNI PEREIRA.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2017.

BORGES PEREIRA, Relator

Ementa: Revisão Criminal – Posse ilegal de arma de fogo – Artigo 10 da Lei nº 9.437/97 – Fato ocorrido em 31 de julho de 2000 – *Abolitio criminis* temporária - Porte de arma em período que, por expressa previsão legal, discriminalizou a conduta – Entendimento consolidado do STF e do STJ – Retroatividade da lei penal mais benéfica – Pedido revisional deferido para absolver o peticionário, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

VOTO

Por r. sentença proferida em 14 de fevereiro de 2001 (fls. 128-134), **CARLOS EDUARDO PEREIRA** foi condenado ao cumprimento da pena de 01 (um) ano e 03 (três) meses de detenção, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, por incurso no artigo 10, "caput" da lei nº 9.437/97, deferido o apelo em liberdade.

A r. sentença transitou em julgado para o Ministério Público em 27.03.2001 e para a defesa em 16.04.2001 (cf. fls. 140).

Agora, pela via da revisão criminal, almeja o peticionário, em síntese, a extinção de sua punibilidade, haja vista a *abolitio criminis* do delito de posse de arma de fogo, ou a absolvição do peticionário, devido à atipicidade de sua conduta, com fulcro no artigo 397, inciso III, do Código de Processo Penal.

Com os autos encaminhados a esta Instância, opinou o D. representante da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 28/33, pelo indeferimento do pedido revisional.

RELATADOS.

Consta que o peticionário foi denunciado e ao final condenado como incurso no artigo 10, "caput" da Lei nº 9.437/97, porque no dia 31 de julho de 2000, por volta de 04h30min, na Rua Alessandro Bibiena, possuía e mantinha sob sua guarda, em sua residência, uma espingarda calibre 28, três cartuchos de calibre 12 e dois de calibre 28, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Acesso ao Sumário

A ré foi denunciada por incursa na pena do artigo 10 da Lei n.º 9.437/97 por fatos ocorridos em 23 de maio de 2003.

Assim, ainda que provada a posse de arma de fogo, seja de uso permitido ou restrito, esteja ou não com numeração raspada, pela data em que se deram os fatos, não poderia ensejar a conduta a condenação imposta, devido à abolitio criminis temporária, posto que encontrada na residência do réu.

Prevê o art. 30 da Lei n.º 10.826/03, com redação trazida pela Lei n.º 11.706/08, que: "*Os possuidores e proprietários de arma de fogo de uso permitido ainda não registrada deverão solicitar seu registro até o dia 31 de dezembro de 2008, mediante apresentação de documento de identificação pessoal e comprovante de residência fixa, acompanhados de nota fiscal de compra ou comprovação da origem lícita da posse, pelos meios de prova admitidos em direito, ou declaração firmada na qual constem as características da arma e a sua condição de proprietário, ficando este dispensado do pagamento de taxas e do cumprimento das demais exigências constantes dos incisos I a III do caput do art. 4º desta Lei*."

O texto deste dispositivo legal sofreu sucessivas alterações pelas Leis n.º 10.884/04, 11.118/05, 11.191/05, Medida Provisória 417/08 e Lei nº 11.922/09, tão só prorrogando o prazo para o registro das armas de fogo ou entrega à Polícia Federal.

Deste modo, forçoso reconhecer a atipicidade da conduta praticada pelo ora peticionário, porquanto permitida temporariamente a posse de arma, em 23 de maio de 2003, por expressa previsão legal.

Nesse sentido é firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme julgado no REsp 799662, Relatora Ministra Laurita Vaz, j. 10/09/2009, no sentido de ter-se operado a atipicidade temporária da posse de arma de fogo:

"Houve a prorrogação do prazo para a regularização do registro por duas vezes (Lei n.º 10.884/2004 e Lei n.º 11.118/2005), até a edição da Lei n.º 11.191/05, que estipulou o termo final para o dia 23/10/2005, o qual foi estendido para 31/12/2008, por força da Lei n.º 11.706/2008 e, finalmente, para 31/12/2009, pela Lei n.º 11.922, de 13 de abril de 2009, não existindo prazo para a entrega da arma à Polícia Federal, que poderá ocorrer a qualquer tempo, nos termos do art. 31 da Lei n.º 10.826/03. Nesse contexto, apresenta-se cabível a concessão de habeas corpus de ofício, já que esta Corte vem entendendo que, diante da literalidade dos artigos relativos ao prazo legal para regularização do registro da arma (artigos 30, 31 e 32 da Lei 10.826/03), houve a descriminalização temporária no tocante às condutas delituosas relacionadas à posse de arma de fogo".

Assim, cuidando-se de alteração legal superveniente, com caráter de norma mais favorável, de rigor a aplicação do preceito previsto no art. 2º,

Acesso ao Sumário

parágrafo único, do Código Penal, fazendo com que retroaja a norma penal mais benéfica.

Isto posto, **DEFERE-SE** o pedido de **REVISÃO CRIMINAL** interposto por **CARLOS EDUARDO PEREIRA** para absolvê-lo da imputação que lhe foi feita, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0280800-85.2010.8.26.0000, da Comarca de Valparaíso, em que é peticionário I.F.S.

ACORDAM, em 8º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM PARCIALMENTE PROCEDENTE presente pedido de revisão criminal, para readequar as penas de I.F.S. para 15 (quinze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao artigo 213, §1º, c/c o 226, inciso II, ambos do Código Penal, adequada pena e tipicidade normativa pelo advento da Lei 12.015/2009. v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.230)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NEWTON NEVES (Presidente), LEME GARCIA, POÇAS LEITÃO, WILLIAN CAMPOS, BORGES PEREIRA, OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, ENCINAS MANFRÉ, RICARDO SALE JÚNIOR e OSNI PEREIRA.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2017.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator

Ementa: REVISÃO CRIMINAL. Crimes contra a liberdade sexual. Estupro e atentado violento ao pudor. Pleito de afastamento do concurso material e reconhecimento da continuidade delitiva. Lei 12.015/2009. Tipo misto alternativo. Pluralidade de condutas, praticadas em um mesmo contexto fático. Crime único. Precedentes. REVISÃO CRIMINAL JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

VOTO

I.F.S. foi denunciado, nos autos do processo n.º 0202019-12.2005.8.26.0651, da 1ª Vara da Comarca de Valparaíso, como incurso nos artigos 213 c/c 226, inciso II, por duas vezes, na forma do artigo 71; e 214, *caput*, c/c 226, inciso II, todos do Código Penal; e artigo 12, da Lei 10.826/2003,

Acesso ao Sumário

todos na forma do artigo 69, do Código Penal.

Após regular instrução, a denúncia foi julgada parcialmente procedente para condená-lo a 19 (dezenove) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime integralmente fechado, pela prática dos delitos tipificados nos artigos 213 c/c 226, inciso II, por duas vezes; e 214, *caput*, c/c 226, inciso II, na forma do artigo 69, todos do Código Penal; absolvendo-o a imputação do delito previsto no artigo 12, da Lei 10.826/200 (fls. 123/133, do processo apenso).

Irresignado interpôs recurso de apelação (02437801). Em sessão realizada no dia 14 de abril de 2009, a Colenda 3ª Câmara de Direito Criminal, à unanimidade, deu parcial provimento ao seu recurso, apenas para fixar o regime inicial fechado (fls. 158/160 do processo apenso).

A r. decisão transitou em julgado em 17 de novembro de 2009 (cf. fls. 165v do processo apenso).

Agora, por intermédio da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, ingressa com pedido de revisão, com fundamento no artigo 621, do Código de Processo Penal, pleiteando o reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor.

Apensados os autos originais e processada a ação, manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pela improcedência do pedido revisional (fls. 17/26).

É o relatório.

I.F.S. foi processado porque no dia 7 de maio de 2005, aproximadamente às 9horas, no local cujo endereço encontra-se bem descrito nos autos, constrangeu a adolescente J.C.S., de 17 anos de idade, mediante violência e grave ameaça, a com ele manter conjunção carnal, bem, como a permitir que nela se praticasse outros atos libidinosos.

Consoante restou demonstrado, na data dos fatos, I.F.S., aproveitando-se do fato de sua companheira G.A.S. estar trabalhando, abordou a menor J.C.S., sua enteada, obrigando-a, por duas vezes, a com ele manter relação sexual, deflorando-a. Não bastasse, ainda praticou coito anal com a vítima, mediante violência e grave ameaça de morte.

O acusado confessou os fatos conforme descritos na inicial acusatória. Assim o fez também a vítima. E o laudo de exame de conjunção carnal juntado as fls. 41/42 comprovou que a vítima havia sido deflorada recentemente, bem como a presença de fissuras no ânus e lesões corporais decorrentes da violência empregada pelo requerente para a prática dos atos.

Agora, pretende o requerente o reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, vez que constituem figuras penais assemelhadas e protegem o mesmo bem jurídico.

Acesso ao Sumário

No entanto, entendo que a hipótese não se aplica ao caso. Explico.

Como é cediço, a edição da Lei nº 12.015/2009 revogou o artigo 214 do Código Penal, que previa o crime de "atentado violento ao pudor", cuja previsão fática passou a integrar o delito de estupro, previsto no artigo 213 do mesmo diploma legal. Criou-se um tipo penal misto alternativo, hipótese em que a prática de qualquer das condutas importa na condenação pelo mesmo delito.

Desta forma, a união das condutas sob as balizas do mesmo tipo penal abriu espaço para o reconhecimento do crime único ou da continuidade delitiva.

Não se desconhece antiga dissonância jurisprudencial quanto à aplicação ou não da continuidade delitiva nos casos de prática de crimes de estupro e atentado violento ao pudor, que, no entanto, não pode ser resolvida via revisão criminal; hoje não mais existente em decorrência as alterações advindas da Lei nº 12.015/09, unificando as condutas para o mesmo tipo penal.

Ocorre que, para o caso em questão, não há falar em reconhecimento da continuidade delitiva. O Colendo Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento no sentido de que a prática de conjunção carnal e ato libidinoso diverso, em um mesmo contexto factual, como é o caso dos autos, configura crime único, devendo observar o princípio legal e constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica:

> *A reforma promovida pela Lei 12.015/2009 condensou num só tipo penal as condutas anteriormente tipificadas nos arts. 213 e 214 do CP. Assim, constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, na hipótese em que a conduta tenha sido praticada em um mesmo contexto fático e contra a mesma vítima, configura a prática de crime único. 4. Na espécie, deve ser reconhecida a prática de crime único, pois a vítima teve a sua dignidade sexual violada pela prática de três atos sucessivos, ocorridos no interior do apartamento do paciente, mas em um mesmo contexto fático, sendo sexo oral no banheiro, conjunção carnal na sala após alguns minutos e, depois de algumas indagações, nova conjunção carnal no quarto. 5. Não obstante o reconhecimento da prática de crime único, o maior desvalor da ação, consistente na prática de atos sucessivos e que importam em maior ofensa à dignidade sexual da vítima não pode ser desconsiderado, devendo ser valorado na fixação da pena-base. 6. Transitada em julgado a condenação, incumbe ao Juízo das Execuções Criminais proceder à readequação da pena do paciente, observada a prática de crime único, mas sopesando os atos sucessivos para efeito de fixar a pena-base em maior extensão. 7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a prática de crime único, incumbindo ao Juízo das Execuções Criminais fixar a pena*

Acesso ao Sumário

do paciente, com a valoração da pluralidade de atos na primeira fase da dosimetria, em acréscimo às circunstâncias já sopesadas quando da condenação. (*Habeas Corpus* 320306/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 4/10/2016).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica de que os crimes previstos nos arts. 213 e 214 do Código Penal, após a redação dada pela Lei n. 12.015/09, configuram crime único. Todavia, devem as diversas condutas praticadas serem valoradas na primeira fase do cálculo da pena. 4. Por se tratar de inovação benéfica, novatio legis in mellius, a Lei n. 12.015/09 alcança todos os fatos ocorridos anteriormente à sua vigência. Na hipótese dos autos, considerando que a vítima foi submetida a conjunção carnal e ato libidinoso diverso, no mesmo contexto fático, deve ser concedida a ordem para reconhecer a ocorrência de crime único. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar ao Juízo das Execuções que refaça a dosimetria da pena relativa aos crimes sexuais do paciente. (*Habeas Corpus* 309632/RS, Rel. Min Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. em 5/5/2016)

Por força da alteração no Código Penal, veiculada pela Lei n. 12.015/2009, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que a prática de conjunção carnal e ato libidinoso diverso constitui crime único, desde que praticado contra a mesma vítima e no mesmo contexto fático. 3. Em obediência ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, tal compreensão deve retroagir para atingir os fatos anteriores à citada lei. (REsp 1091392/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. em 1/3/2016).

A atual jurisprudência desta Corte Superior entende que, como a Lei 12.015/2009 unificou os crimes de estupro e atentado violento ao pudor em um mesmo tipo penal, deve ser reconhecida a existência de crime único de estupro, caso as condutas tenham sido praticadas contra a mesma vítima e no mesmo contexto fático (AgRg no AREsp n. 233.559/BA, Rel. Minª. Assusete Magalhães, Sexta Turma, DJe 10/2/2014)

Com o advento da Lei n.º 12.015/09, as práticas de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso passaram a ser tipificadas no mesmo dispositivo legal, deixando de configurar crimes diversos, de estupro e de atentado violento ao pudor, para constituir crime único, desde que praticados no mesmo contexto. Tal compreensão, por ser mais benéfica, deve retroagir para alcançar os fatos anteriores. Com isso, a dosimetria da reprimenda deve ser refeita, não ficando o magistrado da execução vinculado às penas-bases fixadas anteriormente, pois agora deverá avaliar a maior reprovabilidade da prática de conjunção carnal e dos ato libidinosos diversos em um mesmo momento. (*Habeas Corpus* 344244/RS, Rel. Minª.

Acesso ao Sumário

Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. em 18/2/2016)

Nesse ponto, destaco a abordagem de Cezar Roberto Bitencourt sobre a questão:

Aliás, as duas figuras - conjunção carnal e ato libidinoso diverso - são espécies do gênero atos de libidinagem. O constrangimento ilegal objetiva a prática de atos de libidinagem (qualquer das duas modalidades, ou ambas, isoladas, conjuntas ou simultaneamente). A violência aliada ao dissenso da vítima - duas elementares típicas, uma expressa (violência), e outra implícita (dissenso) - devem ser longamente demonstradas, nas duas figuras típicas. Por outro lado, tratando-se de crime de ação múltipla (ou de conteúdo variado) não há que se falar em concurso de crimes, material ou formal, quando praticados no mesmo contexto. Supera-se, assim, aquela enorme dificuldade da jurisprudência majoritária que insistia interpretar, no mesmo contexto, a configuração de concurso material de crimes, ainda que se trata-se de meros atos preliminares ou até vestibulares. (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal 4, parte especial. 6ª ed. rev. ampl, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 50, g. n.)

O tema também foi enfrentado por Nucci:

É inequívoca a unificação de condutas criminosas, referentes aos anteriores estupro e atentado violento ao pudor, sob um mesmo tipo penal alternativo. Portanto, o agente que 'constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso' responderá por um só delito: estupro (art. 213, CP). É pacífico o entendimento em relação aos tipos alternativos: a prática de uma só conduta descrita no tipo ou o cometimento de mais de uma, quando expostas as práticas num mesmo cenário, mormente contra idêntica vítima, resulta na concretização de uma só infração penal.

Anteriormente, havendo dois tipos penais distintos (arts. 213 e 214, CP), o cometimento de ambas as condutas neles previstas, embora no mesmo contexto contra idêntica vítima, permitia a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da aplicação da pena. Tratava-se do cometimento de duas infrações penais, porém, voltava-se o magistrado para a avaliação do concurso de crimes. Poder-se-ia sustentar, conforme a situação concreta, concurso material, concurso formal ou crime continuado. Na maior parte dos casos, situava-se a jurisprudência entre o concurso material e o crime continuado. Os adeptos desta última tese sustentavam a existência de crimes da mesma espécie, nos termos do art. 71 do Código Penal, enquanto os defensores da primeira apegavam-se na idéia de que as condutas estavam inseridas em tipos separados,

Acesso ao Sumário

logo, não seriam da mesma espécie, aplicando-se o disposto no art. 69 do Código Penal.

Os tribunais pátrios, em sua maioria, inclinavam- se pela posição segundo qual a prática de estupro e de atentado violento ao pudor, por se tratarem de diferentes tipos penais, logo, crimes de espécies diferentes, implicava em concurso material. Assim considerando, aplicava-se o mínimo de 12 anos de reclusão quando ambos eram cometidos.

Ora, o art. 214 foi revogado. Não há mais atentado violento ao pudor como crime autônomo. Tornou-se a conduta, portanto, modalidade de estupro, embora não tenha havido descriminalização. Cuida-se, na situação concretizada pela Lei 12.015/09, de norma penal benéfica, visto que, hoje, quem cometa a conjunção carnal e outro ato libidinoso qualquer contra a mesma vítima, no mesmo cenário, pratica um delito de estupro, cuja pena mínima é de 6 anos de reclusão.

Há de se considerar benéfica a alteração legislativa. Se antes havia dois delitos autônomos, com penalidades igualmente independentes (embora do mesmo nível), atualmente existe um único crime, em formato alternativo. Inexiste palco para considerar necessária a aplicação do concurso de crimes. Nem mais é preciso debater se estupro e atentado violento ao pudor são delitos da mesma espécie. Cessou o concurso de infrações penais; exterminou-se o atentado violento ao pudor. Subsiste apenas o crime de estupro: duas condutas alternativas e uma sanção penal variável entre 6 e 10 anos de reclusão.

Nem se diga ser o tipo penal do art. 213 numa figura cumulativa, ou seja, duas condutas criminosas distintas, previstas num único artigo. Para que assim fosse considerado seria indispensável haver duas condutas diferenciadas, com verbos seguidos de objetos diversos, o que não ocorre nesse caso. O núcleo do tipo - figura principal a atrair os verbos-complementos-é 'constranger'. O objeto é 'alguém'. O mais é o remate do tipo penal para a compreensão da espécie de constrangimento: 'ter conjunção carnal'; 'praticar outro ato libidinoso'; 'permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso'. (NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 63-5)

Os autos são incontroversos no sentido de que a vítima teve a sua dignidade sexual violada pela prática de três atos sucessivos, ocorridos no interior da residência, em um mesmo contexto fático. Diante disso, à vista da nova disciplina legal sobre o tema, deve o apelante ser responsabilizado por um único crime, e não pelo concurso de delitos.

Em consequência disso, indispensável a reanálise da dosimetria da pena.

Inicialmente, cumpre salientar a vedação existente em relação à

Acesso ao Sumário

combinação de duas leis distintas. Por isso, ou se aplica a lei nº 12.015/09 em sua totalidade ou não se aplica.

In casu, embora a pena-base prevista para os artigos 213 e 214 do Código Penal, à época dos fatos, fosse de 06 (seis) anos de reclusão; e, após a incidência da Lei nº 12.015/09, que incluiu o § 1° ao artigo 213 Código Penal, tenha fixado a pena para o delito praticado pelo requerente em 8 (oito) anos de reclusão, ainda assim, o cômputo final da pena será mais benéfico ao requerente.

Não se pode olvidar que antes da modificação legislativa, o requerente foi responsabilizado pela prática de 3 (três) crimes, sendo 2 (dois) de estupro e 1 (um) de atentado violento ao pudor, enquanto que, com o advento da Lei 12.015/09, restará condenado pela prática de apenas 1 (um) delito.

Assim, perfeitamente adequada a aplicação da nova lei, que indubitavelmente o beneficia.

Quanto a nova dosimetria penal, seguindo a linha dos julgados colacionados, não obstante seja reconhecida a prática de crime único, o maior desvalor da conduta, que consistiu na prática de 3 (três) atos sucessivos de extrema violência, extrapolando a normalidade inerente ao tipo penal, que importam em maior ofensividade à dignidade sexual da vítima, não pode ser desconsiderado e deve ser valorado na fixação da pena-base.

Feitas estas considerações, atento às circunstâncias judiciais extremamente desfavoráveis ao apelante (Código Penal, artigo 59), fixo a pena-base na fração de ¼ (um quarto) acima do mínimo legal, perfazendo 10 (dez) anos de reclusão.

Impossível o conhecimento da atenuante da confissão espontânea, pois o réu negou os abusos, alegando que as relações foram consentidas.

Mantenho o acréscimo na fração de 1/2 (metade), nos termos do artigo 226, inciso II, do Código Penal, na medida em que o requerente exercia autoridade sobre a vítima, na condição de companheiro de sua genitora, restando a pena fixada, em definitivo, em 15 (quinze) anos de reclusão, por infração ao artigo 213, § 1°, c/c o 226, inciso II, ambos do Código Penal.

As circunstâncias concretas constituem fundamentos que inviabilizam o estabelecimento de regime prisional diverso do fechado, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (cf. artigos 33, § 2º, alínea a, e 44, incisos I e III, ambos do Código Penal).

Ante o exposto, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** presente pedido de revisão criminal, para readequar as penas de I.F.S. para 15 (quinze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao artigo 213, §1°, c/c o 226, inciso II, ambos do Código Penal, adequada pena e tipicidade normativa pelo advento da Lei 12.015/2009.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2144176-82.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE LARANJAL PAULISTA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE LARANJAL PAULISTA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "AFASTARAM A PRELIMINAR E JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27996)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, MOREIRA VIEGAS, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 14 de dezembro de 2016.

ÁLVARO PASSOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: LITISPENDÊNCIA – Inexistência de repetição de ação com o mesmo objeto – Ação civil pública e ação direta de inconstitucionalidade que não se confundem – Preliminar afastada Ação procedente. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Pretensão que envolve os cargos em comissão constantes no Anexo III, da Lei Complementar nº 85, de 12 de dezembro de 2007, alterada pelas Leis Complementares nºs 166, de 23 de junho de 2015, 152, de 12 de março de 2014, 141, de 09 de abril de

2013, 106, de 09 de março de 2010 e 99, de 02 de abril de 2009, todas do Município de Laranjal Paulista – Inexistência de descrição das atividades de cada um dos cargos nas respectivas leis – Ofensa ao princípio da legalidade – Definição legal das atribuições que permite a análise da regularidade da organização do quadro pessoal da Administração e do enquadramento da função na exceção de provimento em comissão – Exigência, para afastar a regra do concurso público, de que haja desempenho de atividades de direção, chefia e assessoramento, com essencial vínculo de confiança – Nomenclaturas que não são suficientes para configurar os requisitos da comissão, os quais devem ser analisados pela natureza do trabalho efetivamente exercido, o que deve estar previamente instituído na legislação e não pode ser de caráter geral, técnico e burocrático – Exercício de funções ligadas à advocacia pública que faz parte de cargo de caráter permanente, com atribuições essenciais, que pertence àqueles que tenham sido admitidos no funcionalismo através de concurso público – Configuração de inconstitucionalidade, cuja declaração se faz com modulação de efeitos, devendo a sua eficácia ter início em 120 dias, contados da publicação desta decisão – Ação procedente.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, impugnando a previsão de cargos de provimento em comissão de "Assessor Administrativo, Assessor Técnico de Desenvolvimento, Assessor Técnico Jurídico, Sub-diretor de Departamento, Diretor de Unidade Educacional, Supervisor Pedagógico, Vice-diretor de Unidade Educacional, Assessor Técnico Administrativo, Assessor Técnico de Governo e Assessor de Governo", constantes no Anexo III, da Lei Complementar nº 85, de 12 de dezembro de 2007, alterada pelas Leis Complementares nºs 166, de 23 de junho de 2015, 152, de 12 de março de 2014, 141, de 09 de abril de 2013, 106, de 09 de março de 2010 e 99, de 02 de abril de 2009, todas do Município de Laranjal Paulista.

Em apertada síntese, sustenta que referidos textos legais violam os arts.

Acesso ao Sumário

111, 115, I, II e V, e 144 da Constituição Estadual; que não consta das leis a descrição das atribuições dos cargos, ferindo o princípio da legalidade; que as únicas descrições que existem não consubstanciam funções de assessoramento, chefia ou direção; que a autonomia do município deve seguir as regras das Constituições Federal e Estadual; que as atividades que envolvem advocacia pública, inclusive assessoria e consultoria de corporações legislativas e suas respectivas chefias, devem ter profissionais recrutados pelo sistema de mérito.

A douta Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, pelas razões lançadas às fls. 695/696, 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. 700/705, aduziu inexistir vício no processo legislativo dos textos impugnados, uma vez que seguiram todos os trâmites constitucionais e legais, bem como que os cargos se enquadram nas hipóteses de provimento em comissão.

O município, por sua vez, alegou, em preliminar, a ocorrência de litispendência em relação a ação civil pública movida pelo Ministério Público para questionar a criação dos cargos sem concurso público. No mérito, em suma, afirmou que todos se enquadram na condição de preenchimento em comissão; que há descrição das atividades; que não existe mais o cargo de assessor jurídico; que, se julgada procedente, deve ser determinada a modulação dos efeitos em razão da segurança jurídica.

Finalmente, a douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fls. 727/747, opinou pelo acolhimento do pedido, reiterando os termos da petição inicial.

É o relatório.

A ação deve ser julgada procedente.

Inicialmente, afasta-se a preliminar de litispendência suscitada na manifestação do Município de Laranjal Paulista.

Não se vislumbra caracterização do instituto processual da litispendência, porquanto esta exige a repetição do ajuizamento da mesma ação, o que não ocorre neste caso em que as pretensões, as finalidades e os processos não se confundem. Como é cediço, há litispendência, nos termos do art. 337, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, "quando se reproduz ação anteriormente ajuizada", considerando que "uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido", quadro que não se encontra neste presente pleito. Com efeito, não se pode confundir o objeto e a finalidade de uma ação civil pública com os de uma ação direta de inconstitucionalidade.

Acesso ao Sumário

Os textos legais objeto desta lide dispõem sobre os seguintes cargos públicos no município com provimento em comissão: "Assessor Administrativo, Assessor Técnico de Desenvolvimento, Assessor Técnico Jurídico, Sub-diretor

de Departamento, Diretor de Unidade Educacional, Supervisor Pedagógico, Vice-diretor de Unidade Educacional, Assessor Técnico Administrativo, Assessor Técnico de Governo e Assessor de Governo", constantes no Anexo III, da Lei Complementar nº 85, de 12 de dezembro de 2007, alterada pelas Leis Complementares nºs 166, de 23 de junho de 2015, 152, de 12 de março de 2014, 141, de 09 de abril de 2013, 106, de 09 de março de 2010 e 99, de 02 de abril de 2009, todas do Município de Laranjal Paulista.

Da leitura integral das aludidas leis, não se verifica a descrição das atribuições de cada um desses cargos, salvo as de assessor técnico administrativo e assessor administrativo. Entretanto, as atividades descritas a eles na Lei Complementar nº 152/2014 não permitem concluir que esses cargos tenham funções que permitem o provimento em comissão, sendo certo que são atribuições comuns e genéricas, de natureza técnica e burocrática, não bastando a inclusão de expressões como "assessor ou chefe" no texto apenas para retirar a qualidade de cargo de provimento efetivo.

De fato, a inclusão, na lei, de nomenclaturas como "assessor", "diretor", "chefe", dentre outras, por si só, não logram caracterizar as funções de direção, chefia e assessoramento, exigidas no art. 37 da Constituição Federal e também nos arts. 111 e 115, II e V, da Constituição Estadual, e, consequentemente, nem a possibilidade de ingresso na exceção de provimento sem concurso público. Tais condições devem ser avaliadas na natureza da função efetivamente exercida, o que depende da sua descrição específica em lei.

A atividade da Administração Pública segue, em todos os seus aspectos, obrigatoriamente o princípio legalidade, dependendo de regras previamente estabelecidas para atender ao interesse público. Desse modo, todas as normas específicas aplicáveis aos servidores dependem da edição das respectivas leis, sendo certo que sempre deve ser notada a prioridade do interesse público.

Assegurando tanto o controle da atuação pública quanto a igualdade de condições a todos no preenchimento de cargos públicos, o art. 37 da CF e a Constituição do Estado, consequentemente, estabelecem a regra do concurso público para o seu provimento, figurando os cargos em comissão como exceção. Desse modo, a sua ocupação precisa atender rigorosamente os requisitos constitucionais, devendo envolver atividades de chefia, direção e assessoramento e não as de caráter técnico ou burocrático que pertencem aos cargos efetivos gerais, sendo imprescindível a caracterização de um vínculo de confiança, o que não está presente nesta hipótese vertente.

Nesse sentido, já se julgou:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE – artigo 1º, § 2º, da lei nº 1.572, de 3 de abril de 2009 e, por arrastamento, do decreto nº 1.212, de 20 de julho de 2009, ambos do município de Arealva – provimento de empregos em comissão e permanentes sem descrição

Acesso ao Sumário

das respectivas atribuições em lei – inadmissibilidade – violação ao princípio da reserva legal – lei modificadora que dispõe a respeito das atribuições dos empregos de provimento em comissão – edição da lei nº 1.928, de 3 de março de 2016, do município de Arealva – falta de interesse de agir superveniente. Nova lei (lei nº 1.928, de 3 de março de 2016, do município de Arealva) que não descreve as atribuições do cargo em comissão de vice-diretor de escola – violação ao princípio da reserva legal – art. 115, I, II e V, da constituição estadual. Descrição de cargos em comissão que não evidenciam função de assessoramento, chefia e direção, mas função técnica, burocrática, operacional e profissional a ser preenchida por servidor investido em emprego público em caráter efetivo – violação ao art. 115, I, II e V, da Constituição Estadual. Cargo em comissão de assessor jurídico – atividade de advocacia pública reservadas a profissionais recrutados pelo sistema de mérito – infringência ao disposto nos artigos 98 a 100 da Constituição Estadual. Ação parcialmente procedente pelo mérito, com modulação de efeitos. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2150392-93.2015.8.26.0000 – São Paulo – Órgão Especial – Rel. João Negrini Filho – J. 03/08/2016)

Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafo 2º do artigo 63, da Lei 2.237, de 28 de fevereiro de 2014. Fixação do percentual mínimo de 5% de cargos em comissão, na Administração do Município de Itapevi, a ser preenchido por servidores públicos de carreira. Inadmissibilidade. Eleição de fração irrisória. Defeito do ato normativo. Reconhecimento. Inobservância dos critérios da razoabilidade, proporcionalidade e moralidade. Expressões "Coordenador, Chefe de Setor, Chefe de Divisão, Assessor Jurídico e Secretário da Junta Militar" descritas nos anexos I e II. Criação de cargos públicos de provimento em comissão, na estrutura administrativa do município, em desconformidade com a regra da exigência de concurso público. Atribuições que não se revestem da excepcionalidade exigível no nível superior de assessoramento, chefia e direção como funções inerentes aos cargos daquela natureza. Inteligência dos artigos 111, 115, incisos II e V, e 144 da Constituição Estadual. Assessor jurídico. Impossibilidade. As atividades de advocacia pública, inclusive a assessoria e a consultoria de corporações legislativas e suas respectivas chefias, são reservadas a profissionais recrutados pelo sistema de mérito. Afronta aos artigos 98 a 100 da Constituição Estadual. Ação julgada procedente, com modulação. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2036862-77.2016.8.26.0000 - São Paulo – Órgão Especial – Rel. Sérgio Rui – J. 19/10/2016)

Acesso ao Sumário

Em relação às colocações ligadas à atividade da advocacia pública, impende consignar, em primeiro lugar, que, não obstante, como afirmado na manifestação municipal, conste da Lei Complementar nº 166/2015 a exclusão de cargo em comissão de "assessor técnico jurídico", inviável concluir que ele inexiste atualmente e que haveria falta de interesse de agir neste ponto, pois

as leis anteriores previam mais de um cargo de "assessor técnico jurídico" e a referida lei suprimiu expressamente apenas "01 (um) cargo".

A Constituição Federal, em seus arts. 131 e 132, tratou, dentro das funções essenciais à justiça, da advocacia pública, apresentando aspectos da Advocacia-Geral da União e determinados elementos das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal. Por sua vez, a Constituição do Estado de São Paulo, do art. 98 ao art. 102, apresentou a organização da Procuradoria Geral do Estado.

Conquanto os municípios possuam autonomia para se organizar e administrar, esta não é absoluta, porquanto deve haver, por parte de todos os entes federados, respeito aos parâmetros da Constituição Federal e das respectivas Constituições Estaduais, conforme o art. 29 da CF, reproduzido, ainda, no art. 144 da Constituição do Estado de São Paulo.

Neste aspecto, existe a necessidade de que os cargos que tenham como funções aquelas pertinentes à advocacia pública não podem ser em comissão e sim devem ser efetivos, ou seja, com admissão por meio de concurso público. Afinal, ao tratar do tema de criação de cargos e fixação de suas atribuições, os municípios devem atentar aos preceitos constitucionais já existentes acerca do serviço público. Nos termos do inc. II do art. 37 da Constituição Federal, a regra é o ingresso por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos, o que igualmente foi repetido na Constituição Estadual no art. 155, II, viabilizando, dentro do Estado Democrático de Direito, a participação em igualdade de todos os interessados que preencham os requisitos essenciais.

Sendo, o exercício da advocacia pública, cargo de caráter permanente e técnico, com atribuições essenciais, não se vislumbra enquadramento na exceção ao concurso público, cuja interpretação deve ser restritiva, de modo que não pode ser atribuído a ocupantes de cargo em comissão puro e nem quando não envolver atribuições de direção, chefia e assessoramento, sob pena de violação aos arts. 98, 111 e 115, II e V, da Constituição Estadual.

Sobre o tema, confira-se:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Município de Santa Cruz do Rio Pardo. Artigo 1º e anexo II da lei complementar n. 384, de 29 de abril de 2009; lei complementar n. 440, de 21 de julho de 2011 e artigos 3º, 4º e 5º da lei complementar n. 475, de 25 de janeiro de 2013. Perda parcial do objeto da ação. Superveniência de lei que teria alterado uma das leis impugnadas. Não ocorrência. Criação de cargos de provimento em comissão sem a respectiva descrição de suas atribuições e que não se destinam à direção, chefia e assessoramento. Inadmissibilidade. Cargos criados que, dada suas funções meramente técnicas, burocráticas ou operacionais não exigem vínculo de confiança e, portanto, necessitam ser preenchidos por concurso público. Adoção de regime celetista. Impossibilidade, em face da incompatibilidade

Acesso ao Sumário

com a natureza dos cargos comissionados. Cargo de provimento em comissão de assessor jurídico. Mesmas funções atribuídas à advocacia pública. Cargo reservado a profissional recrutado por sistema de mérito e aprovação em certame público, sob pena de desvio de finalidade. Inconstitucionalidade reconhecida por afronta aos artigos 115, I, II e V, 111, 98 a 100, combinados com o artigo 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo. Modulação dos efeitos. Preliminar rejeitada. Ação procedente, com modulação dos efeitos. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2114563-85.2014.8.26.0000 – São Paulo – Órgão Especial – Rel. Neves Amorim – J. 19/11/2014)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 308, de 1º de julho de 1996, do município de Paranapanema que cria de cargo de provimento em comissão de Assessor Jurídico sem descrição das respectivas atribuições. Alegação de inconstitucionalidade. Reconhecimento. Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, "para que a lei criadora de cargos comissionados se ajuste à exceção disposta no art. 37, inc. V, da Constituição da República, necessariamente terá de prever as atribuições dos cargos, as quais terão de corresponder à função de direção, chefia e assessoramento" (AgRg no Recurso Extraordinário 752.769/SP, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 08/10/2013), ou seja, é indispensável a demonstração efetiva da "adequação da norma aos fins pretendidos, de modo a justificar a exceção à regra do concurso público para a investidura em cargo público" (ADI 3.233/PB, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 10/05/2007). É importante anotar, ainda, que esse cargo, em tese, tem as mesmas funções atribuídas à Advocacia Pública e, pela ausência de situação de emergência e excepcionalidade, deve ser reservado a profissional recrutado por sistema de mérito e aprovação em certame público, nos termos do art. 98 a 100, da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade manifesta. Ação julgada procedente. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2132029-58.2015.8.26.0000 – São Paulo – Órgão Especial – Rel. Ferreira Rodrigues – J. 07/10/2015)

Destarte, forçoso reconhecer a violação das normas constitucionais, configurando-se vício de inconstitucionalidade material, devendo ser declarada a inconstitucionalidade dos cargos de provimento em comissão de "Assessor Administrativo, Assessor Técnico de Desenvolvimento, Assessor Técnico Jurídico, Sub-diretor de Departamento, Diretor de Unidade Educacional, Supervisor Pedagógico, Vice-diretor de Unidade Educacional, Assessor Técnico Administrativo, Assessor Técnico de Governo e Assessor de Governo", constantes no Anexo III, da Lei Complementar nº 85, de 12 de dezembro de 2007, alterada pelas Leis Complementares nºs 166, de 23 de junho de 2015, 152, de 12 de março de 2014, 141, de 09 de abril de 2013, 106, de 09 de março de 2010 e 99, de 02 de abril de 2009, todas do Município de Laranjal Paulista.

Entretanto, mostra-se necessário modular os efeitos da declaração

Acesso ao Sumário

de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99, diante da necessária segurança jurídica e interesse público de conferir tempo à Administração Municipal para que reorganize o quadro de pessoal, com exoneração dos ocupantes dos mencionados cargos em comissão e reestruturação com o início da adoção do provimento pelo sistema de mérito. Desse modo, a inconstitucionalidade passará a ter eficácia após o período de 120 (cento e vinte) dias, contados da publicação desta decisão.

Ante o exposto, **julgo procedente** a presente ação para o fim de declarar a inconstitucionalidade nos termos supramencionados, com modulação dos efeitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2144637-54.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SUZANO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SUZANO.

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 31.626)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS e MOACIR PERES.

São Paulo, 7 de dezembro de 2016.

FERREIRA RODRIGUES, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 4.964, de 31 de março de 2016, do Município de Suzano, de iniciativa do Poder Legislativo, que autoriza o Poder Público a conceder auxílio financeiro às famílias atingidas por enchentes no ano de 2015.

Acesso ao Sumário

VÍCIO DE INICIATIVA E OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. Reconhecimento. Lei impugnada, de iniciativa parlamentar, que ao dispor sobre concessão de auxílio financeiro às vítimas de enchentes, avançou sobre área administrativa, ou seja, tratou de matéria que – por se referir a ações de socorro à população (em situação de emergência) e por envolver gestão de recursos públicos – é reservada à iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo.

E essa inconstitucionalidade fica ainda mais evidente quando se nota que a norma impugnada – ao contrário de se revestir de generalidade e abstração – foi editada para atendimento (ou gerenciamento) de situações específicas e pontuais (enchentes e inundações), ocorridas no passado (dezembro de 2015), além do que atribuiu novas obrigações aos órgãos da administração municipal ao determinar que a Defesa Civil (assim entendida a Secretaria Municipal da Defesa Civil e Social), criada pelo art. 5º da Lei 4.632, de 14 de janeiro de 2013, e com as atribuições originais fixadas no art. 20, também efetue levantamento da extensão e natureza dos prejuízos causados pelo evento danoso; ou (ii) que o Poder Executivo crie uma Comissão Especial para esse fim, quando, na verdade, *"é 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 órgão pertencente à estrutura administrativa de determinada unidade da Federação"* (ADIN nº 3.254-ES, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 16/11/2005).

Como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, em outro precedente, *"não se pode compreender que o Poder Legislativo, sem iniciativa do Poder Executivo, possa alterar atribuições de órgãos da Administração Pública, quando a este último cabe a iniciativa de Lei para criá-los e extingui-los. De que adiantaria ao Poder Executivo a iniciativa de Lei sobre órgãos da administração pública, se, ao depois, sem sua iniciativa, outra Lei pudesse alterar todas as suas atribuições e até suprimi-las ou desvirtuá-las. Não há dúvida de*

Acesso ao Sumário

***que interessa sempre ao Poder Executivo a iniciativa de Lei que diga respeito a sua própria organização, como ocorre, também, por exemplo, com o Poder Judiciário"* (ADIN nº 2.372, Rel. Min. Sydnei Sanches, j. 21/08/2002).**

Lei meramente autorizativa. Irrelevância. O Prefeito não precisa de autorização do Legislativo para o exercício de atos de sua exclusiva competência.

Inconstitucionalidade manifesta. Ação julgada procedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo PREFEITO MUNICIPAL DE SUZANO, com pedido de liminar, tendo por objeto a Lei nº 4.964, de 31 de março de 2016, que autoriza o Poder Público Municipal de Suzano a conceder auxílio financeiro às famílias atingidas por enchentes, no final do ano de 2015. O autor alega ofensa ao princípio da separação dos poderes e a falta de indicação dos recursos disponíveis próprios para suportar os novos encargos.

Houve deferimento de liminar para suspender a eficácia da lei impugnada (fls. 122/123).

O Presidente da Câmara Municipal de Suzano foi notificado e prestou informações (fls. 132/133).

O Procurador Geral do Estado foi citado (fls. 129/130) e apresentou manifestação a fls. 190/191, alegando que a lei impugnada versa sobre matéria exclusivamente local, motivo por que não tem interesse na causa.

A douta Procuradoria de Justiça, com as considerações de fls. 195/205, opinou pela procedência da ação.

É o relatório.

A lei acoimada de inconstitucional é aquela constante do documento de fl. 134, redigida da seguinte forma:

"Art. 1º. Fica o Poder Executivo autorizado a conceder auxílio financeiro, em valor a ser definido pela administração, às pessoas que tiveram suas residências atingidas pelas enchentes e inundações decorrentes das chuvas ocorridas a partir de 1º de dezembro de 2015, do Município de Suzano.

Art. 2º. O auxílio financeiro a que se refere o 'caput' do art. 1º somente será concedido às pessoas que comprovadamente tiveram bens imóveis, móveis ou utensílios danificados por ação da água das chuvas, nas

Acesso ao Sumário

situações levantadas e apuradas pela Defesa Civil Municipal ou Comissão Especial instituída pelo Poder Executivo.

Art. 3º. O Poder Executivo regulamentará esta Lei, no que couber, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data de sua publicação.

Art. 4º. As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas, se necessário.

Art. 5º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação".

Examinando esses dispositivos com enfoque no princípio da separação de poderes não há como negar a alegada inconstitucionalidade.

É que a lei impugnada, de iniciativa parlamentar, ao dispor sobre concessão de auxílio financeiro às vítimas de enchentes, avançou sobre área administrativa, ou seja, tratou de matéria que – por se referir a ações de socorro à população (em situação de emergência) e por envolver gestão de recursos públicos – é reservada à iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo.

E essa inconstitucionalidade fica ainda mais evidente quando se nota que a norma impugnada – ao contrário de se revestir de generalidade e abstração – foi editada para atendimento (ou gerenciamento) de situações específicas e pontuais (enchentes e inundações), ocorridas no passado (dezembro de 2015), além do que atribuiu novas obrigações aos órgãos da administração municipal ao determinar que a Defesa Civil (assim entendida a Secretaria Municipal da Defesa Civil e Social), criada pelo art. 5º da Lei nº 4.632, de 14 de janeiro de 2013, e com as atribuições originais fixadas no art. 20[1], também efetue levantamento da

1 Art. 20 São atribuições da Secretaria Municipal de Defesa Civil e Social – SMDCS:
I – observar a legislação federal, estadual e municipal no âmbito de sua atuação;
II – atuar como órgão de direção superior da Administração Municipal;
III – auxiliar o Prefeito Municipal nos assuntos afetos à respectiva pasta;
IV – formular uma política de cooperação e integração na área de segurança pública, dentro do âmbito do Município;
V – fomentar a ação conjunta de setores ligados aos assuntos de segurança pública, entre os quais a Polícia Militar e Civil, o Ministério Público e o Poder Judiciário, além de entidades governamentais e não governamentais, cujos trabalhos sejam relacionados diretamente com problemas sociais e, indiretamente, com a segurança pública;
VI – promover o conjunto de ações preventivas, de socorro, assistenciais e recuperativas destinadas a evitar desastres e minimizar seus impactos para a população e restabelecer a normalidade social; devendo entender "desastres" como o resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais;
VII – promover as ações de defesa civil sob o ponto de vista da "segurança global da população";
VIII – definir e executar a Política Municipal de Proteção e Defesa Civil, em consonância com a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil;
IX – assessorar o Prefeito e garantir a efetiva atuação da Municipalidade nos casos de atenção, emergência e estado de calamidade pública;
X – exercer o comando superior da Guarda Municipal de Suzano;
XI – coordenar todas as atividades afetas à Guarda Municipal de Suzano;
XII – efetuar o planejamento das atividades anuais e plurianuais do respectivo órgão;
XIII – exercer o controle orçamentário no âmbito da Secretaria;
XIV – promover a constante modernização técnica, por intermédio de estudos para a melhoria dos serviços oferecidos pela Secretaria;

Acesso ao Sumário

extensão e natureza dos prejuízos causados pelo evento danoso; ou (ii) que o Poder Executivo crie uma Comissão Especial para esse fim, quando, na verdade, *"é 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 órgão pertencente à estrutura administrativa de determinada unidade da Federação"* (ADIN nº 3.254-ES, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 16/11/2005), daí o reconhecimento de inconstitucionalidade da lei por ofensa às regras de competência legislativa e ao princípio da separação e independência dos poderes (art. 5º da Constituição Estadual).

Como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, em outro precedente, *"não se pode compreender que o Poder Legislativo, sem iniciativa do Poder Executivo, possa alterar atribuições de órgãos da Administração Pública, quando a este último cabe a iniciativa de Lei para criá-los e extingui-los. De que adiantaria ao Poder Executivo a iniciativa de Lei sobre órgãos da administração pública, se, ao depois, sem sua iniciativa, outra Lei pudesse alterar todas as suas atribuições e até suprimi-las ou desvirtuá-las. Não há dúvida de que interessa sempre ao Poder Executivo a iniciativa de Lei que diga respeito a sua própria organização, como ocorre, também, por exemplo, com o Poder Judiciário"* (ADIN nº 2.372, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 21/08/2002).

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).

É oportuna, neste passo, a lição de Hely Lopes Meirelles:

> *"A atribuição típica e predominante da Câmara é a normativa, isto é, a de regular a administração do Município e a conduta dos munícipes, no que afeta aos interesses locais. A Câmara não administra o Município; estabelece, apenas, normas de administração. Não executa obras e serviços públicos; dispõe, unicamente, sobre a sua execução. Não compõe nem dirige o funcionalismo da Prefeitura; edita, tão-somente, preceitos para sua organização e direção. Não arrecada nem aplica as rendas locais; apenas institui ou altera tributos e autoriza sua arrecadação e*

Acesso ao Sumário

XV – gerir, na forma da lei, todo fundo especial que lhe esteja afeto, executando sua programação orçamentária e financeira;
XVI – atender às solicitações da Câmara Municipal e do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo;
XVII – executar outras atribuições correlatas que lhes forem delegadas por ato próprio do Prefeito Municipal e que não sejam de sua competência exclusiva.

aplicação. Não governa o Município; mas regula e controla a atuação governamental do Executivo, personalizado no prefeito. Eis aí a distinção marcante entre a missão normativa da Câmara e a função executiva do prefeito; o Legislativo delibera e atua com caráter regulatório, genérico e abstrato; o Executivo consubstancia os mandamentos da norma legislativa em atos específicos e concretos de administração." (em 'Direito Municipal Brasileiro', 6ª ed., Malheiros Editores/SP, 1990, p. 438-439).

Nessa linha, o Poder Executivo é *"o único apto a cumprir a formulação política e a redação técnica dos projetos de lei, cujos fins são intimamente conexos com a atividade administrativa"* (José Afonso da Silva, in "Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional", RT, 1964, pág. 116), exatamente como ocorre no presente caso.

Nesse sentido este C. Órgão Especial tem decidido em casos semelhantes:

"DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Municipal nº 4.965, de 31 de março de 2016, que autoriza o Poder Executivo local a conceder isenção ou remissão de IPTU a imóveis edificados que tenham sido atingidos por enchentes ou alagamentos. Lei autorizativa ou de delegação que, muito embora não verse sobre matéria orçamentária, mas tributária, não encontra sentido no ordenamento jurídico, vez que o Prefeito não precisa de autorização do Legislativo para o exercício de atos de sua exclusiva ou mesmo concorrente competência, circunstância que lhe dá roupagem manifestamente inconstitucional. Câmara Municipal que, além disso, exorbitou de sua competência normativa ao criar obrigações para a atuação da Administração Pública local, em termos funcionais-procedimentais e temporais. Violação flagrante à separação de Poderes (art. 5º, CE). Inconstitucionalidade declarada Precedentes do STF e deste Colegiado. AÇÃO PROCEDENTE" (ADIN nº 2144657-45.2016.8.26.0000, Rel. Des. Beretta da Silveira, j. 09/11/2016).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 7.279/2014, do município de Guarulhos – Instituição de programa denominado "Bolsa Creche", destinado a fornecer recursos financeiros mães de filhos em idade de educação infantil não matriculados na rede pública ou creche credenciada – Matéria relacionada à Administração Pública, por disciplinar programa de governo – Lei de iniciativa parlamentar que invadiu a esfera do Poder Executivo, ao tratar de matéria típica da gestão administrativa – Violação ao princípio da separação de poderes – Afronta aos arts. 5º, 47, II e XIV, e 144, da Constituição Estadual – Aumento de despesas, sem indicação de respectiva fonte de recursos disponíveis para atendimento dos novos encargos – Violação ao art. 25, caput, da Carta Bandeirante – Ação procedente" (ADIN nº 2122021-56.2014.8.26.0000,

Acesso ao Sumário

Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. 15/10/2014).

Pouco importa, ademais, que a lei impugnada seja de natureza *"autorizativa"*, uma vez que o Prefeito não precisa de autorização do Legislativo para o exercício de atos de sua exclusiva competência, o que significa que a norma impugnada, na verdade, contém indisfarçável *"determinação"* (ADIN nº 0283820-50.2011, Rel. Des. Walter de Almeida Guilherme, j. 25/04/2012), sendo, por isso, manifestamente inconstitucional.

Ante o exposto, julga-se procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 4.964, de 31 de março de 2016, do município de Suzano.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2118083-82.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autora PREFEITURA MUNICIPAL DE MIRASSOL, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MIRASSOL.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE, CASSADA A LIMINAR. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. MÁRCIO BARTOLI. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES ANTONIO CARLOS MALHEIROS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.796)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, SÉRGIO RUI, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA e BERETTA DA SILVEIRA julgando a ação improcedente, cassada a liminar; e ANTONIO CARLOS MALHEIROS (com declaração), EVARISTO DOS SANTOS, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, JOÃO NEGRINI FILHO, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ADEMIR BENEDITO e XAVIER DE AQUINO julgando a ação procedente.

São Paulo, 7 de dezembro de 2016.

MÁRCIO BARTOLI, Relator Designado

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 3.920 de 24 de maio de 2016 do Município de Mirassol

Acesso ao Sumário

que "institui no Calendário Oficial do Município, a Semana Municipal do Lixo Zero e dá outras providências". Inexistência de vício de iniciativa: o rol de iniciativas legislativas reservadas ao chefe do Poder Executivo é matéria taxativamente disposta na Constituição Estadual. Precedentes do STF. Ação julgada improcedente.

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito Municipal de Mirassol, impugnando a Lei nº 3.920, de 24 de maio de 2016, daquele município, que *"institui no Calendário Oficial do Município, a Semana Municipal do Lixo Zero e dá outras providências"*. Alega o requerente, em síntese, que a lei em questão, de origem parlamentar, padeceria de vício de constitucionalidade por dispor sobre matéria de iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo, em ofensa ao conteúdo dos arts. 5º, 25, 47, inciso II, XI e XVI, e 144, da Constituição Estadual (fls. 01/8).

A liminar foi deferida às fls. 26.

A Câmara Municipal deixou de prestar informações (cf. fls. 42).

O Procurador Geral do Estado foi citado, manifestando seu desinteresse na defesa da norma impugnada (fls. 38/9).

Manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça pela procedência da ação (fls. 44/51).

2. **Por este voto, ouso divergir do E. Relator por entender ser caso de improcedência do pedido e de ser cassada a liminar deferida.**

Com efeito, a norma questionada dispõe sobre matéria de **iniciativa legislativa concorrente** entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo municipais, qual seja, **defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição**, inserindo no âmbito municipal campanha de conscientização sobre limpeza pública, destinada à orientação sobre as consequências do acúmulo de lixo nas vias públicas.

Como cediço, 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.

Nos termos do § 2º do artigo 24 da Constituição Estadual, *"[c]ompete, exclusivamente, **ao Governador do Estado** a iniciativa das leis que disponham sobre:*

Acesso ao Sumário

*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.

Pois bem. Confrontando-se a lei questionada com o quanto disposto no § 2º do artigo 24 da Constituição do Estado, verifica-se que a norma impugnada não ampliou a estrutura da Administração Pública e 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 não dispõe sobre servidores públicos ou sobre militares, e tampouco sobre os respectivos regimes jurídicos.

Restringe-se a norma a dispor sobre simples campanha de conscientização a respeito da correta destinação de resíduos sólidos. 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.

Inexiste, assim, ofensa às iniciativas legislativas constitucionalmente reservadas ao Chefe do Poder Executivo, nos termos do artigo 24, parágrafo 2º da Constituição Paulista, sendo caso de rechaçar a hipótese de vício formal.

4. **A defesa do solo e dos recursos naturais, a proteção do meio ambiente e o controle da poluição, incluindo os instrumentos de orientação da população sobre o tema, é matéria de competência legislativa concorrente**

Acesso ao Sumário

entre União, Estados e Distrito Federal, conforme determina a Constituição Federal em seu artigo 24, inciso VI, sendo legítimo aos Municípios disciplinar as ferramentas de interesse local necessárias para a efetiva defesa do meio ambiente urbano.

5. De mais a mais, a medida criada pela lei se coaduna perfeitamente com determinações da Política Nacional de Resíduos Sólidos – Lei Nacional nº 12.305/2010 – que estabelece, em seu artigo 6º, X, *"o direito da sociedade à informação e ao controle social"* como um dos princípios da referida política.

Além da educação ambiental prevista como instrumento da mencionada política em seu artigo 8º, VIII, determina a lei nacional, ainda, como alguns dos objetivos a serem perseguidos (cf. artigo 7º): *"I – proteção da saúde pública e da qualidade ambiental; II – não geração, redução, reutilização, reciclagem e tratamento dos resíduos sólidos, bem como disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos; III – estímulo à adoção de padrões sustentáveis de produção e consumo de bens e serviços; IV – adoção, desenvolvimento e aprimoramento de tecnologias limpas como forma de minimizar impactos ambientais; V – redução do volume e da periculosidade dos resíduos perigosos; VI – incentivo à indústria da reciclagem, tendo em vista fomentar o uso de matérias-primas e insumos derivados de materiais recicláveis e reciclados; VII – gestão integrada de resíduos sólidos; VIII – articulação entre as diferentes esferas do poder público, e destas com o setor empresarial, com vistas à cooperação técnica e financeira para a gestão integrada de resíduos sólidos"*.

Dessa forma, a edilidade de Mirassol nada mais fez do que exercer regular competência legislativa, em obediência à sua atribuição na esfera municipal de disciplinar o direito à informação sobre destinação ambientalmente adequada de resíduos, tratando, de forma abstrata e geral, desse assunto de interesse evidentemente local, nos termos do artigo 30, inciso I, da Constituição Federal.

6. Acresça-se que não há que se falar em eventual inconstitucionalidade por dispor a referida norma sobre atos concretos de gestão, em suposta ofensa à regra da separação dos poderes, insculpida no artigo 5º da Constituição do Estado e no artigo 2º da Constituição Federal.

Acesso ao Sumário

Ao Executivo e ao Legislativo correspondem, tipicamente, funções específicas e separadas. Consta da obra *"Direito Municipal Brasileiro"*, de Hely Lopes Meirelles: *"em sua função normal e predominante sobre as demais*, **a Câmara elabora leis, isto é, normas abstratas, gerais e obrigatórias de conduta**. *Esta é sua função específica, bem diferenciada da do* **Executivo, que é a de praticar atos concretos de administração**. *Já dissemos – e convém se repita –* ***que o Legislativo provê 'in genere', o Executivo 'in specie'; a Câmara edita normas gerais, o prefeito as aplica aos casos particulares ocorrentes***. *Daí não ser permitido à Câmara intervir direta e concretamente*

nas atividades reservadas ao Executivo, que pedem provisões administrativas especiais ***manifestadas em ordens, proibições, concessões, permissões, nomeações, pagamentos, recebimentos, entendimentos verbais ou escritos com os interessados, contratos, realizações materiais da Administração e tudo o mais que se traduzir em atos ou medidas de execução governamental****".*

7. **No caso em julgamento, a lei impugnada não versa sobre atos concretos de administração, mas sim sobre normas gerais obrigatórias a serem seguidas pelo Município, que poderão ser regulamentadas e concretizadas pelo Executivo por meio de provisões especiais, com respaldo no seu poder regulamentar**[1] (cf. artigos 84, IV, CF, e 47, III, CE), respeitadas a conveniência e oportunidade da Administração Pública.

A "semana" estabelecida pela lei impugnada **não se confunde com o exercício da direção superior municipal** (conferida esta ao Prefeito e a Secretários Municipais, responsáveis pela prática de atos concretos de gestão) e **não possui caráter de ato administrativo concreto, para ser alçada à hipótese de *"ato de administração"***.

Trata-se de previsão abstrata, genérica, de caráter legislativo, que, embora imponha obrigações ao Poder Executivo – como, ressalta-se, é lícito ao Poder Legislativo fazer –, não se confunde com a efetiva prática dos atos de gestão que decorrerão da concretização e da execução das disposições estabelecidas pela norma questionada.

Ademais, não há interferência na **organização administrativa** do Município, cabendo ao Prefeito apontar, mediante decreto, os órgãos municipais responsáveis pela concretização da norma, nos termos do artigo 47, inciso XIX, alínea 'a' da Constituição do Estado de São Paulo.

Inviável, assim, reconhecer a existência de ofensa à regra da separação de poderes.

9. Acerca da iniciativa legislativa concorrente e da inexistência de ofensa à regra da separação dos poderes em casos em que a Câmara Municipal legisla sobre campanha informativa de conscientização para a proteção do meio ambiente, confiram-se os seguintes precedentes deste **Órgão Especial**: *"Ação direta de inconstitucionalidade.* ***Lei municipal de origem parlamentar que institui o Programa de Sustentabilidade Ambiental na Rede Municipal de Ensino de Conchal****. Inconstitucionalidade parcial, apenas no tocante ao artigo 3º da referida norma, que efetivamente dispõe sobre matéria de organização administrativa, em ofensa aos artigos 5º e 47, incisos II e XIV, ambos da Constituição Estadual.* ***Não ocorrência de ofensa à regra da separação dos***

Acesso ao Sumário

1 De acordo com o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, *"melhor seria designar tal atribuição como 'dever regulamentar', pois o que o Chefe do Executivo tem é o dever de regulamentar as leis que demandam tal providência, e não meramente um 'poder' de fazê-lo"* (Curso de Direito Administrativo, 29ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2012, p. 357).

poderes, todavia, no tocante aos demais dispositivos, Precedentes deste Órgão Especial e do Supremo Tribunal Federal. Inexistência de vício de iniciativa: o rol de iniciativas legislativas reservadas ao chefe do Poder Executivo é matéria taxativamente disposta na Constituição Estadual. Precedentes do STF. *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 STF. Ação julgada parcialmente procedente."*[2]

Ainda: *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 960, de 31 de março de 2011, do Município de Bertioga, que dispõe sobre a aposição de adesivos com mensagens à população nos ônibus e micro-ônibus que prestam o serviço de transporte público local de passageiros – Inocorrência de vício de iniciativa do projeto de lei deflagrado pelo Legislativo Municipal, haja vista que a norma editada não regula matéria estritamente administrativa, afeta ao Chefe do Poder Executivo, delimitada pelos artigos 24, § 2º, 47, incisos XVII e XVIII, 166 e 174 da CE, aplicáveis ao ente municipal, por expressa imposição da norma contida no artigo 144 daquela mesma Carta – Previsão legal, na verdade, que se volta apenas à proteção do meio ambiente e combate à poluição, mediante a formulação de campanha educativa dirigida à população, nos exatos limites da competência atribuída ao ente público municipal pelo art. 23 da CF – Legislação, ademais, que não implica no aumento de despesa do Município, uma vez que o dever de fiscalização do cumprimento das normas é conatural aos atos normativos e não tem efeito de gerar gastos extraordinários – Ato normativo que, além disso, vigora há mais de dois anos e provavelmente já foi observado pelas empresas de transporte coletivo às quais se dirige, não trazendo repercussão material expressiva no custo da atividade – Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente."*[3]

No mesmo sentido, decidiu este Órgão Especial em julgamento recente: ***"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei municipal de origem parlamentar que institui campanha de orientação e conscientização sobre as consequências do acúmulo de lixo nas ruas do Município de Jundiaí. Inconstitucionalidade. Inocorrência. Inexistência de vício de iniciativa: o rol de iniciativas legislativas reservadas ao Chefe do Poder Executivo é matéria taxativamente disposta na Constituição Estadual. Inexiste ofensa às iniciativas legislativas reservadas ao Chefe do Executivo, ademais, em razão da imposição de gastos à Administração. Precedentes do STF. Não ocorrência de ofensa à regra da***

Acesso ao Sumário

2 ADI nº 2056692-29.2016.8.26.0000 – Relator Des. Márcio Bartoli. Data do julgamento: 03/08/2016; Data de registro: 05/08/2016, grifado

3 ADI nº 0082191-54.2013.8.26.0000, Relator Des. Paulo Dimas Mascaretti; Data do julgamento: 21/08/2013; Data de registro: 26/08/2013, grifado.

separação dos poderes. Inexistência de usurpação de quaisquer das atribuições administrativas reservadas ao Chefe do Poder Executivo, previstas no artigo 47 da Constituição do Estado de São Paulo. Lei que cuida de assunto local, relativo à proteção do meio ambiente e controle da poluição. Precedentes deste Órgão Especial. Ausência de dotação orçamentária específica que não torna a lei inconstitucional, importando, no máximo, na inexequibilidade da norma no mesmo exercício orçamentário em que fora promulgada. Precedentes do STF. Procedência parcial do pedido. Expressões e dispositivos legais que fazem referência genérica à sanção de multa, sem, contudo, prever de forma exata e clara o 'quantum' cominado para a hipótese de infração administrativa, o que contrasta com o princípio da legalidade estipulado no artigo 111 da Constituição Paulista. Vedado ao Poder Legislativo deixar ao arbítrio do administrador a disciplina de matéria reservada à lei. Procedência parcial do pedido. Liminar cassada."[4]

10. Assim, por este voto, julga-se improcedente o pedido, cassando-se a liminar.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 35.636)

Ousei divergir da d. maioria pelas razões que passo a expor:

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, relativa à Lei nº 3.920, de 24 de maio de 2016, do Município de Mirassol, que institui no Calendário Oficial do Município, a Semana Municipal do Lixo Zero e dá outras providências.

Sustenta a ação, que a Lei Municipal mencionada contraria o disposto nos artigos, 5º, 25, 47, inciso II, XI e XVI, e 144, da Constituição Estadual, uma vez que lei atacada está maculada com o vício de iniciativa, já que entende ser de competência legislativa do Poder Executivo, a edição de leis que interfiram, diretamente, em questões contidas no âmbito das atribuições afetas aos órgãos da Administração.

Deferida a liminar (fls.26/27).

Sem informações da Câmara Municipal, por seu representante (fls. 42).

Citado, o Senhor Procurador Geral do Estado declinou de oferecer defesa do ato atacado (fls.38/39).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (fls.44/51).

Procede, a ação.

Dispõe a Lei guerreada:

Acesso ao Sumário

4 ADI 2150170-91.2016.8.26.0000, rel. Des. Márcio Bartoli, j. 19.10.2016.

Art. 1º Fica instituído e incluído no Calendário Oficial de Eventos do Município de Mirassol, a Semana Municipal do Lixo Zero, a ser comemorada, anualmente, na última semana do mês de outubro.

Art. 2º As comemorações alusivas à Semana Municipal do Lixo Zero têm como objetivos:

I. Promover debates entre diversos setores como, instituições, empresas, poder público, escolas e os munícipes;

II. Fomentar a economia circular;

III. Conscientizar a redução dos resíduos por toda a sociedade;

IV. Proporcionar experiências lúdicas e técnicas;

V. Apoiar e incentivar o cooperativismo;

VI. Oportunizar o lançamento de novidades tecnológicas locais

VII. Favorecer e contribuir para a redução, reutilização, reciclagem e compostagem;

VIII. Incentivar o consumo consciente;

IX. Incentivar a promoção de mutirão de limpeza em parques, praças, ruas, pontos turísticos, entre outros pontos da cidade.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

O ato normativo impugnado invadiu a esfera da gestão administrativa, no que diz respeito à atividade típica do Poder Executivo.

Isto porque, a lei em questão padece de inconstitucionalidade formal, pois é de iniciativa parlamentar e acaba se imiscuindo nas atividades da Administração, atentando contra o princípio da separação de Poderes (art. 2º, da Constituição Federal e art. 5º, da Constituição Estadual), e criando atribuições que dizem respeito às regras de direção da administração e à organização e ao funcionamento do Poder Executivo que assim dispõe:

Artigo 5º – São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

§ 2º – O cidadão, investido na função de um dos Poderes, não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição.

Portanto, a Casa Legislativa Municipal ao rejeitar o veto total do Poder Executivo à lei em questão, promulgando-a, violou a regra de separação de poderes contida nos artigos 5º, 47, incisos II, XIV e XIX e art. 114, todos da Constituição Estadual.

Ante o exposto, pelo meu voto julgo procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 3.920, do Município de Mirassol.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2111921-71.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MACATUBA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MACATUBA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM DETERMINAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.120)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ELCIO TRUJILLO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO e ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2017.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI QUE FIXA PERCENTUAL DOS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO A SER PREENCHIDO POR SERVIDORES DE CARREIRA EM 5% – Afronta aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da moralidade – Inconstitucionalidade verificada – Concessão de prazo de 180 (cento e oitenta) dias para nova regulamentação da matéria, sob pena de aplicação de percentual mínimo de 50%. Ação procedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, em face da Lei Municipal nº 2.565, de 24 de fevereiro de 2015, que "fixa percentual mínimo de cargos em comissão, a

serem preenchidos por servidores de carreira" (fls. 19).

Alega que, ao criar o limite mínimo de 5% de cargos em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira, a lei vergastada esvazia de conteúdo a regra dos artigos 115, inciso V, e 111 da Constituição Estadual. Discorre sobre o princípio da moralidade e ressalta que o preenchimento de cargos públicos mediante concurso público é a regra, em razão da garantia da acessibilidade. Acrescenta que há afronta aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da excepcionalidade do provimento em comissão. Transcreve julgados (fls. 1/9).

A Procuradoria Geral do Estado deixou de defender o ato impugnado (fls. 35/36).

O Prefeito Municipal de Macatuba argumenta que adotar o percentual de 50% para o preenchimento dos cargos comissionados com servidores efetivos esvaziaria a finalidade do provimento em comissão (fls. 40/46).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela procedência da ação (fls. 49/51).

É o relatório.

Pretende o Chefe do Ministério Público Estadual, por meio da presente ação, obter da "inconstitucionalidade da Lei nº 2.565, de 24 de fevereiro de 2015, do Município de Macatuba, que fixa percentual mínimo de 5% (cinco por cento) dos cargos em comissão na estrutura administrativa do Poder Executivo municipal a serem preenchidos por servidores de carreira" (fls. 9).

A ação é procedente.

A Lei nº 2.565 "fixa percentual mínimo de cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira", nos seguintes termos:

> ***Artigo 1º*** *– Esta Lei dá cumprimento aos termos do inciso V, do art. 37, da Constituição Federal, para estabelecer o percentual mínimo de cargos em comissão do Poder Executivo do Município de Macatuba, a serem preenchidos por servidores de carreira.*
>
> ***Artigo 2º*** *– O percentual mínimo de 5% (cinco por cento) dos cargos comissionados do Poder Executivo do Município de Macatuba deverá, obrigatoriamente, ser preenchido por servidores públicos de carreira, titulares de cargos efetivos, conforme previsão contida no inciso V, do art. 37, da Constituição Federal.*
>
> ***Artigo 3º*** *– Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.*

Os dispositivos guerreados devem ser declarados inconstitucionais, por afronta aos artigos 111 e 115, incisos II e V , da Constituição Estadual[1], que

Acesso ao Sumário

1 Aplicáveis aos Municípios em função do disposto no artigo 144 da Constituição do Estado, segundo o qual "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.

assim dispõem:

> ***Art. 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.*
>
> ***Art. 115*** *– Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:*
>
> *[...]*
>
> ***V*** *– as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; [...]*

Observa-se que a lei vergastada criou a obrigação de 5% dos cargos em comissão do Poder Executivo serem preenchidos por servidores de carreira.

Como é cediço, "a Emenda Constitucional n. 19/98 sistematizou a disciplina dos cargos em comissão, tendo em vista os excessos e os abusos, tão comuns à Administração brasileira. Basta citar o elevado número de cargos em comissão de direção superior, de recrutamento amplo. Tal prática acaba deteriorando o verdadeiro sentido da carreira e da profissionalização." (Uadi Lammêgo Bulos. **Constituição Federal anotada**. 11. ed. SP: Saraiva, 2015. p. 700/701).

A intenção do comando constitucional é garantir que parte significativa dos cargos de direção, chefia e assessoramento seja preenchida por servidores efetivos, que tiveram sua capacidade técnica atestada por meio de concurso público.

Ao contrário do que alegou o corréu, fixar percentual exíguo de cargos comissionados a ser preenchido por servidores efetivos é esvaziar a finalidade da regra constitucional, que busca garantir a qualidade do serviço público e a probidade administrativa.

Como bem salientou a douta Procuradoria Geral de Justiça, "ao prever percentual diminuto na questão apontada, no caso 5% (cinco por cento), o Município torna a exigência plasmada no art. 115, V, mera ficção jurídica por evidente esvaziamento de sua *ratio* normativa, havendo, portanto, notória violação aos arts. 111 e 115, V, da Constituição Estadual, por afronta evidente à razoabilidade, à proporcionalidade, à moralidade e burla implícita à excepcionalidade do provimento em comissão quando do preenchimento de postos na estrutura da Administração." (fls. 51).

A questão já foi enfrentada por este Colendo Órgão Especial, que assim decidiu, em acórdão relatado pelo ilustre Des. Márcio Bartoli:

Acesso ao Sumário

"O pedido deve ser julgado procedente. Com efeito, o percentual mínimo fixado pela normativa questionada não se coaduna com os preceitos constitucionais que regem a matéria.

"Embora a autonomia dos Municípios esteja constitucionalmente assegurada, as Constituições da República e do Estado de São Paulo estabelecem que as capacidades de auto-organização e de autolegislação desses entes federativos devem observar os ditames da Lei Fundamental do país e da Constituição Estadual.

[...]

"Como se observa de sua redação, referido dispositivo constitucional atribui à lei a tarefa de estipular os casos, as condições e os percentuais mínimos em que os cargos em comissão serão preenchidos por servidores de carreira. Contudo, referida atividade legislativa não pode ser exercida de forma abusiva, ou de modo a tornar inócua a previsão constitucional.

"A propósito da previsão do inciso V do artigo 37 da Constituição Federal pontua Hely Lopes Meirelles: 'a lei ali referida será de cada entidade política, mas, especialmente na fixação dos percentuais mínimos, deverá observar o princípio da razoabilidade, sob pena de fraudar a determinação constitucional, no sentido de uma parte dos cargos em comissão ser provida de forma totalmente livre e outra, parcialmente, diante das limitações e condições previstas nessa lei (...) Neste campo, o legislador deve ter presente sempre advertência e alerta do STF no sentido de que 'a criação de cargo em comissão em moldes artificiais e não condizentes com as praxes de nosso ordenamento jurídico e administrativo só pode ser encarada como inaceitável esvaziamento da exigência constitucional do concurso' ou, por extensão, agora, da exigência de um percentual mínimo para os servidores de carreira, isto é, concursados.'

[...]

"Diante disso, e considerando que o presente voto propõe a eleição de um patamar mínimo, sugere-se a adoção do percentual de dez-por-cento – o menor já reconhecido por este Órgão Especial como adequado em casos assemelhados ao presente – como critério objetivo a ser tido como razoável para aferir o atendimento ao quanto previsto no inciso V do artigo 115 da Constituição Bandeirante.

"6. Ausentes elementos concretos a indicar a necessidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade com a suspensão dos efeitos do acórdão, estabelecendo-se termo futuro para sua eficácia, deverá esta decisão produzir efeitos ex tunc nos termos do artigo 27 da Lei 9.868/99.

"7. Fixa-se o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da data do julgamento, para a edição de nova lei disciplinando a matéria. Em caso de omissão legislativa, além do prazo fixado, fica estabelecido o percentual mínimo

Acesso ao Sumário

de 50% (cinquenta por cento) para o preenchimento dos cargos em comissão por servidores públicos efetivos.

"8. Ante o exposto, julga-se procedente o pedido, declarando-se inconstitucional o artigo 14 da Lei nº 5.673, de 28 de setembro de 2001, do Município de Jundiaí, fixando-se o prazo de cento e oitenta dias, contados da data do julgamento, para a edição de nova lei disciplinando a matéria. Em caso de omissão legislativa, além do prazo fixado, fica estabelecido o percentual mínimo de cinquenta-por-cento para o preenchimento dos cargos em comissão por servidores públicos efetivos." (Direta de inconstitucionalidade n. 2111908-72.2016.8.26.0000 – Rel. Des. Márcio Bartoli – j. em 19.10.16 – v.u.).

Assim, é mesmo o caso de se reconhecer a inconstitucionalidade do diploma impugnado, por ofensa aos artigos 111 e 115, inciso V, da Constituição Estadual.

Concede-se, então, à Câmara dos Vereadores prazo de 180 (cento e oitenta) dias para que edite lei regulamentadora que cumpra efetivamente o comando constitucional.

Caso, vencido o prazo, verifique-se a omissão legislativa, fica fixado o percentual mínimo de 50% (cinquenta por cento) de cargos em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira.

Ante o exposto, julga-se procedente a ação, declarando-se inconstitucional a Lei nº 2.565, de 24 de fevereiro de 2015, do Município de Macatuba, concedendo-se à Câmara Municipal prazo de 180 (cento e oitenta) dias para fixação de percentual de cargos em comissão a serem preenchidos por servidores efetivos consentâneo com o comando constitucional, após o que, verificada a mora legislativa, fica estipulado o percentual mínimo de 50% (cinquenta) por cento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2161268-73.2016.8.26.0000, 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-O.E. nº 24.603)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO

Acesso ao Sumário

DIMAS MASCARETTI (Presidente), JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ELCIO TRUJILLO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO e TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2017.

BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 8.193, de 08 de abril de 2014, do Município de Jundiaí, que institui a campanha "Cinto de Segurança – O Amigo do Peito". Legislação oriunda de iniciativa parlamentar. Inconstitucionalidade. Não ocorrência. Matéria cuja iniciativa não é reservada ao Chefe do Poder Executivo. Não intervenção nas atividades da Administração municipal. Lei a impor obrigação a particulares. Entendimento no C. Órgão Especial. Ação improcedente.

VOTO

Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito Municipal de Jundiaí para declaração de inconstitucionalidade da Lei 8.193, de 08 de abril de 2014, daquele Município, que *institui a campanha "Cinto de Segurança – O Amigo do Peito"*.

Aduz tratar-se de legislação que *invade esfera de competência do Prefeito, a que compete a iniciativa de proposituras que imponham atribuições aos órgãos da Administração*, porquanto envolve *organização administrativa e serviços públicos*, indicado ainda aumento de despesas e contrariedade à Lei Orgânica do Município e à Lei de Responsabilidade Fiscal.

Sem manifestação da D. Procuradoria Geral do Estado na *defesa do ato impugnado*, por tratar-se de *matéria exclusivamente local* (págs. 50/51), seguiram-se informações e documentos apresentados pelo Presidente da Câmara Municipal (págs. 13/42), após o que a D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela improcedência da ação (págs. 55/63).

É o relatório.

Observo não pairar dúvida sobre reger-se o Município com autonomia,

Acesso ao Sumário

por Lei Orgânica, mas sempre atendidos os princípios estabelecidos nas Constituições Federal e Estadual, por assim ser determinado por normas de conteúdo cogente (art. 29, CRFB; art. 144, CE[1]).

Como leciona JOSÉ AFONSO DA SILVA, *o princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim a determina, também constitui conduta inconstitucional*[2].

E prossegue o ilustre doutrinador: *do princípio da supremacia da constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior*[3].

A Lei 8.193, de 08 de abril de 2014, do Município de Jundiaí, ao instituir a campanha "Cinto de Segurança – O Amigo do Peito", assim dispôs:

> **Art. 1º**. É instituída a Campanha "CINTO DE SEGURANÇA – O AMIGO DO PEITO", de educação de trânsito em todos os dias do ano.
>
> **Parágrafo único**. A Campanha será levada a efeito pela iniciativa privada.
>
> **Art. 2º**. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Vislumbrou o Prefeito Municipal inconstitucionalidade da norma, porquanto, como susteve, referida legislação viola o princípio da separação dos poderes, ao invadir *esfera de competência do Prefeito, a que compete a iniciativa de proposituras que imponham atribuições aos órgãos da Administração*, tratando sobre *organização administrativa e serviços públicos*. Indicou, ainda, aumento de despesas e contrariedade à Lei Orgânica do Município e à Lei de Responsabilidade Fiscal.

Antes do mais, afasto denúncia de ofensa a dispositivos da Lei Orgânica Municipal e da Lei de Responsabilidade Fiscal, pois, não se descure, *sua natureza é de lei e não constitucional, caracterizando eventual vício mera ilegalidade e não inconstitucionalidade*[4], motivo por que defeso adotá-las como parâmetro

Acesso ao Sumário

1 CRFB, Art. 29 – *O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:*
CE, Art. 144 – *Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.*

2 Curso de Direito Constitucional Positivo, 24ª ed., Malheiros, p. 46.

3 Op. Cit., p. 47.

4 Comentários à Constituição do Brasil, coordenação científica de J.J. GOMES CANOTILHO,

de controle de constitucionalidade.

Isso realçado, entendo inexistentes os vícios constitucionais indicados na petição inicial.

Como referi por ocasião da decisão em que indeferi a medida liminar (págs. 9/10), não se vê *invasão de competência normativa do Poder Executivo*, porquanto, *instituída campanha educativa de trânsito, há expressa determinação de ser ela levada a efeito pela iniciativa privada (parágrafo único do art 1º), sem imposição de obrigação ao Executivo, nem mesmo fixação de incumbência atinente a fiscalização, que, se necessária, não irá além das de cunho ordinário*, situação a não exigir peculiaridades características de aumento de despesas ordenadas pelo Legislativo.

Por outra, também não entrevi, como ainda não entrevejo, *vício por ser lei de iniciativa parlamentar, porquanto não se trata de matéria cuja iniciativa seja reservada, exclusivamente, ao Chefe do Poder Executivo.*

Sobre assim ser, lembrar ter a Constituição do Estado adotado regra de ser concorrente a iniciativa do processo legislativo (art. 24), ressalvando no § 2º do mencionado dispositivo[5]*, e, ainda, no artigo 174*[6]*, as hipóteses de iniciativa reservada do Chefe do Poder Executivo, a serem interpretadas de forma restrita*[7].

Relevante, pois, colacionar lição de HELY LOPES MEIRELLES: *leis de iniciativa da Câmara ou, mais propriamente, de seus vereadores são todas as que a lei orgânica municipal não reserva, expressa e privativamente, à iniciativa do prefeito. As leis orgânicas municipais devem reproduzir, dentre as matérias previstas nos arts. 61, § 1º, e 165 da CF, as que se inserem no âmbito da competência municipal. São, pois, de iniciativa exclusiva do prefeito, como*

GILMAR FERREIRA MENDES, INGO WOLFGANG SARLET E LENIO LUIZ STRECK, Ed. Saraiva, 5ª tiragem, 2014, 1.513.

5 *Art. 24 [...] § 2º. Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre: 1 – criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração; 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.*

6 *Artigo 174 – Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão, com observância dos preceitos correspondentes da Constituição Federal: I – o plano plurianual; II – as diretrizes orçamentárias; III – os orçamentos anuais.*

7 *Em algumas hipóteses, a Constituição reserva a possibilidade de dar início ao processo legislativo a apenas algumas autoridades ou órgãos. Fala-se, então, em iniciativa reservada ou privativa. Como figuram hipóteses de exceção, os casos de iniciativa reservada não devem ser ampliados por via interpretativa.* – GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, in Curso de Direito Constitucional, 6ª ed., 2011, Saraiva, p. 890.

chefe do Executivo local, os projetos de leis que disponham sobre a criação, estruturação e atribuição das secretarias, órgãos e entes da Administração Pública Municipal; matéria de organização administrativa e planejamento de execução de obras e serviços públicos; criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta, autárquica e fundacional do Município; o regime jurídico e previdenciário dos servidores municipais, fixação e aumento de sua remuneração; o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias, o orçamento anual e os créditos suplementares e especiais. Os demais projetos competem concorrentemente ao prefeito e à Câmara, na forma regimental[8].

Nem se cuida, perceba-se, de invasão de competência outra, da União, por não se tratar de matéria específica de trânsito, sabido ser da União a competência privativa para dispor sobre trânsito e transporte, como está sedimentado no E. Supremo Tribunal Federal[9].

Cuida-se de incentivar, por campanha, segurança no trânsito.

Em remate, anoto estar o entendimento aqui lançado em harmonia com recentes decisões colhidas neste C. Órgão Especial:

> *Ação direta de inconstitucionalidade. Lei municipal de origem parlamentar que institui Campanha permanente de orientação, conscientização, combate e prevenção da dengue nas escolas do Município de Conchal. Inconstitucionalidade. Inocorrência. Inexistência de vício de iniciativa: o rol de iniciativas legislativas reservadas ao chefe do Poder Executivo é matéria taxativamente disposta na Constituição Estadual. Inexiste ofensa às iniciativas legislativas reservadas ao Chefe do Executivo, ademais, em razão da imposição de gastos à Administração. Precedentes do STF. Não ocorrência de ofensa à regra da separação dos poderes. Inexistência de usurpação de quaisquer das competências administrativas reservadas ao Chefe do Poder Executivo, previstas no artigo 47 da Constituição do Estado de São Paulo. Precedentes deste Órgão Especial. Improcedência da ação* (ADI 2056678-45.2016, rel. Des. MÁRCIO BARTOLI, j. 24.08.2016).
>
> *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 13.435, de 13 de fevereiro de 2015, do Município de Ribeirão Preto. Dispõe sobre a obrigatoriedade dos estabelecimentos que especifica possuir, instalar ou adaptar equipamento sanitário adequado ao uso infantil. Não ocorrência de ofensa à regra da separação dos Poderes. Alegação de vício de iniciativa. Inexistência. Rol de iniciativas legislativas reservadas ao chefe do Poder Executivo é matéria taxativamente disposta na*

Acesso ao Sumário

8 Direito Municipal Brasileiro, 5ª Edição RT, 1985, pág. 446.

9 ADI 2.960 – Rio Grande do Sul – Rel. Min. DIAS TOFFOLI, julgamento em Sessão Plenária do dia 11/03/2013.

Constituição Estadual. A iniciativa parlamentar não ofende o disposto nos artigos 5º e 47, incisos II e III, todos da Constituição Estadual, por não veicular matéria inserida na reserva da Administração nem na reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo. A norma local não cria obrigações para o Poder Executivo, estabelecendo deveres a particulares. Descabida, portanto, a alegação de ofensa aos artigos 25 e 174 da Constituição do Estado. Aplicação da denominada interpretação da lei conforme a Constituição, de modo a restringir a norma apenas aos estabelecimentos particulares. Pedido improcedente, ressalvada a interpretação conforme ao artigo 1º, da Lei nº 13.435, de 13 de fevereiro de 2015, do Município de Ribeirão Preto (ADI 2003222-83.2016, rel. Des. RICARDO ANAFE, j. 13.04.2016).

Do quanto acima expus, respeitados os fundamentos e argumentos do autor, peço renovada vênia para afastar as denúncias contidas na petição inicial, razão por que, por não vislumbrar ferimento de preceitos constitucionais, desacolho o pedido inicial e concluo ser constitucional a Lei 8.193, de 08 de abril de 2014, do Município de Jundiaí.

Pelo meu voto, **JULGO IMPROCEDENTE** esta ação.

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo nº 2207308-16.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PRESIDENTE PRUDENTE, é agravado PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE PRESIDENTE PRUDENTE.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.762)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), 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, ELCIO TRUJILLO, ADEMIR

BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS e MÁRCIO BARTOLI.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2017.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Liminar – Indeferimento – Agravo interno – Medida liminar que se restringe à presença da relevância da fundamentação invocada e da probabilidade de que a pretensão venha a ser acolhida, de um lado, e o perigo na demora, de outro – Aprofundamento do exame das questões discutidas – Impossibilidade – Norma que isenta do IPTU portadores de câncer – Competência concorrente do Poder Legislativo e do Poder Executivo em matéria tributária (jurisprudência do TJSP apoiada na do STF), de tal arte que, sob esse ângulo, não há relevância no argumento invocado pelo proponente – Alegação de dificuldades financeiras do município – Insuficiência do argumento, mesmo porque não comprovadas documentalmente ditas dificuldades – Decisão que indeferiu o pedido de liminar, mantida.

Agravo não provido.

VOTO

Indeferido o pedido de liminar em ação direta de inconstitucionalidade, o proponente interpõe AGRAVO (art. 1.021, § 2º, do novo CPC – fls. 12/13 dos autos principais e 1/6 apenso).

Afirma: **a)** a decisão impugnada "não levou em conta a grave situação que pode gerar e está sendo gerado ao erário"; **b)** em final de mandato e de exercício, os contribuintes buscam para o próximo exercício as isenções a que tem direito, nos termos da legislação que assim dispõe; **c)** "a isenção deve ser requerida um ano antes", e a "norma estando em vigor, deve ser analisada e concedida", não se podendo "simplesmente negar prosseguimento"; **d)** a norma em tela causa "enormes prejuízos e um total desequilíbrio às finanças municipais, principalmente no final do mandato", quando devem ser obedecidos "inúmeros regramentos" (Lei de Responsabilidade Fiscal, LC 101/2000); **e)** teceu "considerações fáticas" e trouxe "prova documental de sorte a ratificar o

Acesso ao Sumário

alegado"; **f)** "em obediência aos ditames do **art. 300 da Legislação Adjetiva Civil**", trouxe "elementos suficientes para concluir-se da imprescindibilidade da concessão do efeito suspensivo", mas a decisão impugnada "não cuidou de tecer comentários acerca de um único sequer documento atribuído como prova", deixando de "invocar argumentos capazes de motivar a rejeição ao pedido buscado" (art. 489, § 1º, I e IV, CPC).

Requer seja anulado o ato decisório que negou a concessão do efeito suspensivo, "seja pela nulidade por ausência de fundamentação ou, tendo em vista a situação atual enfrentada pelo município e flagrante invasão de poderes, motivo esse suficiente para o deferimento da medida acautelatória em mira". Ainda, "não sendo esse o entendimento ..., *ad argumentandum*, requer ... que o presente recurso seja submetido a julgamento pelo Órgão Colegiado (**NCPC, art. 1.021, § 2º**)".

O Presidente da Câmara Municipal, espontaneamente, respondeu ao Agravo. Afirma: **a)** "não procede o argumento de que a norma isentiva trará graves e irreparáveis prejuízos ao erário, somando a um desequilíbrio às finanças públicas municipais", pois "abarca apenas os portadores de CÂNCER e SIDA, que à evidência, no universo populacional de Presidente Prudente, é parcela ínfima", e porque "meros impactos financeiros não maculam a competência concorrente entre Legislativo e Executivo em matéria tributária"; **b)** também não procede o argumento de que o Município não se encontra estruturado para dar cumprimento à norma, pois "nada de tão exagerado, mesmo porque, na busca do bem comum (e não é outra a finalidade do Estado), o Município ... tem a obrigação de buscar políticas e estratégias que possibilitem a concretização da presente norma"; **c)** a decisão agravada não violou o art. 489, § 1º, I e IV do CPC, pois não carece de fundamentação, sendo apenas concisa, tendo sido apreciado o pedido se deu em sede de cognição inicial e sumária, em juízo estreito de conhecimento; **d)** ademais, não há fundamento evidente para a concessão de medida liminar, uma vez que a competência em matéria tributária é concorrente entre os Poderes Legislativo e Executivo, não havendo afronta ao instituto da separação de poderes. Requer, assim, seja mantida a decisão que negou a concessão do efeito suspensivo.

Mantive a decisão que indeferiu o pedido de liminar (fls. 15/17 apenso).

É o relatório.

1. A **Lei nº 9.102, de 01 de junho de 2016, do Município de Presidente Prudente** (fls. 10), "dispõe sobre a isenção de pagamento de IPTU para portadores de neoplasia maligna (CÂNCER) ou síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS), estabelecendo:

*"**Art. 1º.** Fica isento do pagamento do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) o portador de neoplasia maligna (CÂNCER) ou síndrome*

Acesso ao Sumário

da imunodeficiência adquirida (AIDS), proprietário de um único imóvel residencial, utilizado exclusivamente como sua residência, com renda familiar per capita de até três salários mínimos mensais.

*"**Parágrafo Único** – A isenção referida no 'caput', estende-se ao proprietário de imóvel que seja cônjuge ou responsável por pessoa diagnosticada como portadora de alguma das patologias referidas no artigo 1º e que resida no imóvel.*

*"**Art. 2º.** O pedido de isenção deverá ser efetuado no ano corrente para concessão do benefício a partir do exercício subsequente, devendo ser renovado de dois em dois anos.*

*"**Art. 3º.** Caso ocorrer o óbito do portador de alguma das patologias referidas e beneficiado por esta Lei, a isenção não poderá ser renovada.*

*"**Art. 4º.** Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação".*

2. O pedido de liminar foi indeferido, nos termos seguintes (fls. 12/13 dos autos principais):

"Em que pesem as razões do proponente, por ora, nos limites estreitos da apreciação inicial e sumária, reputo conveniente não deferir o pedido de liminar. Ademais, se no curso do exercício futuro a ação vier a ser acolhida, bastará cobrar o tributo.

O proponente, então, interpõe AGRAVO (art. 1.021, § 2º, do novo CPC – fls. 1/6 apenso).

Ao conservar a decisão liminar, acrescentei o seguinte:

"... As questões objeto do pedido inicial da ação direta de inconstitucionalidade, não podem ser aprofundadas em sede de análise de liminar.

Contudo, em atenção ao quanto sustentado no agravo, reafirmo não ser caso de concessão da medida liminar.

Este E. Tribunal de Justiça, com apoio inclusive na jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal, tem afirmado ser concorrente a competência do Poder Legislativo e do Poder Executivo em matéria tributária, de tal arte que, sob esse ângulo, não há relevância no argumento invocado pelo proponente (cf. ADI 2064347-23.2014.8.26.0000, rel. Des. ADEMIR BENEDITO, j. 17.09.2014; ADI 2273836-66.2015.8.26.0000, rel. Des. RENATO SARTORELLI, j. 06.04.2016; AI 809719/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, j. 20.09.2011; RE 585413-SP, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, j. 01.03.2013).

Por outro lado, as dificuldades anunciadas pelo proponente para o cumprimento da lei, especialmente em final de mandato, não justificam a suspensão da eficácia da norma. Em primeiro lugar porque o mandato do

Acesso ao Sumário

atual Prefeito está prestes a expirar. Outro assumirá o período seguinte. Dificuldades de ordem material ou gerencial para a consideração de cada um dos casos de pedidos de isenção, para verificar se preenchidos os requisitos da lei e assim concretizar a isenção estabelecida, constituem consequência natural do processo de isenção, que se concretiza com o reconhecimento administrativo de preencher o interessado os requisitos previstos na lei, o que é inevitável. Mas isso não será evitado se, a final, a ação for julgada procedente, circunstância que assegurará ao Município exigir o pagamento do tributo de todos quantos tiverem sido isentados do seu pagamento, e não o contrário, quer dizer, o contribuinte ter de restituir o valor de que era isento".

Essas razões bastam, segundo penso, para a conservação da negativa. Não custa acrescer não haver nulidade na decisão, por não descer ao exame pormenorizado de documentos ofertados, pela singela razão de não terem sido ofertados quaisquer documentos comprobatórios das afirmadas dificuldades financeiras do Município.

Em suma, as razões de indeferimento do pedido de liminar se mantêm, aqui e agora, sem prejuízo, evidentemente, do que o C. Órgão Especial vier a decidir a final.

O aprofundamento das questões postas, evidentemente, fica reservado para a decisão final do mesmo Órgão, mesmo porque a liminar restringe-se à presença da relevância da fundamentação invocada e da probabilidade de que a pretensão venha a ser acolhida, de um lado, e o perigo na demora, de outro, requisitos que continuo entendendo ausentes.

3. Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

É meu voto.

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2160682-36.2016.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE JACAREÍ e interessado PEFEITO DO MUNICÍPIO DE JACAREÍ, é agravado PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo,

Acesso ao Sumário

proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.108)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), 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, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI e SALLES ROSSI.

São Paulo, 7 de dezembro de 2016.

RICARDO ANAFE, Relator

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, bem como obstou novas admissões com base nos dispositivos impugnados – Pedido de reforma consubstanciado na alegação de ausência do *periculum in mora* a autorizar a suspensão da eficácia dos incisos XXII e XXIV, do artigo 28, parágrafo 2º, do artigo 72, e parágrafo 2º, do artigo 74, da Lei Orgânica do Município de Jacareí e, ainda, 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

Acesso ao Sumário

interesse social a ensejar a modulação temporal dos efeitos.

Nega-se provimento ao recurso interposto.

VOTO

1. Trata-se de agravo interno tirado pelo Presidente da Câmara Municipal 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. Aduz em relação ao impedimento de novas admissões com base nos dispositivos impugnados que, caso a liminar não seja afastada ou continue produzindo seus efeitos, sem qualquer modulação, o gestor administrativo eleito poderá se ver em situação complicada, sem servidores atuando nos referidos cargos. Alega, ainda, que não se evidencia o *periculum in mora* a autorizar a suspensão da eficácia dos incisos XXII e XXIV, do artigo 28, parágrafo 2º, do artigo 72, e parágrafo 2º, do artigo 74, da Lei Orgânica do Município de Jacareí, vez que dispostos na Lei Municipal desde a sua entrada em vigor no ano de 1990 (parágrafo 2º, do artigo 74), e desde o ano de 2009, quando os demais dispositivos foram reformulados pela Emenda à LOM nº 58/2009.

Contraminuta da D. Procuradoria Geral de Justiça a fl. 14/21, 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, 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).

Acesso ao Sumário

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.

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).

No que tange à alegação de ausência do *periculum in mora* para a concessão da liminar em face dos incisos XXII e XXIV, do artigo 28, § 2º, do artigo 72, e § 2º, do artigo 74, da Lei Orgânica do Município, sem razão o agravante, pois eventual infringência dos dispositivos mencionados acarretará em crime de responsabilidade, cuja matéria é de competência da União, nos termos do art. 22, inciso I, da Constituição Federal. Portanto, sobre a questão,

Acesso ao Sumário

em juízo de cognição sumária, vislumbra-se a plausibilidade jurídica do pedido, bem como o *periculum in mora*, nos termos do *decisum* agravado.

De mais a mais, é certo que a necessidade de concurso não pode ser contornada pela criação de cargos comuns sob a roupagem de cargos em comissão que, por certo, apoia-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 à 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 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.

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.

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 9020411-43.2002.8.26.0000/50005, da Comarca de São Paulo, em que é agravante P.G.J., é agravado J.L.P.G.M.T.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. FARÃO DECLARAÇÃO DE VOTO OS EXMOS. SRS. DES. RICARDO ANAFE E XAVIER DE AQUINO. DECLAROU-SE SUSPEITO O EXMO. SR. DES. BORELLI THOMAZ.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.637)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, ARANTES THEODORO, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI e ÁLVARO PASSOS negando provimento ao agravo regimental; e XAVIER DE AQUINO (com declaração), MOACIR PERES, TRISTÃO RIBEIRO, RICARDO ANAFE (com declaração), BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO e MOREIRA VIEGAS dando provimento ao agravo regimental.

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."

São Paulo, 14 de dezembro de 2016.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Presidente e Relator

Ementa: Agravo regimental – Decisão que indeferiu o pedido de imediata execução da pena corporal imposta ao acusado – Recurso Especial admitido que, em sendo provido, levará a um reenquadramento da pena – Agravo não provido.

VOTO

Irresignado com a decisão que indeferiu o pedido de imediata execução da pena corporal imposta ao acusado, o Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs agravo regimental sob a alegação de não reconhecimento do pleito Ministerial, que foi embasado em recente julgado do Colendo Supremo Tribunal Federal, prolatado no *Habeas Corpus* nº 126.292-SP.

Contraminuta a fls. 3.348/3.352.

É o relatório.

O reclamo recursal não merece acolhida.

Com efeito, a questão relacionada com a execução provisória de decisões penais condenatórias envolve reflexão sobre o conflito, a um lado, do princípio da presunção de inocência e, a outro, a efetividade da atividade jurisdicional penal – tema amplamente debatido na decisão do STF que serviu de esteio ao requerimento do Ministério Público.

Deve ser observado que a decisão do STF foi tomada por maioria no Plenário (7 x 4) em processo de natureza subjetiva – portanto sem eficácia vinculante. Exatamente por se tratar de mera referência paradigmática é que mesmo após essa decisão, o Ministro Celso de Mello, vencido naquela ocasião, deferiu liminar no *Habeas Corpus* nº 135.100 para, conferindo prevalência ao princípio da presunção de inocência até o trânsito em julgado, revogar prisão decretada a partir de condenação em 2ª instância.

Após a digressão inicial, passou-se à análise da viabilidade de atender a pretensão do Ministério Público.

Este Tribunal de Justiça conheceu e decidiu originariamente a ação penal por se tratar de réu detentor do denominado foro privilegiado, o que não se verificou no caso paradigmático.

A decisão paradigmática declarou que *"a execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade"*, e tratou de caso em que se

efetivou em sua plenitude o duplo grau de jurisdição, ou seja, houve análise fática e jurídica em duas instâncias jurisdicionais distintas – no juízo de primeiro grau e no órgão colegiado do respectivo Tribunal de Apelação.

E mais, a decisão que alterou o antigo posicionamento do STF procurou dar efetividade às decisões condenatórias depois de satisfeito o duplo grau de jurisdição, notadamente para se evitar o uso abusivo e protelatório da enorme gama de recursos previstos no nosso sistema processual penal – muitas vezes dando ensejo a um triplo ou mesmo quarto grau de jurisdição –, o que, na hipótese aqui em exame, decididamente não se verificou. E isto porque o Recurso Especial interposto e admitido se revelou a única opção de que dispunha o réu para tentar a revisão da condenação imposta por esta Corte – repita-se, em única instância. Em outras palavras, não se pode atribuir a pecha de protelatório ao recurso manejado pelo acusado.

Saliente-se que o eminente relator do *HC* nº 126.292/SP, o Min. Teori Zavaski, ao decidir sobre a compatibilidade da execução provisória, foi claro ao abonar que o acesso às Cortes Superiores só deve se dar em situações efetivamente extraordinárias. No caso dos autos, como já mencionado, o julgamento do réu se deu originariamente perante esta Corte Estadual, jurisdição em regra provocada em grau recursal, o que atrai a conclusão de que não se deve qualificar de protelatório o recurso interposto pelo réu, por ser o caminho natural para se efetivar a revisão da condenação.

Ressalte-se, ainda, que o que restou decidido nestes autos está em consonância com o tema de repercussão geral n. 925, de seguinte redação:

"Possibilidade de a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido ***em grau recursal****, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, comprometer o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inc. LVII, da Constituição da República"* (grifo nosso).

Merece destaque ainda, que contra o acórdão que julgou procedente o pedido deduzido na denúncia, o ora agravado interpôs recurso especial (RESP n. 1245506/SP) que foi admitido e aguarda julgamento no Superior Tribunal de Justiça. E o recurso especial, no caso, não pretende rediscutir matéria de fato, mas tão somente a correta aplicação da sanção aos fatos incontroversos.

Ocorre que, se o recurso for provido, a pena imposta ao agravado será reduzida e, expungidas as agravantes e refeito o cálculo da pena-base, torna-se viável o regime aberto. Nesse caso, haverá uma mudança qualitativa na resposta punitiva, não sendo justo que sem a apreciação de outra instância, uma vez que o recurso foi admitido, se queira antecipar a prisão do acusado.

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

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 29.338)

Com todas as vênias do e. Relator, por quem nutro apreço e admiração, tenho para mim que a retribuição imposta ao réu, por força de ação penal originária, pode ser executada provisoriamente.

À luz de julgamentos recentes do STJ e do STF, mormente ao apreciar o HC 126292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016, dando novo entendimento à questão em comento, não há que se falar em mácula ao consectário da presunção de inocência ou da não culpabilidade inserto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição da República de 1988.

Como é de trivial sabença, o recurso especial e o extraordinário, em regra, não tem o condão de gerar efeito suspensivo, daí por que é plenamente possível desde logo iniciar-se o cumprimento da retribuição estatal.

O Augusto Superior Tribunal de Justiça, por meio do voto condutor da eminente Ministra Nancy Andrighi nesse sentido se pronunciou:

> "Numa mudança vertiginosa de paradigma, o STF, como é público, **mudou sua orientação para permitir, sob o status de cumprimento provisório da pena, a expedição do mandado de prisão após exaurido duplo grau de jurisdição**". (QO na APn 675-GO, Corte Especial, julgado em 6/4/2016, DJe 26/4/2016, Inf. 582 do STJ, g.n.)

Sucede, porém, que no caso em análise não há, pela natureza da ação, o duplo grau, na medida em que foi o condenado apenado em ação originária que tramitou junto ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Renato Brasileiro de Lima expõe que

> "**pelo menos, em regra, acusados com foro por prerrogativa de função não têm direito ao duplo grau de jurisdição**, aí entendido como a possibilidade de reexame integral da sentença de primeiro grau a ser confiado a órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. Não obstante a previsão expressa do duplo grau de jurisdição na Convenção Americana de Direitos Humanos, com a Constituição Federal silenciou acerca do cabimento de recursos ordinários nos casos de competência originária dos Tribunais, não poderia o direito infraconstitucional institui-los.
>
> Logo, se um membro do Ministério Público Estadual praticar determinado delito (salvo crime eleitoral), deverá ser processado e julgado no Tribunal de Justiça do respectivo Estado, não tendo direito de apelar em caso de decisão condenatória (ou absolutória). **Isso, todavia, não significa que não possa recorrer, porquanto será possível a interposição de Recurso Extraordinário ou Especial, ou, ainda, se cabível, o habeas**

Acesso ao Sumário

corpus constitucional, nas hipóteses expressamente previstas nos arts. 102, I, 'i', 105, I, 'c'. **No entanto, esses recursos extraordinários não correspondem ao denominado duplo grau de jurisdição, na medida em que, por meio deles, não se admite impugnação da matéria de fato e de direito**. Prestam-se, muito mais, à tutela da Constituição Federal (Recurso Extraordinário) e da legislação federal infraconstitucional (Recurso Especial)." (Renato Brasileiro de Lima, *Manual de processo penal*, volume único, 4ª ed., Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 1608-1609, g.n.).

Vale assinalar que foro privilegiado e foro por prerrogativa de função são conceitos que não se confundem, como bem ensina Tourinho (*Processo penal*, v. II, 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 153-154). O primeiro é relativo aos atributos de nascimento do indivíduo. Por sua vez, o segundo está atrelado ao cargo ou função desempenhada, levando-se em conta a sua relevância. De acordo com Eugênio Pacelli, isso se justificaria pelas graves implicações políticas que poderiam resultar das respectivas decisões judiciais (*Curso de processo penal*, 18ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 204).

Merece, ainda, destaque o EDcl no REsp 1484415/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 14/04/2016, que expõe com clareza o tema em análise:

"2. **A jurisprudência dos tribunais superiores não reconhece incidência do direito ao duplo grau de jurisdição em julgamentos proferidos em ações penais de competência originária dos Tribunais**. Tal compreensão não ressoa incongruente, na medida em que, se a prerrogativa de função tem o condão de qualificar o julgamento daquelas pessoas que ocupam cargos públicos relevantes (julgadas que são por magistrados com maior conhecimento técnico e experiência, em composição colegiada mais ampla), não haveria sentido exigir-se duplo grau de jurisdição, cuja essência, além da possibilidade de revisão da decisão proferida por órgão jurisdicional distinto, é exatamente a mesma que subjaz ao foro especial, qual seja, o exame do caso por magistrados de hierarquia funcional superior, em tese mais qualificados e experientes. Assim, como diz um velho brocardo jurídico, 'aquele que usufrui do bônus, deve arcar com o ônus'. Precedentes.

3. Na linha do que havia decidido o Tribunal *a quo*, esta Corte entendeu devidamente caracterizado o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado delituoso, notadamente pela utilização da condição de prestígio parlamentar que o embargante possuía no cenário político local, condição esta que engendrou, segundo o acórdão condenatório – por meio de informações privilegiadas e de conchavos ('conluio e ajuste prévio') –, que a empresa de seu filho se sagrasse vencedora em diversas

Acesso ao Sumário

licitações, ilidindo o caráter competitivo dos procedimentos licitatórios.

4. A decisão proferida pela composição plena do STF, no Habeas Corpus nº 126.292-MG (ainda não publicado), indica que a mais elevada Corte do país, a quem a *Lex Legis* incumbe a nobre missão de 'guarda da Constituição' (art. 102, *caput*, da CF), sufragou pensamento afinado ao de Gustavo Zagrebelsky – juiz que já presidiu a Corte Constitucional da Itália –, para quem o direito é disciplina prática, necessariamente ancorada na realidade. Deveras, em diversos pontos dos votos dos eminentes juízes que participaram da sessão ocorrida em 17 de fevereiro próximo passado, assinalou-se **a gravidade do quadro de 'desarrumação' do sistema punitivo brasileiro, máxime por permitir a perene postergação do juízo definitivo de condenação, mercê do manejo de inúmeros recursos previstos na legislação processual penal**.

5. Sob tal perspectiva é possível assimilar o novo posicionamento da Suprema Corte, forte na necessidade de se empreender, na interpretação e aplicação de qualquer norma jurídica que interfira com a liberdade, uma visão também objetiva dos direitos fundamentais, a qual não somente legitima eventuais e necessárias restrições às liberdades públicas do indivíduo, em nome de um interesse comunitário prevalente, mas também a própria limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais – preservando-se, evidentemente, o núcleo essencial de cada direito – que passam a ter, como contraponto, correspondentes deveres fundamentais.

6. **O aresto proferido pelo STF sinaliza que o recurso especial, tal como o recurso extraordinário, por ser desprovido de efeito suspensivo, não obsta o início da execução provisória da pena, sem que isso importe em malferimento ao princípio da não culpabilidade**. Trata-se de importante precedente que realinha a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com o entendimento prevalecente até fevereiro de 2009, momento em que, por sete votos a quatro, aquela Corte havia decidido que um acusado só poderia ser preso depois de sentença condenatória transitada em julgado (HC n. 84.078/MG, DJ 26/2/2010). Em verdade**, a possibilidade de prisão após a condenação em segunda instância, quando se esgota a análise dos fatos e das provas, é coerente com praticamente todos os tratados e convenções internacionais que versam direitos humanos**.

7. Isso não significa afastar do julgador, dentro de seu inerente poder geral de cautela, a possibilidade de excepcionalmente atribuir, no exercício da jurisdição extraordinária, efeito suspensivo ao REsp ou RE e, com isso, obstar o início da execução provisória da pena. Tal seria possível, por exemplo, em situações nas quais estivesse caracterizada a verossimilhança das alegações deduzidas na impugnação extrema, de

Acesso ao Sumário

modo que se pudesse constatar, à *vol d'oiseau*, a manifesta contrariedade do acórdão com a jurisprudência consolidada da Corte a quem se destina a impugnação. (...)"

Com efeito, Renato Marcão obtempera que "a execução da pena é o patinho feio do direito penal com o irremediável gravame: ela nunca se transmuda em um cisne". (*Curso de execução penal*, 7ª ed., Saraiva: São Paulo, 2009, p. 07)

A previsão do eminente professor, com o novo posicionamento do STF a respeito da execução da retribuição estatal, felizmente caiu por terra, pois a referida mudança impede a eternização de processos, uma vez não ser mais necessário aguardar o julgamento de inúmeros recursos para que, finalmente, possa ser executada a pena.

Ademais, observa-se que um processo que tenha uma duração excessivamente longa pode "transformar a atividade jurisdicional em seu todo em uma grande fábula, um enorme dispêndio de tempo e dinheiro, que jamais atinge o fito e princípio maior do estado democrático, que é a realização da mais lídima forma de justiça" (Paulo Hoffman, *Razoável duração do processo*, São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 66).

Dessa forma, a meu aviso, é possível a execução provisória da pena em ação originária nos termos pleiteados e, pelo meu voto, dou provimento ao agravo regimental.

XAVIER DE AQUINO, Desembargador

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 28.153)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL – Decisão que indeferiu o pedido de execução provisória da pena imposta ao réu – Ao apreciar o *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, revendo sua posição anterior, passou a entender que o início da execução da pena condenatória, após a confirmação da sentença em segundo grau, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, dado que a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena – Possibilidade da execução provisória de acórdão penal condenatório

Acesso ao Sumário

proferido em sede de competência originária deste E. Tribunal de Justiça – Inexistência do duplo grau de jurisdição – Reforma da decisão agravada.

Dá-se provimento ao recurso interposto.

1. *Ex ante*, cumpre destacar a adoção do relatório elaborado, bem como a razoabilidade do voto do eminente Relator Desembargador Paulo Dimas Mascaretti, mas por convencimento, ouso divergir do respeitável posicionamento adotado.

O caso dos autos diz sobre a possibilidade da execução provisória de acórdão penal condenatório proferido pelo Colendo Órgão Especial, em sede de competência originária deste E. Tribunal de Justiça, que julgou procedente o pedido deduzido na denúncia para condenar o réu à pena de cinco anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e à perda do cargo ou função pública de Promotor de Justiça. Em face de tal decisão, o réu interpôs recurso especial, ainda pendente de julgamento, sustentando negativa de vigência aos artigos 65, inciso III, *b*, 61, inciso II, *a* e *c* e 59, do Código Penal, bem como ao artigo 38, § 1º, da Lei nº 8.625/93. O Ministério Público sustenta deva ser aplicado o recente entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, a possibilitar a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação.

É certo que em diversas oportunidades, as Turmas do Supremo Tribunal Federal afirmaram e reafirmaram que o princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário: HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/4/2002; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 7/12/2007.

Acesso ao Sumário

A alteração dessa jurisprudência ocorreu com o julgamento, pelo Plenário, do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, em 05/02/2009, ficando assentado, na ocasião, que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação. Não por outro motivo, o Acórdão condenatório de fl. 2992/3050, proferido em 17 de março de 2010, determinou que após o trânsito em julgado fosse expedido o mandado de prisão e lançado o nome do réu no rol dos culpados.

Todavia, ao apreciar o *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, revendo sua posição anterior, passou a entender que **o início da execução da pena condenatória, após a confirmação da sentença**

em segundo grau, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, dado que a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena.

Nessa esteira, tem-se que o princípio do duplo grau de jurisdição, por ele próprio, acaba legitimando o entendimento de que a fase de execução deve se iniciar após o julgamento efetivado em segundo grau de jurisdição, ou seja, **vencidas as instâncias ordinárias, é preciso que se inicie o cumprimento da sanção penal, na medida em que as provas são insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária**.

Conforme bem exposto pelo Ministro Teori Zavascki no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, *in verbis*:

> **"Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias."**

E prossegue o Ministro em seu voto:

> **"Não custa insistir que os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo. Isso ficou mais uma vez evidenciado, no que se refere ao recurso extraordinário, com a edição da EC 45/2004, ao inserir como requisito de admissibilidade desse recurso a existência de repercussão geral da matéria a ser julgada, impondo ao recorrente, assim, o ônus de demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida. Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto. E, mesmo diante das restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, tem se mostrado infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente. Afinal, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso,**

Acesso ao Sumário

apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado."

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, ao apreciar os EDcl no REsp 1.484.413/DF e no REsp 1.484.415/DF, na sessão de 3/3/2016, adotou a orientação firmada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal de que a execução provisória da condenação penal, na ausência de recursos com efeito suspensivo, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência, assim ementado:

"Recurso Especial. Embargos de Declaração. Alegação de omissão. Fraude ao caráter competitivo e corrupção passiva. Atipicidade. Não ocorrência. Objetivo de prequestionamento de matéria constitucional. Impossibilidade. Pedido do Ministério Público para início da execução provisória. Presunção de não culpabilidade. Marco definidor. Réu condenado pelo Tribunal de origem. Prerrogativa de função. Recurso especial já analisado. Ausência de efeito suspensivo. Novas diretrizes do STF. Possibilidade.

1. É firme entendimento jurisprudencial de que não cabe a esta Corte se manifestar, ainda que para fins de prequestionamento, sobre suposta afronta a dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

2. A jurisprudência dos tribunais superiores não reconhece incidência do direito ao duplo grau de jurisdição em julgamentos proferidos em ações penais de competência originária dos Tribunais. Tal compreensão não ressoa incongruente, na medida em que, se a prerrogativa de função tem o condão de qualificar o julgamento daquelas pessoas que ocupam cargos públicos relevantes (julgadas que são por magistrados com maior conhecimento técnico e experiência, em composição colegiada mais ampla), não haveria sentido exigir-se duplo grau de jurisdição, cuja essência, além da possibilidade de revisão da decisão proferida por órgão jurisdicional distinto, é exatamente a mesma que subjaz ao foro especial, qual seja, o exame do caso por magistrados de hierarquia funcional superior, em tese mais qualificados e experientes. Assim, como diz um velho brocardo jurídico, "aquele que usufrui do bônus, deve arcar com o ônus". Precedentes.

3. Na linha do que havia decidido o Tribunal *a quo*, esta Corte entendeu devidamente caracterizado o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado delituoso, notadamente pela utilização da condição de prestígio parlamentar que o embargante possuía no cenário político local, condição esta que engendrou, segundo o acórdão condenatório – por meio de informações privilegiadas e de conchavos

Acesso ao Sumário

('conluio e ajuste prévio') –, que a empresa de seu filho se sagrasse vencedora em diversas licitações, ilidindo o caráter competitivo dos procedimentos licitatórios.

4. A decisão proferida pela composição plena do STF, no Habeas Corpus nº 126.292-MG (ainda não publicado), indica que a mais elevada Corte do país, a quem a Lex Legis incumbe a nobre missão de 'guarda da Constituição' (art. 102, caput, da CF), sufragou pensamento afinado ao de Gustavo Zagrebelsky – juiz que já presidiu a Corte Constitucional da Itália –, para quem o direito é disciplina prática, necessariamente ancorada na realidade. Deveras, em diversos pontos dos votos dos eminentes juízes que participaram da sessão ocorrida em 17 de fevereiro próximo passado, assinalou-se a gravidade do quadro de 'desarrumação' do sistema punitivo brasileiro, máxime por permitir a perene postergação do juízo definitivo de condenação, mercê do manejo de inúmeros recursos previstos na legislação processual penal.

5. Sob tal perspectiva é possível assimilar o novo posicionamento da Suprema Corte, forte na necessidade de se empreender, na interpretação e aplicação de qualquer norma jurídica que interfira com a liberdade, uma visão também objetiva dos direitos fundamentais, a qual não somente legitima eventuais e necessárias restrições às liberdades públicas do indivíduo, em nome de um interesse comunitário prevalente, mas também a própria limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais – preservando-se, evidentemente, o núcleo essencial de cada direito – que passam a ter, como contraponto, correspondentes deveres fundamentais.

6. O aresto proferido pelo STF sinaliza que o recurso especial, tal como o recurso extraordinário, por ser desprovido de efeito suspensivo, não obsta o início da execução provisória da pena, sem que isso importe em malferimento ao princípio da não culpabilidade. Trata-se de importante precedente que realinha a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com o entendimento prevalecente até fevereiro de 2009, momento em que, por sete votos a quatro, aquela Corte havia decidiu que um acusado só poderia ser preso depois de sentença condenatória transitada em julgado (HC n. 84.078/MG, DJ 26/2/2010). Em verdade, a possibilidade de prisão após a condenação em segunda instância, quando se esgota a análise dos fatos e das provas, é coerente com praticamente todos os tratados e convenções internacionais que versam direitos humanos.

7. Isso não significa afastar do julgador, dentro de seu inerente poder geral de cautela, a possibilidade de excepcionalmente atribuir, no

Acesso ao Sumário

exercício da jurisdição extraordinária, efeito suspensivo ao REsp ou RE e, com isso, obstar o início da execução provisória da pena. Tal seria possível, por exemplo, em situações nas quais estivesse caracterizada a verossimilhança das alegações deduzidas na impugnação extrema, de modo que se pudesse constatar, à *vol d'oiseau*, a manifesta contrariedade do acórdão com a jurisprudência consolidada da Corte a quem se destina a impugnação.

8. Todavia, no caso dos autos, o embargante foi condenado, por fatos ocorridos há quase dez anos, pelo crime de fraude ao caráter competitivo da licitação e por corrupção passiva. O recurso especial interposto pela defesa foi analisado com profundidade e, ao fim e ao cabo, manteve o decisum proferido pelo Tribunal de origem. Os embargos de declaração em nada integraram o acórdão, impondo ressaltar que a demora na tramitação de todo o processo, desde a origem até o julgamento por esta Corte, já resultou em benefício para o embargante, dado o reconhecimento de causa extintiva da punibilidade (prescrição da pretensão punitiva apenas com relação ao crime de quadrilha).

9. Nenhum acréscimo às instituições e ao funcionamento do sistema de justiça criminal resulta da não vinculação de magistrados à clara divisão de competências entre os diversos órgãos judiciários, com base na qual cabe ao Superior Tribunal de Justiça a interpretação do direito federal e ao Supremo Tribunal Federal a interpretação da Constituição da República.

10. Embargos de declaração rejeitados. Acolhido o pedido do Ministério Público Federal e determinando a expedição de mandado de prisão, com envio de cópia dos autos ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – juízo da condenação – para que encaminhe guia de recolhimento provisória ao juízo da VEC, para efetivo início da execução provisória das penas impostas ao recorrente." (STJ – 6.ª T. – EDcl no REsp 1.484.415 – Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz – j. 03.03.2016 – public. 07.03.2016).

N'outro bordo, não colhe a argumentação de que a decisão proferida pela Corte Suprema, no *Habeas Corpus* nº 126.292 só alcançaria decisões consubstanciadas em duplo grau de jurisdição, pois o implemento da execução provisória da pena, nos termos do decidido pelo Plenário, atua como desdobramento natural do esgotamento das instâncias ordinárias, de modo que, no caso concreto, como o réu tem foro especial por prerrogativa de função, a Ação Penal é de competência originária deste Eg. Tribunal de Justiça, inexistindo sentença de juiz singular anterior ao julgamento por este Órgão Especial.

Acesso ao Sumário

Sobre o duplo grau de jurisdição em face da competência penal originária dos tribunais, vale transcrever, por oportuno, trecho do acórdão do Ministro Sepúlveda Pertence, deveras esclarecedor:

> **"Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado a órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. Com esse sentido próprio – sem concessões que o desnaturem – não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de 'toda pessoa acusada de delito', durante o processo, 'de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior'. Prevalência da Constituição, no direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. (...) Competência originária dos tribunais e duplo grau de jurisdição. Toda vez que a Constituição prescreveu para determinada causa a competência originária de um tribunal, de duas uma: ou também previu recurso ordinário de sua decisão (CF, arts. 102, II, a; 105, II, a e b; 121, § 4º, III, IV e V) ou, não o tendo estabelecido, é que o proibiu. Em tais hipóteses, o recurso ordinário contra decisões de tribunal, que ela mesma não criou, a Constituição não admite que o institua o direito infraconstitucional, seja lei ordinária seja convenção internacional: é que, afora os casos da Justiça do Trabalho – que não estão em causa – e da Justiça Militar – na qual o STM não se superpõe a outros tribunais –, assim como as do Supremo Tribunal, com relação a todos os demais tribunais e juízos do País, também as competências recursais dos outros tribunais superiores – o STJ e o TSE – estão enumeradas taxativamente na Constituição, e só a emenda constitucional poderia ampliar. À falta de órgãos jurisdicionais *ad quo*, no sistema constitucional, indispensáveis a viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau**

Acesso ao Sumário

de jurisdição aos processos de competência originária dos tribunais, segue-se a incompatibilidade com a Constituição da aplicação no caso da norma internacional de outorga da garantia invocada." (RHC 79.785, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 29/3/2000, Plenário, DJ de 22/11/2002).

Assim, as decisões proferidas em única instância nos tribunais, caso dos autos – ação penal da competência originária deste Eg. Tribunal de Justiça – a menos que tenham previsão de recurso junto aos Tribunais Superiores, a exemplo dos recursos ordinários constitucionais, não estarão amparadas pelo duplo grau de jurisdição. Ora, o Órgão Colegiado, nessas situações, atua diretamente sobre as questões de fato e de direito, e estará garantido o reexame da matéria por mais de um único juiz, mormente quando a competência para o julgamento for atribuída, no respectivo Regimento Interno, ao Plenário do Tribunal.

De mais a mais, quanto ao disposto no artigo 283, do Código de Processo Penal, destaco o quanto decidido no HC 133.3387/DF, julgado em 14/06/2016, pelo Ministro Edson Fachin, como segue:

"Quando do julgamento do HC 126.292/SP ainda estava em vigor o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90 segundo o qual 'os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo'. A essa regra somava-se aquela do art. 637 do CPP segundo a qual 'o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.' Com a revogação expressa do artigo 27, § 2º, da Lei 8.038/90, após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, as regras desse diploma passaram a regulamentar os recursos especial e extraordinário também no âmbito do processo penal, em razão do que dispõe o art. 3º do CPP. Sendo assim, daquilo que se depreende do art. 995 c/c o art. 1.029, § 5º, ambos do CPC, permanece sendo excepcional a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário na seara criminal. A regra geral continua a ser o recebimento desses recursos excepcionais no efeito meramente devolutivo. Como se sabe, as decisões jurisdicionais não impugnáveis por recursos dotados de efeito suspensivo possuem eficácia imediata. Essa a razão pela qual, após esgotadas as instâncias ordinárias, a condenação criminal poderá provisoriamente surtir o imediato efeito do encarceramento, uma vez que o acesso às instâncias extraordinárias se dá por meio de recursos que não são ordinariamente dotados de efeito meramente devolutivo. Nem mesmo a regra do art. 283, CPP, com sua atual redação, conduz a resultado diverso."

E, ainda, sobre a questão, recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal

Federal, na análise das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, indeferiu as liminares pleiteadas, prevalecendo o entendimento de que o artigo 283 do Código de Processo Penal não veda o início do cumprimento da pena depois de esgotadas as instâncias ordinárias.

Por outro lado, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 964.246-SP (j. 11/11/2016), Relator Ministro Teori Zavascki, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, reconheceu a existência de repercussão geral do Tema nº 925, nos seguintes termos:

> **"Ementa: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, 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. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria."**

De fato, vencidas as instâncias ordinárias, necessário que se inicie a execução provisória da pena, pois **"uma vez prolatada a sentença condenatória, esta dúvida já não mais existe, porque o réu foi proclamado culpado, e o crime, sabidamente, esgarça o tecido social, e a sociedade precisa, *ipso facto*, defender-se daquele que desrespeita as regras de convivência. Em outras palavras, o interesse *particular* do criminoso – permanecer livre – não pode prevalecer sobre o interesse *social* de que o infrator seja preso, sobretudo nesta fase processual já atingida. (...) Já o Ministro Luiz Fux, afirmou que *'Estamos preocupados com o direito fundamental do acusado e nós estamos esquecendo do direito fundamental da sociedade...'*, criticando o que denominou de *'inefetividade do processo penal'*, citando o caso de um assassino confesso que recorreu e, por isso, acabou ficando em liberdade por longos 11 anos. Na mesma linha de pensamento, o Ministro Luís Roberto Barroso asseverou que *'Punir em 2016 um crime cometido em 1991 não atende a nenhuma demanda de justiça da sociedade brasileira'*."**[1]

1 Tucunduva, Ricardo Cardozo de Mello. Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo. Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP. Presidente do INTERPOJ – Instituto Internacional de Estudos de Política Judiciária. Jornal Carta Forense, nov. 2016, p. A-19.

Doutra banda, o fato do recurso especial ter sido interposto pela defesa, não tem o condão de alterar o entendimento ora esposado, na medida em que o reconhecimento da existência de repercussão geral da matéria (Tema nº 925), pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, se deu quando do julgamento do agravo contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário interposto em ação penal na qual o recorrente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado (ARE 964246 RG/SP), ou seja, em recurso interposto pela defesa.

Forte nessas premissas, *concessa venia*, divirjo da conclusão adotada pelo eminente Desembargador Presidente, para o fim de deferir o pedido de execução provisória da pena formulado pelo Ministério Público.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso interposto.

RICARDO ANAFE, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2206981-71.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, é agravado PAULO ARNALDO DE ALMEIDA.

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 28.009 (O.E.))**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ELCIO TRUJILLO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI e CARLOS BUENO.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2017.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. Decisão que concedeu liminar em mandado de segurança para suspender os descontos dos proventos de aposentadoria do impetrante, decorrentes do 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 seu Presidente de decisão que, em sede de MANDADO DE SEGURANÇA impetrado por PAULO ARNALDO DE ALMEIDA, concedeu liminar para suspender os descontos dos proventos de aposentadoria do impetrante, ora agravado, decorrentes do 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. Aduz, no mais, a impossibilidade de se conceder medida liminar que gere o pagamento de qualquer natureza, pena de infringência ao artigo 7º, § 2º, da Lei Federal nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. Requer a substituição da medida, para que se permita à autoridade impetrada efetuar o depósito judicial dos valores que seriam descontados. 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, sendo que a Mesa Diretora da Câmara é competente para a edição do ato impugnado, inexistindo, na espécie, qualquer risco de dano ao impetrante, havendo, na verdade, perigo de dano reverso. Aduzem, no mais, que o impetrante não goza de direito adquirido de perceber as vantagens pecuniárias concedidas

Acesso ao Sumário

anteriormente à Emenda Constitucional nº 41/2003.

O impetrante apresentou sua contraminuta (fls. 106/111).

É o relatório.

A decisão agravada deve ser mantida.

A decisão combatida está lavrada, em parte, nos seguintes termos:

"O* fumus boni iuris *se vislumbra pela análise dos documentos apresentados (fls. 59/61). Já o* periculum in mora *é evidente, com a possibilidade de dano irreparável em decorrência da supressão de parte do pagamento dos proventos 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. 56), 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 proventos de aposentadoria 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*.

Acesso ao Sumário

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 da Mesa nº 1339/16 foi expedido, resultando em descontos dos vencimentos da 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 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

Acesso ao Sumário

1 Mandado de Segurança e Ações Constitucionais, 35ª ed., São Paulo: Malheiros, São Paulo, 2013, pp. 72 e 75.

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 pela agravante, 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 pelas impetrantes.

Ademais, a legislação que a recorrente alega 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 pelas autoras.

Descabido, no mais, o pleito de permissão para a realização de depósitos judiciais, pois teria o mesmo efeito lesivo imediato às impetrantes que a efetivação dos descontos.

Quanto ao devido processo legal, a decisão ora agravada teve o condão de possibilitar ao impetrante justamente as garantias do contraditório e da ampla defesa, antes de qualquer redução em seus proventos de aposentadoria.

Por fim, como bem destacado na medida liminar, o perigo da demora se mostra evidente, diante da possibilidade de haver dano irreparável pela supressão de parte dos proventos do impetrante, comprometendo-se seu orçamento familiar, com reflexos, inclusive, sobre compromissos eventualmente assumidos.

Diante do exposto, nega-se provimento ao agravo regimental.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2210062-28.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é

agravante SINDICATO DOS TÉCNICOS DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO – SITESP, é agravada FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. ADEMIR BENEDITO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.588)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ELCIO TRUJILLO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2017.

PÉRICLES PIZA, Relator

Ementa: Agravo Regimental. Deferimento parcial de liminar, determinando que pelo menos 80% dos servidores permaneça em atividade durante a greve, sob pena de multa diária em caso de descumprimento. Pleiteia o sindicato a revisão da decisão, pugnando pela redução do percentual para 30%. Impossibilidade. Ponderação e sopesamento entre o direito de greve dos servidores públicos civis e o interesse público. Competência do Judiciário para fixar patamar restritivo para o exercício lícito do direito de paralisação, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental improvido.

VOTO

I – Trata-se de Agravo Regimental interposto pelo SINDICATO DOS TÉCNICOS DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, contra decisão prolatada pela E. Vice-Presidência deste Tribunal, que deferiu parcialmente o pedido de concessão de liminar, nos autos da presente Ação de Dissídio Coletivo de Servidores, determinando que pelo menos 80% (oitenta por cento) dos servidores estaduais permanecessem em atividade, sob pena de multa diária

Acesso ao Sumário

de R$ 10.000,00 (dez mil reais), em caso de descumprimento.

Alega o Agravante, em síntese, que a decisão deve ser reconsiderada, pois a exigência de manutenção de 80% (oitenta por cento) dos servidores em atividade representa excessiva restrição ao exercício do direito de greve. Isso porque trará como consequência a eliminação dos efeitos de paralisação, necessários para que o Estado retome o diálogo com a categoria e apresente proposta para a solução do conflito.

Ao que pese os argumentos apresentados, não assiste razão ao Agravante.

Primeiramente, ressalte-se que no presente Agravo Regimental não está sendo analisado o mérito do dissídio coletivo, mas tão somente a necessidade de manutenção de certo percentual de trabalhadores em atividade durante o decorrer da greve. Assim sendo, os argumentos referentes à legalidade ou ilegalidade do movimento paredista serão decididos ao final, durante o julgamento da ação principal.

Superado tal ponto, passemos ao mérito.

Como é cediço, a greve é um direito essencial conquistado pelos trabalhadores brasileiros e, resguardados os limites legais, seu exercício é legítimo, cabendo tão somente aos próprios trabalhadores a decisão quanto ao modo de exercê-lo, a fim de garantirem seus direitos básicos.

Neste diapasão, não pode a Justiça coibir um direito essencial, conquistado socialmente ao longo dos anos, justamente na tentativa de equilibrar minimamente a tão desigual relação patrão-empregado.

Todavia, na órbita do direito público, não se pode olvidar que os cidadãos podem ser brutalmente penalizados pelo gozo do direito de greve de servidores estaduais, eis que acabam cerceados de serviços públicos essenciais oferecidos pelo ente fazendário.

Isso porque, como se sabe, há distinções muito básicas entre o direito de greve entre trabalhadores privados e servidores públicos. A Constituição Federal, ao tratar dos trabalhadores em geral, não prevê limitações quanto ao direito de greve. Diz a Carta Magna apenas que a lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Acesso ao Sumário

No que concerne aos servidores estatutários, entretanto, a Constituição Federal foi além, estabelecendo que o *"direito de greve será exercido nos termos e limites definidos em lei específica"*.

Como é cediço, o serviço público tem suas peculiaridades próprias. As principais bem ressaltadas pelo E. Ministro Eros Grau, quando do julgamento do condutor Mandado de Injunção nº 712, STF:

> *"Na relação estatutária do emprego público não se manifesta tensão entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração*

da atividade econômica pelos particulares. Neste, o exercício do poder de fato, a greve, coloca em risco os interesses egoísticos do sujeito detentor de capital – indivíduo ou empresa – que, em face dela, suporta, em tese, potencial ou efetivamente, redução de sua capacidade de acumulação de capital. Verifica-se, então, oposição direta entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos capitalistas. Como a greve pode conduzir à diminuição de ganhos do titular de capital, os trabalhadores podem em tese vir a obter, efetiva ou potencialmente, algumas vantagens mercê do seu serviço. O mesmo não se dá na relação estatutária, no âmbito da qual, em tese, aos interesses dos trabalhadores não correspondem, antagonicamente, interesses individuais, senão o interesse social. Vale dizer: a greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público".

E prossegue:

"Por isso é relativamente tênue, por exemplo, enquanto poder de fato dotado de capacidade de reivindicação social, a greve exercida no setor do ensino público. Como a falta da utilidade social somente será sentida a tempo mais longo, as paralisações aí praticadas permanecem durante largos períodos de tempo, até que as reivindicações às quais estejam voltadas sejam atendidas, quando e se isso ocorra" (STF, MI 712, Rel. Min. EROS GRAU, j. em 25.10.2007).

Assim sendo, quando o Supremo Tribunal Federal decidiu que, diante da inércia do legislador em editar norma específica para o direito de greve de servidores públicos, aplicar-se-ia a Lei de Greve dos trabalhadores comuns, decerto não determinou que esta aplicação não seria feita de maneira automática, seca e direta. Pelo contrário, sua incidência deve ser avaliada especificamente no caso concreto.

De tal sorte, considerando-se que a cessação da prestação de serviços públicos pode ocasionar graves prejuízos à população – fato, aliás, absolutamente previsível – cabe ao Poder Judiciário ponderar e sopesar o direito de greve dos servidores públicos com o interesse coletivo, estabelecendo patamar legítimo, embora restritivo, para o exercício lícito do direito de paralisação.

Acesso ao Sumário

Não por outro motivo a decisão ora recorrida determinou a manutenção de 80% dos servidores da Fazenda Pública Estadual em atividade.

Com efeito, não se está aqui a ignorar a seriedade das razões que ensejaram a instauração da presente greve. Todavia, há de se considerar que a redução de 20% (vinte por cento) dos serviços públicos prestados já é suficiente para exercer pressão, sindical e popular, para que o Poder Público regularize o pagamento de seus servidores, sem prejudicar, de forma absoluta, a população que depende cotidianamente desses serviços.

Não podem os contribuintes aguardar indefinidamente o desfecho das

negociações entre servidores e ente público, as quais, inclusive, após mais de 04 (quatro) meses de paralisações, nada avançaram.

Por fim, acrescente-se que a greve, entendida como meio de pressão, dirigido pela coletividade de trabalhadores sobre os empregadores, pode ser relacionada a diversas condutas, não apenas à paralisação total dos serviços. Há diversos outros mecanismos de pressão dos quais dispõem os trabalhadores, relacionados com o movimento paredista, mas que com ele não se confundem.

Assim sendo, entende-se que os trabalhadores não estão alijados de mecanismos de pressão para conquista dos direitos que reivindicam. Até mesmo porque a negociação sobre o atendimento de suas reivindicações está já a depender de decisão judicial em dissídio coletivo.

Por isso, neste momento, os prejuízos causados pela greve em setores fulcrais, como a Fazenda Pública Estadual, não se justificam perante sua utilidade prática.

Assim sendo, não me convenci do desacerto da r. decisão impugnada.

De qualquer forma, os argumentos lançados pelo impetrante serão sopesados ao final, em toda sua amplitude, pelo Órgão Especial.

Ante ao exposto, nego provimento ao agravo regimental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2185976-90.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE FRANCA, é agravado PREFEITO MUNICIPAL DE FRANCA.

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 34.643)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), EVARISTO DOS SANTOS, 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, ELCIO TRUJILLO, ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS e

FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2017.

PÉRICLES PIZA, Relator

Ementa: Agravo Regimental. Liminar deferida suspendeu a eficácia da Lei nº 8.428/2016, do município de Franca, que norma dispõe sobre direitos e benefícios a serem observados durante a readaptação de professores e especialistas de educação. Revogação da decisão liminar. Impossibilidade. Há elementos que bastam para suspensão da norma até o julgamento definitivo de mérito. Verossimilhança na alegação dos vícios de constitucionalidade. Grave perigo na demora, tendo em vista que cria novas e recentes obrigações à Administração Municipal, sendo parte de seus efeitos irreversíveis após a decisão de mérito. Agravo regimental improvido.

VOTO

I – Trata-se de Agravo Regimental interposto pela CÂMARA MUNICIPAL DE FRANCA, por seu presidente, contra decisão prolatada por este Relator que deferiu o pedido de concessão de liminar, nos autos da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuizada pelo PREFEITO DO MUNICÍPIO DE FRANCA em que busca o afastamento do ordenamento jurídico da Lei Municipal nº 8.428, de 31 de agosto de 2016, que altera o capítulo XX do Estatuto do Magistério Público Municipal (Lei nº 4.972/1998), norma em que se alega eivada por vício formal de inconstitucionalidade além desta propiciar despesas indiretas ao Município, sem apontar os recursos para suportá-las.

Com o objetivo de revogar a liminar concedida, o ora Agravante alega, em apertada síntese, que a matéria tratada na norma não se coaduna entre aquelas de iniciativa exclusiva do chefe do executivo municipal, mas sim é relativa à função típica exercida pelo poder legislativo. Justifica ainda que o não apontamento da fonte de custeio se deve ao fato de inexistir criação de despesas impactantes à municipalidade.

II – Em que pesem os argumentos apresentados, razão alguma socorre o Agravante.

Isso porque, no exame sumário da inicial e dos demais elementos de convicção que a instruem, ainda vislumbra-se o preenchimento dos requisitos ensejadores da concessão da medida pleiteada, vez que presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Acesso ao Sumário

A Lei Municipal nº 8.428, de 31 de agosto de 2016, dispõe sobre direitos e benefícios a serem observados durante a readaptação de professores e especialistas de educação.

Conforme se lê claramente da concessão liminar, de rigor a constatação da existência de **suficientes** indícios de vícios no conteúdo da lei em análise, diante da possível usurpação de competência privativa do Poder Executivo Municipal, nos moldes do artigo 24, § 2º, item 4, e artigo 47, inciso XI, ambos da Constituição Bandeirante – de obrigatória observância em virtude do princípio da simetria – e do artigo 51, inciso I, da própria Lei Orgânica do Município de Franca.

Ademais, infere-se dos autos que a referida lei pode, de fato, gerar ônus à Administração sem apontar os recursos para suportar as despesas provenientes das benesses à categoria.

Com efeito, não obstante a CÂMARA MUNICIPAL tenha alegado a improcedência de tal alegação, nenhum documento acostou ao presente recurso para dar lastro ao seu inconformismo. Ao contrário, o Agravante limitou-se a guerrear matéria de direito, a qual, a meu sentir, é tema que não se coaduna com essa fase de cognição sumária, devendo apenas ser sopesada ao final por todo colegiado deste Colendo Órgão Especial.

Daí por que, em que pese a irresignação, a argumentação aludida nessa via recursal não convenceu, revelando-se insuficiente a alterar o entendimento exposto na decisão liminar tanto no que se refere ao *"fumus boni iuris"* como do *"periculum in mora"*.

Nesse sentido, a decisão guerreada apontou claramente, como plausível a tese de ofensa ao princípio da independência e harmonia dos Poderes no âmbito municipal, consagrado no artigo 5º da Constituição Estadual.

O perigo na demora também salta aos olhos, porquanto a não suspensão de dispositivo que inaugurou novas regras à Administração Municipal em agosto próximo passado, pode causar gastos irretroativos, decorrente da manutenção da vigência da norma, justificando-se a urgência do pleito liminar.

Conforme entendimento deste Egrégio Colegiado no julgamento de Agravos Regimentais, isso é o quanto basta para manutenção da liminar outrora deferida por este Relator. Assim sendo, por entender que há latentes indícios de inconstitucionalidade, não me convenci do desacerto da r. decisão impugnada.

De qualquer forma, os argumentos lançados pelo agravante serão sopesados ao final, em toda sua amplitude, pelo Órgão Especial.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2134329-56.2016.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante LILIAN SANTIAGO DA SILVA, são agravados PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL, MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL, MM. JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL, MM. JUIZ DE DIREITO DA 9ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL, MM. JUIZ DE DIREITO DA 11ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL, MM. JUIZ DE DIREITO DA 13ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL, MM. JUIZ DE DIREITO DA 14ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL, MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL, MM. JUIZ DE DIREITO DA 7ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL e MM. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.648)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, 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 e ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2017.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Presidente e Relator

Ementa: Agravo Regimental – Deferimento do pedido de suspensão dos efeitos da liminar que determinou a nomeação e posse da candidata aprovada em concurso público – Evidenciado o risco de grave lesão à ordem, à economia e à segurança públicas – Situação excepcionalíssima que autoriza a Administração a deixar de nomear os candidatos aprovados dentro do

Acesso ao Sumário

número de vagas, nos termos do decidido no Recurso Extraordinário n. 598.099/MS, com repercussão geral reconhecida – Potencial efeito multiplicador – Pedido subsidiário para reserva de vaga que não caracteriza lesão aos bens jurídicos tutelados no pedido de suspensão – Agravo provido parcialmente.

VOTO

Vistos.

Irresignada com a decisão que deferiu o pedido de suspensão dos efeitos da liminar concedida nos autos do mandado de segurança nº 1019347-81.2016.8.26.0053, Lilian Santiago da Silva interpôs agravo regimental, sob a alegação de ausência dos pressupostos autorizadores à suspensão, bem como inexistência de risco de grave lesão a interesses públicos relevantes.

Requer, subsidiariamente, a reserva de sua vaga, para que seja nomeada oportunamente.

Contraminuta a fls. 315/322.

É o relatório.

O reclamo recursal merece parcial acolhida.

Isto porque, a suspensão dos efeitos das liminares é medida excepcional e urgente destinada a evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, quando manifesto o interesse público primário, jamais importando sucedâneo de recurso de agravo.

Por não ter natureza recursal, este incidente não admite a apreciação das provas ou o reconhecimento de nulidades processuais, cabendo apenas o exame da efetiva ou possível lesão aos bens de interesse público tutelados.

Nesse sentido, já se decidiu que o pedido de suspensão não se presta à *"modificação de decisão desfavorável ao ente público"* (AgRg na SL 39/SC, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL), pois *"na suspensão de segurança não se aprecia o mérito do processo principal, mas tão-somente a ocorrência dos aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato decisório em face dos interesses públicos relevantes consagrados em lei, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas"* (SS 2385 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie).

Na hipótese em apreço, a decisão determinou a nomeação e posse da agravante, aprovada em concurso público dentro do número de vagas previsto no edital.

Na espécie, justificou-se a suspensão e, ao reverso do afirmado pela agravante, fizeram-se presentes os pressupostos necessários à suspensão da

Acesso ao Sumário

decisão, não existindo, nas razões do agravo, argumentos suficientes a rechaçar esse entendimento, isto porque, tudo o que foi apresentado, já foi sopesado no momento da prolação da decisão recorrida.

Ademais, conforme ponderado na decisão hostilizada, a manutenção da decisão de primeira instância, naquele momento, possuía potencial para acarretar dano maior aos bens jurídicos tutelados, pois, conforme comprovado pela pessoa política, não havia créditos orçamentários suficientes sequer para o cumprimento das obrigações já assumidas, razão pela qual seria temerário e irresponsável assumir novas despesas com a nomeação dos candidatos remanescentes do concurso, a despeito de se tratar de área sensível como é a saúde.

Não se pode olvidar que os editais dos concursos questionados foram lançados em 2013, quando sabidamente o cenário econômico era bem diverso do atual. Nessa linha, demonstrou a Municipalidade que a arrecadação deste exercício tem sido inferior à previsão orçamentária, e a projeção para o ano de 2017 é de redução ainda mais expressiva (7,5%).

Tal situação excepcionalíssima autoriza a Administração Pública a deixar de nomear os candidatos aprovados dentro do número de vagas, nos termos do decidido no Recurso Extraordinário n. 598.099/MS, com repercussão geral reconhecida.

Possível divisar, no caso presente, os requisitos exigidos pelo Supremo Tribunal Federal para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração, a saber: *"a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível"* (RE 598.099/MS).

Cumpre realçar, ainda, a possibilidade concreta de que centenas de outros candidatos ingressem com ações visando a nomeação, advindo o risco do efeito multiplicador das decisões preferidas contra o Poder Público.

Destarte, presentes os requisitos legais, era mesmo o caso de deferimento da suspensão dos efeitos das liminares.

Contudo, o pedido subsidiário da agravante merece ser provido, pois se

Acesso ao Sumário

mostra razoável a reserva de vaga para a agravante, na esteira do já decidido no pedido de aditamento de fls. 378/381, por não implicar tal reserva em lesão aos bens jurídicos tutelados.

Ante o exposto, **dá-se provimento parcial** ao agravo regimental.

Arguições de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0050143-37.2016.8.26.0000, da Comarca de Tupã, em que é suscitante 2ª 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 EM PARTE O INCIDENTE. V.U. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. JOÃO CARLOS SALETTI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto O.E. nº 24.510)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, MOREIRA VIEGAS, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, ARANTES THEODORO e TRISTÃO RIBEIRO acolhendo em parte o incidente; e PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI (com declaração) e CARLOS BUENO acolhendo em parte o incidente, com fundamentação diversa.

São Paulo, 14 de dezembro de 2016.

BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Incidente de inconstitucionalidade. Leis Complementares 74/2005, 98/2006, 120/2007 e 134/2008, todas do Município de Tupã. Descabida previsão normativa para concessão de revisão geral anual aos agentes políticos do Legislativo Municipal. Inconstitucionalidade da expressão "e Agentes

Acesso ao Sumário

Políticos do Legislativo", inserta nos artigos 1ºs dos referidos diplomas legais. Incompatibilidade com a chamada "regra da legislatura". Violação dos artigos 29, inc. VI e 37, inc. X da Constituição Federal, além dos artigos 111 e 144 da Constituição do Estado de São Paulo. Entendimento no C. Órgão Especial. Incidente de inconstitucionalidade parcialmente acolhido.

VOTO

Incidente de Inconstitucionalidade suscitado pela C. 2ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça para análise das Leis Complementares 74/2005, 98/2006, 120/2007 e 134/2008, todas de Tupã, que concederam revisão anual aos servidores ativos, inativos e pensionistas da Câmara Municipal, extensiva *aos agentes políticos do Legislativo* daquela Municipalidade.

Parecer da D. Procuradoria de Justiça pelo *acolhimento parcial do incidente, para o fim de declarar somente a inconstitucionalidade da expressão* ***"e Agentes Políticos do Legislativo"***, inserta nas referidas leis complementares (fls. 858/881).

É o relatório.

Dúvida não há sobre o Município e a Câmara Municipal serem regidos com autonomia, mas sempre atendidos os princípios estabelecidos nas Constituições Federal e Estadual, por assim ser determinado por normas de conteúdo cogente (art. 29, CF; art. 144, CE[1]).

Contudo, autonomia *não significa a apropriação de liberdade ilimitada para dispor normativa e organizacionalmente sobre os poderes municipais. Há que se respeitar a fonte única dos poderes: a Constituição da República* (Cf. José Nilo de Castro, in Direito Municipal Positivo, Del Rey, 3ª edição, p. 66).

Como leciona JOSÉ AFONSO DA SILVA, *o princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim a determina, também constitui conduta inconstitucional*[2].

Acesso ao Sumário

1 CRFB, Art. 29 – *O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:*

CE, Art. 144 – *Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.*

2 Curso de Direito Constitucional Positivo, 24ª ed., Malheiros, p. 46.

E prossegue o ilustre doutrinador: *do princípio da supremacia da constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior*[3].

No caso em voga, as Leis Complementares 74/2005, 98/2006, 120/2007 e 134/2008, de Tupã, assim dispõem:

LC 74, de 22 de fevereiro de 2005:

Art. 1º Ao Quadro de Servidores Públicos Municipais da Câmara Municipal da Estância Turística de Tupã, inclusive aos inativos e pensionistas, e aos Agentes Políticos do Legislativo, nos termos do artigo 39, parágrafo 4º, e 37, incisos X e XI, da Constituição Federal, é concedido, respectivamente, revisão anual em igual índice de 7,60 (sete vírgula sessenta por cento) de forma linear, retroativamente a partir de 1º de fevereiro de 2005, conforme escala de salários constante do Anexo I.

Parágrafo único. Não farão jus à presente revisão os servidores ocupantes dos cargos aludidos na Lei Complementar nº 71, de 14.01.2005.

Art. 2º As despesas decorrentes da execução desta Lei Complementar onerarão dotações consignadas no orçamento vigente, suplementadas, oportunamente, se necessário.

Art. 3º Esta Lei Complementar entrará em vigor na data de sua publicação, produzindo seus efeitos a partir de 1º de fevereiro de 2005, revogadas as disposições em contrário.

LC 98, de 21 de fevereiro de 2006:

Art. 1º Ao Quadro de Servidores Públicos da Câmara Municipal da Estância Turística de Tupã, inclusive aos inativos e pensionistas, e aos Agentes Políticos do Legislativo, nos termos do artigo 39, parágrafo 4º, e 37, incisos X e XI, da Constituição Federal, é concedido, respectivamente, revisão anual em igual índice de 5,69% (cinco vírgula sessenta e nove por cento) de forma linear, retroativamente a partir de 1º de fevereiro de 2006, conforme escala de salários constante do Anexo I.

Parágrafo único. Não fará jus à presente revisão o servidor ocupante do cargo aludido na Lei Complementar nº 86, de 22.11.2005.

Art. 2º As despesas decorrentes da execução desta Lei Complementar onerarão dotações consignadas no orçamento vigente, suplementadas, oportunamente, se necessário.

Art. 3º Esta Lei Complementar entrará em vigor na data de sua publicação, produzindo seus efeitos a partir de 1º de fevereiro de 2006.

LC 120, de 28 de fevereiro de 2007:

Acesso ao Sumário

3 Op. Cit., p. 47.

Art. 1º Ao Quadro Permanente de Servidores Públicos da Câmara Municipal da Estância Turística de Tupã, inclusive aos inativos, pensionistas, estagiários, e Agentes Políticos do Legislativo, nos termos do artigo 39, parágrafo 4º, e 37, incisos X e XI, da Constituição Federal, é concedida revisão geral anual, em igual índice, de 3,14% (três vírgula quatorze por cento) de forma linear, conforme tabelas de vencimentos constantes do Anexo I desta Lei Complementar.

Parágrafo único. Aplica-se à ajuda de custo para alimentação o índice de revisão aludido no *caput*, fixando seu valor em R$ 6,54 (seis reais e cinqüenta e quatro centavos) por dia.

Art. 2º As despesas decorrentes da execução desta Lei Complementar onerarão dotações consignadas no orçamento vigente, suplementadas, oportunamente, se necessário.

Art. 3º Esta Lei Complementar entrará em vigor na data de sua publicação, produzindo seus efeitos a partir de 1º de fevereiro de 2007.

LC 134, de 21 de fevereiro de 2008:

Art. 1º Ao Quadro Permanente de Servidores Públicos da Câmara Municipal da Estância Turística de Tupã, inclusive aos inativos, pensionistas, estagiários, cargos em comissão e Agentes Políticos do Legislativo, nos termos do artigo 39, parágrafo 4º, e 37, incisos X e XI, da Constituição Federal, é concedida revisão geral anual, em igual índice, de 4,46% (quatro vírgula quarenta e seis por cento) de forma linear, conforme tabelas de vencimentos constantes do Anexo I desta Lei Complementar.

Parágrafo único. Aplica-se à ajuda de custo para alimentação o índice de revisão aludido no *caput*, fixando seu valor em R$ 6,83 (seis reais e oitenta e três centavos) por dia.

Art. 2º As despesas decorrentes da execução desta Lei Complementar onerarão dotações consignadas no orçamento vigente, suplementadas, oportunamente, se necessário.

Art. 3º Esta Lei Complementar entrará em vigor na data de sua publicação, produzindo seus efeitos a partir de 1º de fevereiro de 2008.

Como se conclui, são leis concessivas de revisão anual de vencimentos aos servidores ativos, inativos e pensionistas da Câmara Municipal, extensiva *aos agentes políticos do Legislativo* daquele Município.

Ocorre que, como bem sentiu a C. Câmara suscitante, na parte em que estenderam a revisão aos agentes políticos essas leis maltratam ditames constitucionais de se lhes dar remuneração por subsídio, a ser fixado com estrita observância dos ditames constitucionais, estes explicitamente determinantes de ocorrer essa fixação com anterioridade, vale dizer, com efeitos apenas para a legislatura subsequente.

Acesso ao Sumário

Essa situação foi absolutamente ignorada nas leis impugnadas, pois nelas vieram expressas, inclusive, determinações de as revisões produzirem efeitos retroativos (artigos 3ºs), situação absolutamente incompatível, também, com os ditames contidos nos artigos 111 e 144 da Constituição Bandeirante.

Também desrespeitada, em repetição, a chamada "regra da legislatura", prevista no inciso VI do artigo 29 da Constituição Federal, que, assim prescreve:

> **CF – 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 respetivo Estado e os seguintes preceitos:
>
> [...]
>
> **VI** – o subsídio dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subsequente, observado o que dispõe esta Constituição, observados os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica e os seguintes limites máximos:
>
> a) em Municípios de até dez mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a vinte por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;
>
> b) em Municípios de dez mil e um a cinqüenta mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a trinta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;
>
> c) em Municípios de cinqüenta mil e um a cem mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a quarenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;
>
> d) em Municípios de cem mil e um a trezentos mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a cinqüenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;
>
> e) em Municípios de trezentos mil e um a quinhentos mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a sessenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;
>
> f) em Municípios de mais de quinhentos mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a setenta e cinco por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;

Como bem ponderou o D. Procurador de Justiça oficiante, *a incompatibilidade das normas impugnadas se estabelece frente à regra da anterioridade da legislatura para o subsídio dos vereadores, contida no art. 29, VI da Constituição Federal [...]. A norma impugnada também é incompatível com o art. 37, X da Constituição Federal porque o dispositivo constitucional*

Acesso ao Sumário

não aquinhoa os agentes políticos eletivos com a revisão geral anual [...]. Acrescente-se a isso o próprio impedimento gerado pela regra da anterioridade da legislatura que compreende a inalterabilidade do subsídio dos edis durante a legislatura (art. 29, VI, Constituição Federal) (págs. 858/881).

Daí ser remansoso o entendimento no C. Órgão Especial acerca de inconstitucionalidade de dispositivos similares às ora analisadas:

> *ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Incidente suscitado pela C. 6ª Câmara de Direito Público desta Corte em face do Decreto Legislativo 03/2014 do Município de Jeriquara, que estabeleceu o aumento do subsídio dos Vereadores dentro da mesma legislatura, ao arrepio do que dispõe o art. 29, VI, da Magna Carta. Sistema remuneratório dos Vereadores que é estabelecido na Constituição Federal com a imposição de limites de remuneração e também da "regra da legislatura". Inadmissível a majoração de tais subsídios no curso da própria legislatura ou permissão de fixação dos mesmos que não seja na hipótese ali contemplada, vale dizer na legislatura anterior para a subsequente. Inconstitucionalidade reconhecida por violação ao art. 29, VI, da CF, 111 e 115, XI, da Constituição Estadual, aplicável aos Municípios por força do art. 144 da Carta Bandeirante. Procedência da arguição, com determinação de remessa à D. Câmara suscitante* (ArgInc 0028966-17.2016, rel. Des. XAVIER DE AQUINO, j. 21.09.2016).
>
> *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Art. 1º, § 2º, **in fine**, e art. 3º da Lei nº 7.062, de 4 de julho de 2011, do Município de Piracicaba. Previsão de reajuste anual do subsídio dos Vereadores. Inconstitucionalidade. Inobservância da denominada "regra da legislatura", segundo a qual os subsídios dos Vereadores devem ser fixados para a legislatura seguinte. Art. 29, VI, da Constituição Federal. Deliberação dos Vereadores sobre a conveniência e oportunidade de reajustar seus próprios subsídios. Inadmissibilidade, sob pena de esvaziamento do significado do dispositivo constitucional. Norma que, ademais, vincula a revisão anual dos subsídios dos Vereadores aos índices adotados para os servidores públicos municipais. Manifesta infringência do art. 115, XV, da Constituição do Estado de São Paulo. Ação julgada procedente* (ADI 2204416-08.2014, rel. Des. ANTONIO CARLOS VILLEN, j. 27.04.2016).
>
> *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Art. 30, inc. XXI, da Lei Orgânica, art. 5º da Lei 2.577/12 e Lei 2.684/14 – Município de Mirandópolis – Normas que estabelecem e implantam a revisão anual dos subsídios dos Vereadores, do Presidente da Câmara Municipal, do Prefeito e do Vice-Prefeito – Ofensa às regras da anterioridade e da legislatura – Afronta aos artigos 111; 115, XI e XV; e 144 da Constituição do Estado*

Acesso ao Sumário

de São PAULO – Precedentes Inconstitucionalidade reconhecida – Ação procedente (ADI 2049521-55.2015, rel. Des. JOÃO NEGRINI FILHO, j. 26.08.2015).

Concluo, pois, por haver violação do ordenamento constitucional, vale dizer, dos artigos 29, inc. VI e 37, inc. X da Constituição Federal, além dos artigos 111 e 144 da Constituição do Estado de São Paulo, do que resulta serem inconstitucionais as expressões *"e Agentes Políticos do Legislativo"*, insertas nos artigos 1ºs das Leis Complementares 74/2005, 98/2006, 120/2007 e 134/2008, todas do Município de Tupã.

Incidente de inconstitucionalidade parcialmente acolhido.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 27.747)

1. Este voto acompanha o do eminente Relator na conclusão de acolher parcialmente a arguição para afirmar a inconstitucionalidade parcial das disposições legais questionadas.

No entanto, afirmo serem inconstitucionais as leis, não porque autorizem a revisão dos subsídios dos agentes políticos (vereadores) da Câmara Municipal de Tupã, ponto em que divirjo do eminente Relator DIMAS BORELLI, mas porque **(a)** a revisão de que tratam foi procedida mediante lei e não por intermédio de resolução da própria Câmara, e **(b)** por resultar, a forma adotada, em vinculação à revisão geral da remuneração dos servidores públicos da edilidade, o que é vedado pela Carta Magna.

2. A E. 2ª Câmara de Direito Público argui a inconstitucionalidade das Leis Complementares nºs 74/2005, 98/2006, 120/2007 e 134/2008, do Município da Estância Turística de Tupã.

a) Lei Complementar nº 74, de 22 de fevereiro de 2.005, que "defere ao pessoal remunerado da Câmara Municipal da Estância Turística de Tupã, inclusive aos inativos e pensionistas, e aos agentes políticos revisão anual de 7,60% e dá outras providências" (fls. 53/54), estabelecendo:

"Art. 1º. Ao Quadro de Servidores Públicos Municipais da Câmara Municipal da Estância Turística de Tupã, inclusive aos inativos e pensionistas, e aos Agentes Políticos do Legislativo, nos termos do artigo 39, parágrafo 4º e 37, incisos X e XI, da Constituição Federal, é concedido, respectivamente, revisão anual em igual índice de 7,60 (sete vírgula sessenta por cento) de forma linear, retroativamente, a partir de 1º de fevereiro de 2.005, conforme escala de salários constante do Anexo

Acesso ao Sumário

I.

"Parágrafo único. Não farão jus à presente revisão os servidores ocupantes dos cargos aludidos na Lei Complementar nº 71, de 14 de janeiro de 2.005.

"Art. 2º. As despesas decorrentes da execução desta Lei Complementar onerarão dotações consignadas no orçamento vigente, suplementadas, oportunamente, se necessário.

"Art. 3º. Esta Lei Complementar entrará em vigor na data de sua publicação, produzindo seus efeitos a partir de 1º de fevereiro de 2.005, revogadas as disposições em contrário."

b) Lei Complementar nº 98, de 21 de fevereiro de 2.006, que "defere ao pessoal remunerado da câmara municipal da estância turística de tupã, inclusive aos inativos e pensionistas, e aos agentes políticos do legislativo, revisão anual de 5,69% e dá outras providências" (fls. 55/56), estabelecendo:

"Art. 1º. Ao Quadro de Servidores Públicos da Câmara Municipal da Estância Turística de Tupã, inclusive aos inativos e pensionistas, e aos Agentes Políticos do Legislativo, nos termos do artigo 39, parágrafo 4º, e 37, incisos X e XI, da Constituição Federal, é concedido, respectivamente, revisão anual em igual índice de 5,69% (cinco vírgula sessenta e nove por cento) de forma linear, retroativamente a partir de 1º de fevereiro de 2006, conforme escala de salários constante do Anexo I.

"Parágrafo único. Não fará jus à presente revisão o servidor ocupante do cargo aludido na Lei Complementar nº 86, de 22 de novembro de 2.005.

"Art. 2º. As despesas decorrentes da execução desta Lei Complementar onerarão dotações consignadas no orçamento vigente, suplementadas, oportunamente, se necessário.

"Art. 3º. Esta Lei Complementar entrará em vigor na data de sua publicação, produzindo seus efeitos a partir de 1º de fevereiro de 2.006".

c) Lei Complementar nº 120, de 28 de fevereiro de 2.007, que "concede ao quadro permanente do de servidores públicos da Câmara Municipal da Estância Turística de Tupã, inclusive aos inativos, pensionistas, estagiários e aos agentes políticos do legislativo, revisão anual de 3,14% e dá outras providências" (fls. 57/58), estabelecendo:

"Art. 1º. Ao Quadro Permanente de Servidores Públicos da Câmara Municipal da Estância Turística de Tupã, inclusive aos inativos, pensionistas, estagiários, e Agentes Políticos do Legislativo, nos termos do artigo 39, parágrafo 4º, e 37, incisos X e XI, da Constituição Federal, é concedida revisão geral anual, em igual índice, de 3,14% (três vírgula

Acesso ao Sumário

quatorze por cento) de forma linear, conforme tabelas de vencimentos constantes do Anexo I DESTA Lei Complementar.

"Parágrafo único. Aplica-se à ajuda de custo para alimentação o índice de revisão aludido no caput*, fixando seu valor em R$ 6,54 (seis reais e cinquenta e quatro centavos) por dia.*

"Art. 2º. As despesas decorrentes da execução desta Lei Complementar onerarão dotações consignadas no orçamento vigente, suplementadas, oportunamente, se necessário.

"Art. 3º. Esta Lei Complementar entrará em vigor na data de sua publicação, produzindo seus efeitos a partir de 1º de fevereiro de 2.007.

d) Lei Complementar nº 143, de 21 de fevereiro de 2.008, que "concede ao quadro permanente de servidores públicos da Câmara Municipal da Estância Turística de Tupã, inclusive aos inativos, pensionistas, estagiários, aos cargos em comissão e aos agentes políticos do legislativo revisão anual e dá outras providências" (fls. 59/60), estabelecendo:

"Art. 1º. Ao Quadro Permanente de Servidores Públicos da Câmara Municipal da Estância Turística de Tupã, inclusive aos inativos, pensionistas, estagiários, cargos em comissão e Agentes Políticos do Legislativo, nos termos do artigo 39, parágrafo 4º, e 37, incisos X e XI, da Constituição Federal, é concedida revisão geral anual, em igual índice, de 4,46% (quatro vírgula quarenta e seis por cento) de forma linear, conforme tabelas de vencimentos constantes do Anexo I desta Lei Complementar.

"Parágrafo único. Aplica-se à ajuda de custo para alimentação o índice de revisão aludido no caput, fixando seu valor em R$ 6,83 (seis reais e oitenta e três centavos) por dia.

"Art. 2º. As despesas decorrentes da execução desta Lei Complementar onerarão dotações consignadas no orçamento vigente, suplementadas, oportunamente, se necessário.

"Art. 3º. Esta Lei Complementar entrar em vigor na data de sua publicação, produzindo seus efeitos a partir de 1º de fevereiro de 2.008".

Acesso ao Sumário

3. Assim se pronunciou a E. 2ª Câmara de Direito Público (suscitante) no v. acórdão relatado pelo Desembargador CLÁUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Apelação nº 0007059-54.2012.8.26.0637):

[...]

A r. sentença reconheceu a inconstitucionalidade das leis impugnadas, anulando o aumento de subsídio e determinando a devolução dos valores indevidamente recebidos.

*"Desse modo, **havendo indícios de inconstitucionalidade material das Leis Municipais nºs 74/2004, 98/2006, 120/2007 e 134/2008**, determina-se a aplicação das disposições dos artigos 97 da Constituição Federal, 948 e 949 do Novo Código de Processo Civil e 193 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.*

"Portanto, não declarada a constitucionalidade da lei, nos termos dos arts. 948 e 949 do Novo Código de Processo Civil, se faz necessária a observância da reserva do plenário para o julgamento da existência de inconstitucionalidade da lei.

"[...]

"Ressalte-se que o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0063096-72.2012.8.26.0000, em que pese tratar de questão idêntica, diz respeito à inconstitucionalidade das Leis Municipais de Tupã nºs 150/2009, 173/2010, 192/2011 e 215/2012, não podendo ser utilizada para integrar a hipótese deste caso concreto, por se referir a outras leis.

*"[...] Note-se que **ante a regra expressa do art. 29, VI da CF**, sendo os vereadores agentes políticos, sujeitos a regras próprias, da própria legislatura, **não podem eles adotar o regime dos demais servidores para fins de reajuste**.*

*"Deste modo, **ante a possível e aparente inconstitucionalidade das leis questionadas nesta demanda**, deve a questão ser apreciada pelo Colendo Órgão Especial."*

4. Referidas normas constitucionais apenas **autorizam** a revisão dos subsídios **assegurada** pelo artigo 37, X, da Constituição Federal (**poderão sofrer reajuste mediante a revisão anual**, dispõem), mas desautorizam a **vinculação** da revisão anual ao reajuste do funcionalismo público.

Estabelece o artigo 115, XI, da Constituição Estadual:

"Art. 115 – Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:

(...)

"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;"

A regra alude aos servidores públicos de modo geral, mas não exclui da revisão anual do artigo 37, X, os agentes políticos. Nem poderia fazê-lo, na medida em que a norma Superior **assegura** aos agentes políticos a revisão anual,

Acesso ao Sumário

tal qual a consagra e entrega aos servidores públicos, sem distinção.

E não se perca de vista que o *caput* do art. 29 da mesma Constituição Federal, atrás reproduzido, manda atender os princípios nela e na Constituição Estadual estabelecidos, e "os seguintes preceitos", dentre os quais os de seus incisos V e VI, igualmente repetidos acima, e os do artigo 37, obviamente. Não custa repetir a regra:

> "Art. 29 – **O Município reger-se-á por lei orgânica, ... atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição Federal, na Constituição do respectivo Estado, e os seguintes preceitos**".

Não se pode olvidar que o § 4º do artigo 39 da Carta da República assegura ao **membro de Poder e ao detentor de mandato eletivo** a remuneração mediante subsídio, "**obedecido, em qualquer caso, o disposto no artigo 37, X e XI**".

A interpretação sistemática da Constituição Federal, portanto, respeitado entendimento em contrário, longe de afastar a aplicação do artigo 37, X, da Constituição Federal aos subsídios dos agentes políticos, tais o Prefeito Municipal e os Vereadores, implica, por força dessa regra, por expressa, a incidência do preceito. Afinal, o Prefeito e os Vereadores são detentores de mandato eletivo. A Constituição da República não os distingue, muito menos afasta, ao contrário, os inclui.

5. A norma constitucional alusiva à inafastável anterioridade da fixação do valor do subsídio à legislatura subsequente refere-se **unicamente** aos vereadores (art. 29, inciso VI, da CF) e tem por objetivo evitar que os próprios edis, no curso dela, cuidem de promover o **aumento** ou **majoração** (**não a mera revisão**) de seus subsídios, aí em desacordo com os princípios constitucionais, especialmente os do *caput* do artigo 37, sobressaindo-se os da impessoalidade, da razoabilidade e da moralidade.

Ensina HELY LOPES MEIRELLES, a propósito, que,

> "Quanto ao *princípio da anterioridade*, ou seja, a obrigatoriedade de fixação da remuneração em cada legislatura para a subsequente – portanto, antes do conhecimento dos novos eleitos –, que não vinha expresso na redação dada pela Emenda Constitucional 19/1998 ao inciso VI do art. 29, observamos que voltou a ser introduzido explicitamente pela Emenda Constitucional 25/2000. De qualquer modo, sua incidência sempre foi inegável, com fundamento nos princípios da moralidade e da impessoalidade, que norteiam todos os atos da Administração Pública. Novamente inserido no texto constitucional, seu atendimento é de rigor, devendo as leis orgânicas municipais considerar sua imperatividade" (*Direito Municipal Brasileiro*, Malheiros Editores, 17ª edição/2014, Coordenador Adilson Abreu Dallari, p. 654).

Acesso ao Sumário

Diversa é, no entanto, a finalidade da norma assecuratória da revisão anual, que não tem por objetivo aumentar a outro patamar o valor do subsídio, senão reajustá-lo (revisá-lo) somente para conservar o seu poder aquisitivo, corroído pelo processo inflacionário. Embora a Constituição não se valha do instituto da correção monetária, nem o refira, a revisão anual outra coisa não faz senão restabelecer o valor do vencimento do servidor ou o subsídio do membro de poder ou do titular de mandato eletivo, reduzido pelo flagelo da inflação.

Não discrepa o ensinamento de **JOSÉ AFONSO DA SILVA** *("Comentário Contextual à Constituição"*, Malheiros Editores, 9ª edição/2014, p. 346) que, comentando o art. 37, inciso X, da CF, procede à distinção entre os institutos da fixação e da revisão, seus conceitos e objetivos:

> "***5.2. Fixação e revisão.*** A remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o art. 39, § 4º, somente poderão ser fixados ou alterados por *lei específica*, de iniciativa. (...) "Lei Específica" é a que exclusivamente tem por finalidade a fixação, alteração ou revisão daquelas espécies remuneratórias. O texto assegura *a revisão geral anual* da remuneração e subsídio na mesma data e sem distinção de índice. Dita revisão é obrigatória todo ano. Portanto, é direito dos servidores. Sua função não é a de conceder reajuste remuneratório, mas a de garantir a estabilidade do seu valor em face da instabilidade da moeda. A alteração, pois, do valor da remuneração é apenas consequência da correção do valor monetário. Com isso se dá natureza de dívida de valor ao *quantum* remuneratório a ser pago. Apesar dessa natureza da revisão, que poderia levar à ideia de que o ajuste monetário tanto poderia ser para cima como para baixo, em função da desvalorização ou da valorização da moeda, em verdade outra norma constitucional impede o ajuste monetário com diminuição do *quantum* da remuneração (e aqui não se trata mais de valor, mas de quantidade), porque assegura a irredutibilidade de subsídio e vencimentos (inciso XV, infra)".

Assinala LUCIANO DE ARAÚJO FERRAZ (cf. *"Comentários à Constituição do Brasil"*, coordenação de JJ. GOMES CANOTILHO, GILMAR FERREIRA MENDES, INGO WOLFGANG SARLET e LEONIO LUIZ STRECK (coordenação científica) e LÉO FERREIRA LEONCY (coordenação executiva), Editora Saraiva, 2013, pp. 857/859), comentando o artigo 37, X, da Constituição Federal, que

> "O segundo comando do dispositivo trata da revisão geral anual das remunerações (e subsídios) sempre na mesma data e sem distinção de índices: o constituinte reformador instituiu regra para assegurar o direito à revisão, que atinge cada ente federativo, garantindo aos agentes públicos, a cada período de um ano (contado a partir da promulgação da Emenda Constitucional n. 19/98), reposição das perdas inflacionárias respectivas,

Acesso ao Sumário

mediante percentual único.

(...)

"A revisão deve abarcar tanto as remunerações quanto os subsídios, e não é vedado deduzir dos valores inflacionários apurados, a concessão de aumentos diferenciados (albergados pela primeira parte do dispositivo – art. 37, X, CR) verificável no mesmo período, porquanto "sem embargo da divergência conceitual entre as duas espécies de acréscimo salarial, inexiste óbice de ordem constitucional para que a lei ordinária disponha, com antecedência, que os reajustes individualizados no exercício anterior sejam deduzidos da próxima correção ordinária". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.726, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ 29.08.03*).

É bem de ver, por conseguinte, a clara distinção entre os institutos da **fixação** e da **revisão**, aquele, no caso dos vereadores, subordinado à regra da anterioridade da legislatura. Mas esses agentes políticos, tanto quanto todos os membros de poder e os detentores de cargo eletivo nas demais esferas de poder da federação, seguindo a regra geral alusiva aos servidores públicos, fazem jus à revisão anual.

Por outro lado, negar a revisão só porque sujeita a vereança à regra da anterioridade da legislatura importa o inverso do que essa regra objetiva assegurar, ou seja, impõe a desvalorização paulatina e inexorável da remuneração, desrespeitando mesmo a previsão constitucional de prévia fixação do subsídio, que deve valer por toda a legislatura. Significa dizer que, negada a revisão, o subsídio que a própria Câmara Municipal estabeleceu para a legislatura seguinte já não será mais o mesmo, posto depreciado no curso dos quatro anos que se seguirão. Não é esse o espírito e o objetivo da Constituição Federal ao assegurar a revisão.

Aliás, ainda quanto à regra da legislatura, a mesma consideração do sistema constitucional impõe não se olvide que, vedada ao vereador (como ao membro de poder e ao titular do mandato eletivo) a revisão anual para simplesmente repor perda inflacionária, resultaria odiosa distinção entre a situação jurídica em que se encontra como membro do Poder Legislativo, e a situação jurídica do Prefeito, Vice-Prefeito e secretários municipais, cujos subsídios, fixados pela mesma Câmara Municipal, em princípio não estariam sujeitos à regra da anterioridade, posto assim não estabelecido no inciso V do artigo 29 da Constituição Federal. Isso, sem contar que esses agentes, todos insertos no conjunto dos servidores públicos *lato sensu*, seriam distinguidos das demais categorias funcionais, fadados a ter seus subsídios congelados pelo período da legislatura. Não é esse o espírito da Constituição, nem foi a intenção do legislador constitucional, evidentemente. Nesse caso, então, estar-se-ia diante de manifesto descumprimento do princípio de isonomia entre os

Acesso ao Sumário

integrantes desses poderes municipais.

Por essa razão é que não há absolutamente violação do artigo 111 da Carta Estadual (disposição que repete o *caput* do artigo 37 da Carta Magna), porque a revisão anual de subsídios não atenta contra qualquer dos princípios aí elencados, salvo, evidentemente, **(i)** se o ato que a procede adotar índice distinto do utilizado para a revisão dos vencimentos dos servidores, ou se, pior, **(ii) aumentar** (e não simplesmente rever para atualizar) o seu valor para além da mera reposição da perda inflacionária do período antecedente, de forma não razoável ou desproporcional, e com ofensa aos princípios elencados nos artigos 37, *caput*, da Constituição Federal, e 111 da Constituição Estadual, ou ainda, como visto antes, **(iii)** vincular a revisão à dos vencimentos dos servidores públicos.

Daí a conclusão do mesmo doutrinador HELY LOPES MEIRELLES:

> "Assim sendo, o *subsídio* será fixado em *parcela única*, por *lei específica*, de iniciativa do Legislativo, assegurada revisão anual, com a imposição de índices indistintos de recuperação inflacionária, sempre na mesma data (art. 37, X, da CF), e vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, e sujeito aos impostos gerais, inclusive o de renda, e aos extraordinários, tal como qualquer outro contribuinte, com observância do que estabelecem os dispositivos constitucionais expressamente referidos no inciso VI do art. 29 da CF, acima indicados" (op. cit., p. 653).

Não olvido manifestação deste mesmo C. Órgão Especial nos autos da ADI 2031722-96.2015.8.26.0000, relatada pelo Desembargador JOÃO NEGRINI FILHO (j. 26.08.2015), e apoiada em v. acórdão do C. Supremo Tribunal Federal, e também, sustentada no mesmo v. aresto, o decidido na ADI nº 2220433-22.2014.8.26.0000, relatada pelo Desembargador FRANCISCO CASCONI (j. 10/06/2015), julgamentos de que participei.

Mas a situação enfrentada pela Corte Suprema, alusiva a Leis do Município de Batatais, guarda distinção substancial com a deste caso. Na síntese do voto da Ministra CÁRMEN LÚCIA, no julgamento do RE 728870 (j. 27.02.2014),

> "... ao conceder reajuste aos vereadores do Município de Batatais de *"5% (cinco por cento), no exercício corrente, sobre o subsídio do mês de março de 2010, a ser pago a partir da competência de abril de 2010" (Lei n. 3.055/2010) e, posteriormente, de "6,5% (seis e meio por cento), aplicado sobre o subsídio do mês de dezembro de 2010, a ser pago a partir da competência do mês de janeiro de 2011" (Lei n. 3.086/2011)*, o legislador Municipal contrariou *"os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição"* (art. 144 da Constituição

do Estado de São Paulo) e, ainda, descumpriu o art. 29, inc. VI, da Constituição da República, segundo o qual, *"o subsídio dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subsequente, observado o que dispõe esta Constituição"*.

A r. decisão monocrática da eminente Ministra CARMEN LÚCIA, proferida nesse precedente (reformando decisão deste C. Órgão Especial os autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0281594-72-2011.8.26.0000, rel. Des. WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, j. 04.04.2012, maioria de votos) aponta peculiaridades das leis questionadas, que levaram a majoração do subsídio dos vereadores, não à sua revisão. A fixação do subsídio em meio à legislatura, vedada pela Constituição, ou a desatenção ao princípio da não vinculação, são as causas da declaração da inconstitucionalidade, referida nos numerosos precedentes da Corte Suprema, citados pela Ilustre Ministra, que não se referem à impossibilidade de revisão (art. 37, X). Em outras palavras, mencionados precedentes, com a sempre renovada vênia, dizem respeito a situações igualmente distintas, em que configurada efetiva violação aos preceitos constitucionais que referem. Aqui não, a lei questionada promoveu a revisão (anual), não ofendendo os princípios constitucionais aqui dito violados.

Penso, por conseguinte, que a revisão dos subsídios dos Vereadores é possível, salvo se a lei local, quanto a estes, a pretexto de fazê-lo, proceder a verdadeira fixação, promovendo a elevação ou majoração dos subsídios para além da revisão ou em desacordo com as limitações impostas pelo artigo 29, incisos VI, VII, e 29-A. Nega-la, penso, respeitado pensamento em contrário, importará violação aos dispositivos constitucionais mencionados, especialmente aos artigos 29, V e VI, 37, X, e 39, § 4º, da Constituição Federal, mandados cumprir pelo artigo 144 da Constituição Estadual, que restaria igualmente violado.

6. Não obstante possível a revisão anual dos subsídios dos agentes políticos do Poder Legislativo, os Vereadores à Câmara Municipal, é preciso verificar se procedida de conformidade com os mandamentos constitucionais incidentes.

Acesso ao Sumário

No caso das leis em apreço, examino desde logo o tema atinente à **vinculação do reajuste dos subsídios dos agentes políticos ao dos vencimentos dos servidores públicos**.

Estatui o artigo 29, *caput*, da Constituição Federal, que

> "Artigo 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, ... atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição Federal, na Constituição do respectivo Estado, e os seguintes preceitos":
>
> (...)
>
> "V – subsídios do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos

Secretários Municipais fixados por lei de iniciativa da Câmara Municipal, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III e 153, § 2º, I";

"VI – o subsídio dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subsequente, observado o que dispõe esta Constituição, observados os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica e os seguintes limites máximos;"

O artigo 39, § 4º, da mesma Carta Magna, de seu turno, estabelece que

"O **membro de Poder**, **o detentor de mandato eletivo**, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por **subsídio** fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, **obedecido, em qualquer caso, o disposto no artigo 37, X e XI**".

A esse dispositivo se reporta o inciso X do artigo 37:

"a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, **assegurada revisão geral anual**, sempre na mesma data e sem distinção de índices".

A Constituição do Estado, de sua vez, impondo o seu cumprimento e o da Constituição Federal pelos Municípios (art. 144), estatui no artigo 115 e em seu inciso XV:

"Art. 115. Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:

"XV – é vedada a **vinculação ou equiparação** de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público, observado o disposto na Constituição Federal".

A norma constitucional do Estado reproduz, no particular, a Constituição Federal, que no artigo 37 e seu inciso XIII dispõe:

"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:

"XIII – é vedada a **vinculação ou equiparação** de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público".

Acesso ao Sumário

É bem de ver ser vedada a vinculação ou equiparação de qualquer espécie remuneratória, a tanto se subordinando também o subsídio do **membro de Poder**

e do detentor de mandato eletivo, tais os agentes políticos do legislativo a que se referem as normas impugnadas nesta demanda.

O que a Constituição Federal e também a Estadual vedam, é a vinculação de qualquer espécie remuneratória, **não** a revisão anual de subsídios, expressamente prevista e autorizada pelo inciso X do mesmo artigo 37 da Carta Magna, atrás reproduzido.

A norma constitucional não distingue: **a revisão anual é assegurada à remuneração dos servidores públicos e aos subsídios dos agentes políticos a que a Constituição se refere**. É o que decorre da interpretação conjugada dos artigos 37, X, e 39, § 4º, da Carta Magna.

Não sem razão, este C. Órgão Especial, já se manifestou no sentido dessa afirmação. Vale lembrar e parcialmente transcrever voto do Desembargador EVARISTO DOS SANTOS (ADI 2113804-24.2014.8.26.0000, j. 17.12.2014, V.U.), assim ementado:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Nova Independência. Parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº 1.187, de 18.09.12 e parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº 1.188, de 18.09.12. Vinculação da revisão anual dos subsídios do Prefeito, Vice-Prefeito, Vereadores e Presidente da Câmara Municipal à revisão anual dos servidores municipais, na mesma data e nos mesmos índices. Inadmissibilidade. Expressa vedação constitucional (art. 115, XV da CE e art. 37, XIII da CF). Precedentes. Ação procedente".

No corpo do v. acórdão, lembra o voto condutor desse julgamento vários precedentes deste C. Órgão Especial e do C. Supremo Tribunal Federal:

> "A propósito já se decidiu neste **Colendo Órgão Especial**:
>
> *""Não existe dúvida, realmente, quanto à possibilidade de revisão geral anual dos subsídios do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Secretários Municipais, em razão do que vem disposto no art. 37, inciso X, da Constituição Federal.*
>
> *""(...)*
>
> *'"Deve ser considerado, entretanto, que* ***essa revisão, embora possível, não pode ficar atrelada aos mesmos índices da revisão geral anual dos servidores públicos, porque esse vínculo entre a revisão dos subsídios dos agentes políticos e a revisão da remuneração dos servidores constitui uma espécie de equiparação de reajuste*** *(entre agentes sujeitos a regimes jurídicos distintos), configurando ofensa ao art. 37, inciso XIII, da Constituição Federal e art. 115, inciso XV, da Constituição Estadual:"* (grifei – ADIn nº 2.014.982-97.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 04.06.14 – Rel. Des. **ANTONIO LUIZ PIRES NETO**).
>
> "Não se nega o direito à revisão anual dos subsídios. Apenas que

Acesso ao Sumário

ela, por expressa disposição constitucional, não pode ser vinculada à revisão anual da remuneração dos servidores.

"E ainda no mesmo sentido:

""AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Art. 1º, § 1º, da Lei 2.237/2012, de Louveira – ***Vinculação dos subsídios do Prefeito, Vice-Prefeito e Secretários Municipais, estabelecendo reajuste na mesma data e com mesmo índice dos servidores públicos municipais*** *– Violação dos arts. 115, XV, da Constituição Estadual, e 37, XIII, da Constituição Federal – Precedentes do Órgão Especial – Inconstitucionalidade declarada – Ação procedente."* (ADIn nº 2.032.060-07.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 30.07.14 – Rel. Des. **LUIZ ANTONIO DE GODOY**).

"Ação direta de inconstitucionalidade – Art. 2º da Resolução 03/12, da Câmara Municipal de Tupã – ***Vinculação da revisão dos subsídios dos vereadores à dos demais servidores – Inadmissibilidade*** *– Vinculação que ofende o art. 115, XV, da Constituição Estadual – Inconstitucionalidade – Precedentes deste Órgão Especial – Ação julgada procedente."* (ADIn nº 0.078.162-58.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 28.05.14 – Rel. Des. **FERREIRA RODRIGUES**).

"Esse também o entendimento da **Suprema Corte**:

""EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 4º DA LEI Nº 11.894, DE 14 DE FEVEREIRO DE 2003. – A Lei Maior impôs tratamento jurídico diferenciado entre a classe dos servidores públicos em geral e o membro de Poder, o ***detentor de mandato eletivo****, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais. Estes agentes públicos, que se situam no topo da estrutura funcional de cada poder orgânico da União, dos Estados, do Distrito Federal e* ***dos Municípios****, são remunerados exclusivamente por subsídios, cuja fixação ou alteração é matéria reservada à lei específica, observada, em cada caso, a respectiva iniciativa (incisos X e XI do art. 37 da CF/88). –* ***O dispositivo legal impugnado, ao vincular a alteração dos subsídios do Governador, do Vice-Governador e dos Secretários de Estado às propostas de refixação dos vencimentos dos servidores públicos em geral ofendeu o inciso XIII do art. 37 e o inciso VIII do art. 49 da Constituição Federal de 1988****. Sobremais, desconsiderou que todos os dispositivos constitucionais versantes do tema do reajuste estipendiário dos agentes públicos são manifestação do magno princípio da Separação de Poderes. Ação direta de inconstitucionalidade procedente."* (grifei – ADI 3491/RS – j. de 27.09.06 – Rel. Min. **CARLOS BRITTO**)".

No caso, as leis impugnadas vinculam o reajuste dos agentes políticos aos

dos funcionários públicos, que é vedado pela Constituição Federal.

Em suma, as normas questionadas são inconstitucionais, não por preverem a revisão dos subsídios dos vereadores, mas porque a vinculam à revisão dos vencimentos dos servidores da Câmara Municipal.

7. Por outro, está evidenciado ter sido a revisão dos subsídios dos agentes políticos procedida mediante lei, e não por ato da própria Câmara Municipal (a Resolução), como regra a Constituição Federal.

Cumpre lembrar que, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, "o Tribunal não está adstrito aos fundamentos invocados pelo autor, podendo declarar a inconstitucionalidade por fundamentos diversos dos expendidos na inicial", consoante decidido pelo C. Supremo Tribunal Federal (ADI-MC 2396-9/MS, Tribunal Pleno, j. 26.09.2001, Relatora Ministra Ellen Gracie).

Nessa linha de raciocínio parecer que referi no voto condutor do julgamento da ADI nº 2063662-16.2014.8.26.0000:

> ""A causa de pedir consiste na violação a Constituição Estadual, razão pela qual tem sido denominada como causa de pedir aberta possibilitando no controle concentrado de constitucionalidade o acolhimento por fundamento ou parâmetro não apontado na inicial.
>
> "A propósito, anota Juliano Taveira Bernardes que no processo objetivo, "Segundo o STF, o âmbito de cognoscibilidade da questão constitucional não se adstringe aos fundamentos constitucionais invocados pelo requerente, pois abarca todas as normas que compõe a Constituição Federal. Daí, a fundamentação dada pelo requerente pode ser desconsiderada e suprida por outra encontrada pela Corte" (Controle abstrato de constitucionalidade, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 436).
>
> "Assim vem decidindo o Col. STF:
>
> ""(...)
>
> ""Ementa: constitucional. (...). 'Causa petendi' aberta, que permite examinar a questão por fundamento diverso daquele alegado pelo requerente. (...) (ADI 1749/DF, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, Rel. p. acórdão Min. NELSON JOBIM, j. 25/11/1999, Tribunal Pleno, DJ 15-04-2005, PP-00005, EMENT VOL-02187-01, PP-00094, g.n.).
>
> "(…)"
>
> "Confira-se, ainda, nesse mesmo sentido: ADI 3576/RS, Rel. Min. ELLEN GRACIE, j. 22/11/2006, Tribunal Pleno, DJ 02-02-2007, PP-00071, EMENT VOL-02262-02, PP-00376.
>
> Nessa linha de raciocínio o mesmo parecer antes mencionado:
>
> ""A causa de pedir consiste na violação a Constituição Estadual, razão pela qual tem sido denominada como causa de pedir aberta

Acesso ao Sumário

possibilitando no controle concentrado de constitucionalidade o acolhimento por fundamento ou parâmetro não apontado na inicial.

"A propósito, anota Juliano Taveira Bernardes que no processo objetivo, "Segundo o STF, o âmbito de cognoscibilidade da questão constitucional não se adstringe aos fundamentos constitucionais invocados pelo requerente, pois abarca todas as normas que compõe a Constituição Federal. Daí, a fundamentação dada pelo requerente pode ser desconsiderada e suprida por outra encontrada pela Corte" (Controle abstrato de constitucionalidade, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 436).

"Assim vem decidindo o Col. STF:

""(...)

""Ementa: constitucional. (...). 'Causa petendi' aberta, que permite examinar a questão por fundamento diverso daquele alegado pelo requerente. (...) (ADI 1749/DF, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, Rel. p. acórdão Min. NELSON JOBIM, j. 25/11/1999, Tribunal Pleno, DJ 15-04-2005, PP-00005, EMENT VOL-02187-01, PP-00094, g.n.).

"(…)"

"Confira-se, ainda, nesse mesmo sentido: ADI 3576/RS, Rel. Min. ELLEN GRACIE, j. 22/11/2006, Tribunal Pleno, DJ 02-02-2007, PP-00071, EMENT VOL-02262-02, PP-00376.

A fixação do subsídio dos vereadores é de competência exclusiva do Poder Legislativo e deve ser exercida por meio de Resolução.

O processo legislativo nesses termos resultaria inadmissível delegação de atribuição privativa de um poder ao outro, sem permissão constitucional e, mais, com quebra do princípio da independência entre eles, contrariando o disposto no artigo 29, VI, da Carta Maior, segundo o qual o Município reger-se-á por lei orgânica, votada e aprovada pela Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição e os seguintes preceitos:

"VI – o subsídio dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subsequente, observado o que dispõe esta Constituição, observados os critérios estabelecidos na Lei Orgânica e os seguintes limites máximos:...".

Ensina HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Municipal Brasileiro*, Malheiros Editores, 17ª edição/2014, pág. 686/687) que a

"*Resolução* é a deliberação do Plenário sobre matéria de sua exclusiva competência e de interesse interno da Câmara, promulgada por seu presidente. Não é lei, nem simples ato administrativo: é deliberação político- administrativa. Obedece ao processo legislativo da elaboração das leis, mas não se sujeita a sanção e veto do Executivo. Presta-se à

Acesso ao Sumário

aprovação do Regimento Interno da Câmara; criação, transformação e extinção dos seus cargos e funções e fixação da respectiva remuneração; concessão de licença a vereador; organização dos serviços da Mesa; e regência de outras atividades internas da Câmara".

A respeito, já se manifestou este C. Órgão Especial:

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 5.584/2011, de Jacareí, que fixa subsídios a Vereadores. Vício de objeto. Ocorrência. Matéria que não se submete ao princípio da reserva legal. Ato de competência exclusiva do Poder Legislativo, exercitável mediante resolução. Impossibilidade de participação do Chefe do Executivo Municipal na fixação de subsídios a membros do Legislativo, pena de ofensa ao princípio da separação de poderes. Art. 29, VI, da Constituição Federal e arts. 5º e 144, da Constituição Estadual. Precedentes do C. Órgão Especial e do Eg. Supremo Tribunal Federal. Ação julgada procedente" (Direta de Inconstitucionalidade nº 0084458-96.2013.8.26.0000, Rel. Luis Soares de Mello, j. 23.10.2013).

Em demanda versando sobre o subsídio de Vereadores, esse pensamento foi reafirmado:

"DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Municipal de Valinhos nº 4.772, de 4 de julho de 2012, que fixa subsídio mensal aos vereadores da Câmara Municipal daquela localidade para a legislatura de 1º de janeiro de 2013 a 31 de dezembro de 2016. Norma de efeito abstrato. Passível de controle de constitucionalidade pelo Judiciário. Alegada violação ao princípio da separação de poderes com a consequente ofensa a dispositivos da Constituição Estadual (art. 5º e 144). Ofensa caracterizada. Fixação de subsídios por lei iniciada e sancionada pelo chefe do Executivo. Inadequação. Instrumento correto pelo art. 29, VI, da CF é o decreto Legislativo, elaborado pela própria Câmara dos Vereadores. Ação julgada procedente, com efeito "ex tunc"." (ADI 0198524-89.2013.8.26.0000, Relator Desembargador PÉRICLES PIZA, j. 17.09.2014, v.u.)

Opostos embargos de declaração na referida ação (ED na ADI 0198524-89.2013.8.26.0000/50001, Relator Desembargador PÉRICLES PIZA, j. 17.12.2014):

"Embargos de Declaração. Ocorrência de Erro Material ao analisar a iniciativa da Lei impugnada e Contradição na indicação de qual seria o instrumento normativo para fixação dos subsídios aos vereadores. Apesar do projeto de Lei n. 40/2012, que fixou os subsídios dos vereadores, tenha sido de iniciativa da própria Câmara Municipal de Valinhos, houve inegável participação do Prefeito Municipal, ocorrendo invasão de competência.

Acesso ao Sumário

Contradição caracterizada. O V. Acórdão ora afirma que o instrumento normativo correto seria o Decreto Legislativo, ora a Resolução. Ambos os atos normativos são válidos para fixação de subsídios aos vereadores. Fica mantida a decisão, com acréscimos. Embargos acolhidos para acrescer fundamentos ao Acórdão e para fins de prequestionamento".

8. Em suma, as leis em pauta são inconstitucionais no ponto relativo à expressão **"e aos Agentes Políticos do Legislativo"**, seja por vincular ou proceder à revisão dos subsídios dos agentes políticos da Câmara Municipal mediante vinculação ao reajuste dos vencimentos dos respectivos servidores, seja porque procedida mediante lei, e não por Resolução da própria edilidade.

9. Ante o exposto, ACOLHO parcialmente a arguição, com a observação lançada no tópico anterior.

É meu voto.

JOÃO CARLOS SALETTI, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0045849-39.2016.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que é suscitante 2ª 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: "NÃO CONHECERAM DA ARGUIÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.224)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ELCIO TRUJILLO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2017.

PÉRICLES PIZA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Arguição de Inconstitucionalidade. Análise dos arts. 20 e 21, da Lei nº 2.727/85, e do art. 7º, da Lei nº 7.147/11, ambas do município de Piracicaba. Impossibilidade. O v. Acórdão não aponta as razões de inconstitucionalidade, a justificar acolhimento do incidente e remessa ao c. Órgão Especial. Necessidade dessa prévia manifestação traduz condição para o conhecimento do incidente. Diversos são os precedentes deste colegiado no mesmo sentido. Inteligência do art. 949, parágrafo único, do novo Código de Processo Civil. Arguição não conhecida.

VOTO

I – Trata-se de arguição de inconstitucionalidade suscitada pela C. 2ª Câmara de Direito Público, em voto da lavra do Des. Alves Braga Júnior no julgamento da Apelação Cível nº 3004158-04.2013.8.26.0451, durante sessão realizada em 21 de julho de 2016.

Entendeu a C. Câmara que deveriam ser objeto de análise as questões relativas à recepção dos artigos 20 e 21, da Lei nº 2.727/1985, bem como da possível inconstitucionalidade do artigo 7º, da Lei nº 7.147/2011.

Encaminhados os autos à Douta Procuradoria de Justiça para parecer esta opinou pelo não conhecimento do incidente de inconstitucionalidade.

II – De fato, não se pode conhecer da presente arguição.

Consta do v. Acórdão suscitante a seguinte ementa:

SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL. PIRACICABA. SEMAE. *Pretensão à incorporação de vantagens relativas ao período em que exerceu chefia, em substituição. Não recepção dos arts. 20 e 21 da Lei Municipal 2.727/85. Inconstitucionalidade do art. 7º da Lei Municipal 7.147/11. Incompetência desta col. Câmara para apreciar as questões. Necessidade de suspensão do julgamento de mérito do recurso e suscitação de incidente de inconstitucionalidade.* ***REMESSA DOS AUTOS AO COL. ÓRGÃO ESPECIAL.***

Conforme bem mencionado no parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça, o incidente de inconstitucionalidade não se consubstancia em consulta do órgão julgador fracionário ao tribunal pleno nem tem outra finalidade senão a declaração de inconstitucionalidade *inciter tantum* em julgamento *per saltum*.

De fato, da leitura do v. acórdão percebe-se que a decisão não declara a inconstitucionalidade em juízo abstrato, tampouco examina a questão da inconstitucionalidade indicando a norma constitucional, em tese, violada, para que este Colendo Órgão Especial pudesse sopesar o desfecho por meio do

Acesso ao Sumário

controle de constitucionalidade.

Ao contrário, a Câmara suscitante limitou-se a submeter o exame da constitucionalidade dos dispositivos legais questionados a este colegiado, sem ao menos se posicionar acerca da rejeição ou acolhimento da tese alvitrada, postura insuficiente ao atendimento das exigências do artigo 949, inciso II, do novo Código de Processo Civil.

Aliás, esse já era o intuito do legislador do Código de Processo Civil de 1973, o qual já disciplinava a questão em seus artigos 480 e 481, lastreando a jurisprudência pacífica da disciplina do controle difuso de leis, exigindo-se, para remessa dos autos ao Colendo Órgão Especial, decisão fundamentada da Turma suscitante. Assim, deveria o v. acórdão enfrentado a celeuma constitucional em questão, discorrendo motivadamente sobre o acolhimento ou sua rejeição.

Conforme ressaltado acima, não é isso que se observa no feito, tornando forçoso o não conhecimento do presente incidente.

Nesse mesmo sentido se dá o entendimento jurisprudencial deste Egrégio Colegiado:

> *INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – ARTIGO 211 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 224, DE 13.11.2008, DO MUNICÍPIO DE PIRACICABA – V. ACÓRDÃO SUSCITANTE QUE NÃO DECLINA EXPRESSAMENTE AS RAZÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE, A JUSTIFICAR ACOLHIMENTO DO INCIDENTE E REMESSA AO C. ÓRGÃO ESPECIAL – DESATENDIMENTO À NORMA DO ART. 949, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – INCIDENTE NÃO CONHECIDO.* (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0046853-14.2016.8.26.0000, rel. Des. Francisco Casconi, j. em 09.11.2016).
>
> *"ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 2º do art. 43 da Lei Complementar Estadual nº 1.059, de 18 de setembro de 2008, com a redação dada pelo artigo 32, inciso VI, alínea 'b', da Lei Complementar Estadual nº 1.122, de 30 de junho de 2010. Controvérsia sobre a constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) da norma que, entretanto, não foi enfrentada de forma expressa pela C. Câmara suscitante. Necessidade dessa prévia manifestação como condição para o conhecimento do incidente. Inteligência dos artigos 480 e 481 do Código de Processo Civil. Precedentes deste C. Órgão Especial."* (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0059466-37.2014.8.26.0000, rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. em 03.12.2014).

Ante ao exposto, não se conhece da presente arguição de inconstitucionalidade, determinando-se o retorno dos autos à Colenda Câmara suscitante.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0056984-48.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM A ARGUIÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.904)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA, ELCIO TRUJILLO, ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, 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 e ÁLVARO PASSOS.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2017.

AMORIM CANTUÁRIA, Relator

Ementa: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 329 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. CONSTITUCIONALIDADE PROCLAMADA. INOCORRÊNCIA DE AFRONTA AO ARTIGO 5º, INCISO XIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DIREITO DE LIBERDADE INDIVIDUAL QUE SE MOSTRA LIMITADO, CONFORME APONTA O PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. CONDUÇÃO PROFISSIONAL DE VEÍCULO QUE PRESSUPÕE A NÃO CONDENAÇÃO NOS CRIMES PREVISTOS NO ARTIGO IMPUGNADO, ORDINARIAMENTE, VIOLENTOS. PROPORCIONALIDADE NA LIMITAÇÃO.

O artigo 329 do Código de Trânsito Brasileiro atende aos ditames constitucionais, pois, se, de um lado, o inciso XIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, traça a liberdade e a acessibilidade ao trabalho, ao ofício e à profissão, de outro, permite que sejam estabelecidas,

Acesso ao Sumário

por lei, determinadas qualificações profissionais, permitindo, como na hipótese, o exercício do Poder de Polícia pelo Administrador.

ARGUIÇÃO REJEITADA.

VOTO

ADRIANO BEZERRA GARCIA impetrou mandado de segurança contra ato do **DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, no qual narra ter iniciado o Curso de Formação de Condutores, para obter a habilitação referente à categoria "D", mas que foi desligado desse curso, por força do disposto no artigo 329, do CTB, ao fundamento de que está gozando de liberdade condicional, em processo no qual foi condenado pelo delito de roubo qualificado. Requer *"a antecipação de tutela, 'inaudita altera parte', com ordem judicial para que continue o Curso de Formação de Condutores exigido para a categoria 'B', para cumprimento urgente e imediato, ou, se assim não entender V. Exa., em audiência de justificação prévia a ser designada, com a imposição de multa diária no valor de R$ 1.000,00 (mil reais), ou outro valor que entender V. Exa. Adequado, nos termos do artigo 461, § 4º, do CPC, sem prejuízo de medidas outras que visem o resultado prático equivalente (art. 461, § 5º, CPC), para manutenção do tratamento de saúde"* ('sic' – fl. 14). Ao final, pleiteia pela procedência.

A r. sentença denegou a segurança (fls. 113/115).

Interposto recurso de apelação (fls. 206/216), foi processado, com resposta (fls. 220/223).

Distribuídos os autos à 12ª Câmara de Direito Público (fl. 229), a d. Procuradoria de Justiça, deixou de se manifestar, por entender ausentes seu interesse e legitimidade (fl. 231).

Em Sessão de Julgamento, realizada em 3 de maio de 2016, a 12ª Câmara de Direito Público, suscitou incidente de inconstitucionalidade de lei, nos termos dos artigos 948 a 950 do Código de Processo Civil (fls. 236/240).

Parecer, da douta Procuradoria de Justiça, pelo não acolhimento do incidente de inconstitucionalidade (fls. 249/257).

É o relatório.

A 12ª Câmara de Direito Público suscita a inconstitucionalidade do artigo 329 do Código de Trânsito Brasileiro, com a seguinte fundamentação:

> *"Tal hipótese não é, segundo me parece, de qualificações profissionais que a lei estabelecer para o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (Constituição Federal, artigo 5º, XIII), mas de simples restrição ao exercício de um trabalho ou profissão, de motorista profissional, em virtude de antecedente criminal.*

É também interessante que o impedimento legal esteja restrito a quadro espécies de crimes, de homicídio, roubo, estupro e corrupção de menores, com a nítida preocupação de prevenir os usuários dos serviços de transporte de passageiros de também serem vítimas desses crimes, sendo os dois últimos bastante específicos em relação à condução coletiva de escolares, para que não sofram abuso de natureza sexual.

Também se considera que os envolvidos com tais crimes tendem a repeti-los, o que costuma ser mais recorrente nos criminosos sexuais, em virtude de compulsão de difícil controle.

Com efeito, seria uma grande temeridade, por exemplo, admitir um criminoso sexual condenado em serviço de transporte de escolares.

O mesmo não se dá, segundo creio, com os envolvidos com crimes de homicídio, de regra ocasionais ou circunstanciais, e de roubo, pois tais crimes não são estimulados ou intensificados pelo trabalho com transporte de passageiros.

Outra seria a situação caso se buscasse meios para trabalhar com serviço de transporte de valores.

Condenados por homicídio e, sobretudo, por roubo, caso do autor, não buscariam se qualificar como motoristas profissionais, para serviço de transporte coletivo de passageiros, a não ser como meio lícito de subsistência.

Dessa forma, a condenação do autor por crime de roubo, como impedimento de se qualificar para o trabalho de motorista em serviço de transporte coletivo de passageiros, na forma do Código de Trânsito Brasileiro, pelo disposto no seu artigo 329, é incompatível com a garantia do artigo 5º, XIII, da Constituição Federal, de livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer, porquanto falta de antecedentes criminais não constitui qualificação profissional".

A arguição, no entanto, não merece prosperar.

O artigo 329 do Código de Trânsito Brasileiro tem a seguinte redação:

"Art. 329. Os condutores dos veículos de que tratam os arts. 135 e 136, para exercerem suas atividades, deverão apresentar, previamente, certidão negativa do registro de distribuição criminal relativamente aos crimes de homicídio, roubo, estupro e corrupção de menores, renovável a cada cinco anos, junto ao órgão responsável pela respectiva concessão ou autorização".

Os artigos 135 e 136, do mesmo diploma, dispõem:

"Art. 135. Os veículos de aluguel, destinados ao transporte individual ou coletivo de passageiros de linhas regulares ou empregados em qualquer serviço remunerado, para registro, licenciamento e respectivo emplacamento de característica comercial, deverão estar devidamente autorizados pelo poder público concedente".

Acesso ao Sumário

"Art. 136. Os veículos especialmente destinados à condução coletiva de escolares somente poderão circular nas vias com autorização emitida pelo órgão ou entidade executivos de trânsito dos Estados e do Distrito Federal, exigindo-se, para tanto:

I – registro como veículo de passageiros;

II – inspeção semestral para verificação dos equipamentos obrigatórios e de segurança;

III – pintura de faixa horizontal na cor amarela, com quarenta centímetros de largura, à meia altura, em toda a extensão das partes laterais e traseira da carroçaria, com o dístico ESCOLAR, em preto, sendo que, em caso de veículo de carroçaria pintada na cor amarela, as cores aqui indicadas devem ser invertidas;

IV – equipamento registrador instantâneo inalterável de velocidade e tempo;

V – lanternas de luz branca, fosca ou amarela dispostas nas extremidades da parte superior dianteira e lanternas de luz vermelha dispostas na extremidade superior da parte traseira;

VI – cintos de segurança em número igual à lotação;

VII – outros requisitos e equipamentos obrigatórios estabelecidos pelo CONTRAN".

Não há, na hipótese, afronta ao princípio da liberdade de escolha da profissão descrito no artigo 5º, inciso XIII, da Constituição da República:

"XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

O dispositivo apontado traz, em seu conteúdo, direito individual de liberdade e, como tal, sujeito a limitações. Algumas dessas limitações, aliás, vem descrita no próprio texto legal, qual seja, atender *"as qualificações profissionais que a lei estabelecer"*.

A respeito do tema, José Afonso da Silva leciona:

"1. LIBERDADE DE ESCOLHA PROFISSIONAL: CONCEITO E NATUREZA. O que denominamos de 'liberdade de ação profissional' não se encaixa em qualquer dos grupos anteriores das liberdades. Alguns chamam-na de 'liberdade de trabalho'. Não é, porém, como a entendemos, porque essa terminologia não exprime bem sua essência e porque não constitui direito social do trabalho, o qual merecerá consideração oportunamente. Será a 'liberdade de escolha do trabalho' um de seus aspectos. É mais que isso, porque também é liberdade de exercício de ofício e de profissão, consoante o enunciado do art. 5º, XIII.

O teor do dispositivo, de si, já demonstra que estamos diante de simples direito individual, não daquilo que a doutrina chama 'liberdade de conteúdo social', pois que ali não se garante o trabalho, não se assegura o conteúdo do trabalho, nem a possibilidade de trabalho, nem o emprego,

Acesso ao Sumário

nem tampouco as condições materiais para a investidura em um ofício ou para a aquisição de qualquer profissão. Isso, sim, seria direito social. O dispositivo confere liberdade de escolha de trabalho, de ofício e de profissão, de acordo com as propensões de cada pessoa e na medida em que a sorte e o esforço próprio possam romper as barreiras que se antepõem à maioria do povo. Confere, igualmente, a liberdade de exercer o que fora escolhido, no sentido apenas de que o Poder Público não pode constranger a escolher e a exercer outro. Quanto a saber se há ou não condições de aquisição de ofício ou de profissão escolhida, não é tema que preocupe o enunciado formal da norma. Como todo direito de liberdade individual, a regra limita-se a conferi-lo, sem se importar com as condições materiais de sua efetividade. Equivale a dizer, como a experiência o mostra, que, na prática, a liberdade reconhecida não se verifica em relação à maioria das pessoas, que não têm condições de escolher o trabalho, o ofício ou a profissão, sendo mesmo obrigadas a fazer o que nem sempre lhes apetece, sob pena de não terem o que comer. As épocas de recessão são pródigas em demonstrar o quanto o texto constitucional em exame é formal. Não quer isso dizer que seja inútil. É necessário que exista, e tem função importante, mormente se preenchido o vazio com medidas transformadoras da realidade econômico-social vigente. O que é realmente necessário é dar conteúdo a essa liberdade, estabelecendo condições materiais e efetivas de acessibilidade ao trabalho, ao ofício e à profissão" (*in Comentário Contextual à Constituição*, 7.ed. São Paulo, Malheiros, 2010, pp. 110-111).

Insista-se que, se de um lado o inciso XIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, traça a liberdade e a acessibilidade ao trabalho, ao ofício e à profissão, de outro, permite que sejam estabelecidas, por lei, determinadas qualificações profissionais.

Com esse intuito é que foi trazida a limitação do artigo 329, do Código de Trânsito Brasileiro, impedindo o exercício de atividade remunerada na condução de veículos por pessoas que tenham sido condenadas por crimes de homicídio, roubo, estupro e corrupção de menores.

Acesso ao Sumário

Nem se diga que o impedimento relativo aos autores de crimes de estupro e de corrupção de menores se destinaria apenas ao transporte escolar ou que os autores do crime de roubo estariam impedidos apenas do transporte de valores. Note-se que os crimes apontados pelo artigo 329, do CTB, são crimes que, ordinariamente, são praticados mediante grave violência e, cabe ao Poder Público estabelecer as necessárias regras, dentro de seu Poder de Polícia.

Essencial destacar, apenas para que não pairem dúvidas, que ao realizar o transporte de passageiros, quer de forma individual, quer de forma coletiva, o condutor tem em seu inteiro domínio os passageiros que transporta. Nesse

passo, se mostra absolutamente pertinente a exigência de que para realizá-lo, o condutor mostre uma conduta ilibada, ou ao menos, que não tenha sido condenado por um dos crimes apontados e que, induvidosamente, atingiu a integridade física de outra pessoa.

Nesse sentido, julgados desta Corte:

"APELAÇÃO. ATOS ADMINISTRATIVOS. PRETENSÃO DE REFORMA DA SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO MEDIATO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Ação interposta com o fim de obter a efetivação da inserção do Curso de Formação de Transporte Coletivo de Passageiros na CNH do recorrente. Impossibilidade. Exigência de apresentação de certidão negativa de distribuição criminal relativamente aos crimes de homicídio, roubo, estupro e corrupção de menores. Documento de fl. 18 demonstra que o impetrante está cumprindo pena em regime aberto. Documento de fl. 75 informa que a condenação do requerente decorre da prática de homicídio contra a ex-mulher. Inteligência do artigo 329 do CTB. Requisitos legais para obter a autorização do órgão de trânsito. Não atendimento. Observância da norma não implica na violação dos princípios constitucionais da presunção de inocência e da valorização do trabalho. Precedentes desta 9.ª Câmara de Direito Público. Sentença mantida. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO" (AC nº 0000253-59.2014.8.26.0531, rel. Des. José Maria Câmara Júnior, j. em 01/08/2016);

"Mandado de segurança. Pretensão de frequência em curso de transporte coletivo de passageiros. Impedimento diante da certidão positiva de distribuição criminal. Vedação que não viola os princípios da presunção da inocência e do livre exercício de atividade profissional. Atividade de interesse público que exige absoluta segurança, não podendo ser conferida à pessoa sobre quem recai a dúvida concreta sobre a prática de crimes. Exegese do artigo 329 CTB. Recurso provido" (AC nº 0028654-81.2013.8.26.0053, rel. Des. Oscild de Lima Júnior, j. em 11/11/2014);

"MANDADO DE SEGURANÇA. Pedido de alvará para o exercício da profissão de moto-táxi. Pedido indeferido, com base na Lei Municipal de Tupã nº 4.186/2005, art. 8º, inc. VI, e art. 329 do CTB. Legislações que estabelecem que para o exercício da profissão de moto-táxi não pode o condutor possuir antecedentes criminais ou, se os possuir, já ter cumprido a pena imposta, na hipótese de, entre outros crimes, o de roubo, devendo apresentar, para tanto, certidão negativa do distribuidor criminal, renovável a cada cinco anos. Autor que cumpria pena por condenação em crime de roubo na data do pedido administrativo. Decisão denegatória da segurança mantida. Recurso improvido" (AC nº 9190845-89.2007.8.26.0000, rel. Des. Maria Laura Tavares, j. em 17.09.2012);

"APELAÇÃO CÍVEL. Mandado de segurança. Condução de veículo

Acesso ao Sumário

para o transporte de passageiros ou de escolares. Necessidade de autorização do órgão de trânsito, após participação do interessado em curso preparatório. Exigência pelo artigo 329 do CTB de apresentação de certidão negativa de distribuição criminal para os crimes de homicídio, roubo, estupro e corrupção de menores. Impetrante condenado em primeiro grau em duas ações criminais, pela prática dos crimes de homicídio duplamente qualificado e tentativa de estelionato continuado, com falsificação de documento e uso de documento falso. Ausência de ofensa aos princípios constitucionais da presunção de inocência e da valorização do trabalho. Sentença de improcedência mantida. Recurso não provido" (AC nº 0022184-73.2000.8.26.0053, rel. Des. Oswaldo Luiz Palu, j. em 20/06/2012);

"MANDADO DE SEGURANÇA – Impetrante condenado por crime de roubo pretende realizar curso de formação para conduzir veículo coletivo – Crime constante no rol do artigo 329 do CTB – Alegação de ofensa ao princípio constitucional do valor social do trabalho – Inconsistente – Artigo 5º, XIII da CF assegura o livre exercício profissional, desde que preenchidos os requisitos necessários – Proibição prevista no artigo 329 do CTB que visa à proteção da coletividade – Norma que está em consonância com os ditames constitucionais – Recurso desprovido" (AC nº 0033088-55.2009.8.26.0053, rel. Des. Sergio Gomes, j. em 15/02/2012).

"Apelação Cível. Obrigação de Fazer. Reexame necessário Não conhecimento. Condutor de transporte coletivo. Necessidade de aprovação em curso específico. Instituições credenciadas pelo DETRAN, as quais exigem a apresentação de certidão negativa criminal. Interessado que não preenche os requisitos necessários, vez que responde a três processos crimes, e em outro, já cumpriu pena. Exigência no que toca ao art. 329 do CTB concernente a habilitação especial autorizada pelo art. 5º, inciso XIII, da CF. Poder de Polícia (fiscalização) da Administração Pública. Sentença confirmada. Não se conhece da remessa oficial e nega-se provimento ao recurso interposto" (AC nº 0031979-06.2009.8.26.0053, rel. Des. Ricardo Anafe, j. em 28/09/2011).

Assim, como bem concluiu o Subprocurador-Geral de Justiça, Nilo Spinola Salgado Filho, em seu r. parecer:

"Evidencie-se que referidas exigências são proporcionais e estão em consonância com o direito à segurança previsto no art. 5º, 'caput', da Constituição Federal, na medida que se trata de atividade de interesse público, justificando que órgão responsável pela respectiva concessão ou autorização, no exercício e seu poder de polícia, preserve a segurança e a integridade física do passageiro que se utilizará do meio de transporte, limitando direitos individuais em benefícios de interesses coletivos" (fl. 254).

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, **REJEITA-SE A ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE**. Na sequência, remetam-se os autos à douta Câmara suscitante para prosseguimento do julgamento do **writ**.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0056929-97.2016.8.26.0000, da Comarca de Orlândia, em que é suscitante 4ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 37ª 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 37ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO 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 30.166)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, 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 e BERETTA DA SILVEIRA.

São Paulo, 7 de dezembro de 2016.

ELCIO TRUJILLO, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação de consignação em pagamento – Demanda fundada em dúvida acerca do real legitimado para perceber o valor consignado, objetivando a extinção da obrigação de pagamento das cabeças de gado – Negócio jurídico

Acesso ao Sumário

de natureza privada – Aplicação do art. 5º, inciso III, alínea "III.14", da Resolução nº 623/2013, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça/SP – Ademais, a competência dos diversos órgãos da Corte é firmada pelos parâmetros delimitados na petição inicial (art. 103, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça/SP) – CONFLITO PROCEDENTE para reconhecer a competência da 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça/SP para conhecer e julgar da apelação interposta.

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito de competência suscitado pelo Exmo. Sr. Desembargador Relator da 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça/SP (v. acórdão de fls. 801/813), em face do Exmo. Sr. Desembargador Relator da 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça/SP (v. acórdão de fls. 790/792).

Inicialmente distribuída a apelação para a 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça/SP (fls. 788), declinou esta de julgá-la, sob o argumento de que a obrigação decorre de ato de poder de polícia (v. acórdão de fls. 790/792).

Redistribuído o recurso para a 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça/SP (fls. 796), esta entendeu por bem suscitar o presente conflito negativo, eis que a demanda, em realidade, busca a extinção da obrigação de pagar a compra do gado bovino, de modo que a discussão acerca da multa administrativa sequer fez parte do pedido formulado pela empresa-autora (V. acórdão de fls. 801/813).

É o relatório.

Rodopa Exportação de Alimentos e Logística Ltda. ajuizou ação de consignação em pagamento contra o Escritório de Defesa Agropecuária de Orlândia, Osvaldo Batista Freiria e Arnaldo Geraldo Gomes (fls. 2/9).

Argumenta ser empresa que explora o ramo de frigorífico e que, em 19 de novembro de 2010, negociou a compra de 58 (cinquenta e oito) cabeças de gado, cuja negociação foi intermediada por Arnaldo Geraldo Gomes; que a Guia de Trânsito Animal foi supostamente expedida por Francisco Antonio de Castro Esteves (fls. 68); que a fiscalização no documento sanitário indicou suspeita de fraude na respectiva emissão (fls. 72); que, em 1º de dezembro de 2010, Arnaldo enviou cópias de documentos que, em tese, demonstravam a origem do gado, constando como emitente Osvaldo Batista Freiria (fls. 83/93).

Daí o ajuizamento da ação consignatória, em razão da falta de conhecimento do legítimo proprietário da importância.

Ao final, a demanda foi julgada extinta, sem resolução de mérito, com fundamento no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil/1973 (vigente à época) – r. sentença de fls. 738/740.

Inconformada, a autora apresentou recurso de apelação (fls. 745/759).

Pois bem.

Rodopa Exportação de Alimentos e Logística Ltda. ajuizou a presente demanda com fundamento em dúvida acerca do real legitimado para perceber o valor consignado, objetivando a extinção da obrigação de pagamento das cabeças de gado.

A matéria, portanto, refere-se a negócio jurídico privado.

Dispõe a Resolução nº 623/2013, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça/SP:

> *"**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:*
>
> .....
>
> ***III** – Terceira Subseção, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:*
>
> .....
>
> ***III.14** - Ações que versem sobre a posse, domínio ou negócio jurídico que tenha por objeto coisas móveis, corpóreas e semoventes;*
>
> ....."

De outra parte, a legitimidade (ou não) da autuação administrativa realizada pelos representantes do Escritório de Defesa Agropecuária de Orlândia não constituem objeto da presente demanda.

Assim, em razão da matéria, a competência para análise da matéria posta no recurso de apelação é da Seção de Direito Privado (Terceira Subseção).

Ainda: A competência dos diversos órgãos da Corte é firmada pelos parâmetros delimitados na petição inicial, nos termos do art. 103[1], do Regimento Interno do Tribunal de Justiça/SP.

Nesse sentido, a jurisprudência:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE

Acesso ao Sumário

1 *"**Art. 103**. 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."*

DANOS MATERIAIS AJUIZADA PELA FAZENDA PÚBLICA CONTRA PARTICULAR – ACIDENTE DE TRÂNSITO – DEMANDA FUNDADA NA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL – AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – COMPETÊNCIA PREFERENCIAL QUE SE FIXA MEDIANTE OS TERMOS DA PETIÇÃO INICIAL – COMPETÊNCIA DA SUBSEÇÃO III DE DIREITO PRIVADO.

1. O fato de a requerente ser pessoa jurídica de direito público não atrai a competência para a Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça, na medida em que os termos da demanda, tais como postos na petição inicial, revelam se tratar de discussão acerca de responsabilidade civil extracontratual, fundada na culpa aquiliana, ou seja, matéria regida pelo direito privado. A requerente chega mesmo a invocar os arts. 186 e 927 do Código Civil, que tratam da responsabilidade civil por ato ilícito.

2. Conflito de competência julgado procedente para o fim de fixá-la junto à 30ª Câmara de Direito Privado deste e. Tribunal de Justiça.

(Conflito de Competência nº 0056647-64.2013.8.26.0000 – Órgão Especial do Tribunal de Justiça/SP, Rel. Des. Artur Marques, julgado em 5 de junho de 2013, julgaram o conflito procedente, votação unânime)

Conflito de competência – Ação de Reparação de Danos proposta pela Fazenda Pública – Hipótese em que policial militar abalroou, com a viatura oficial, veículo de particular que se encontrava regularmente estacionado – O artigo 2º, inciso III, letra "c" da Resolução 194/2004 deste Órgão Especial expressamente prevê que serão da competência preferencial das 25ª a 36ª Câmaras de Direito Privado as ações desta natureza – Irrelevância, na hipótese, da natureza jurídica da parte, uma vez que não está sub judice a responsabilidade da Fazenda Pública – Competência da Câmara suscitante – Precedentes do Órgão Especial – Determinação à Secretaria.

(Conflito de Competência nº 0176689-79.2012.8.26.0000 – Órgão Especial do Tribunal de Justiça/SP, Rel. Des. Walter de Almeida Guilherme, julgado em 17 de outubro de 2012, julgaram o conflito procedente, votação unânime)

Pelo exposto, julgo **PROCEDENTE** o conflito, com o reconhecimento da competência da 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça/SP para conhecer e julgar da apelação interposta.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0053558-28.2016.8.26.0000, da Comarca de Santa Bárbara D'Oeste, em que é suscitante 6ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 6ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. PAULO DIMAS MASCARETTI. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. ADEMIR BENEDITO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.926)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, 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 e SÉRGIO RUI.

São Paulo, 7 de dezembro de 2016.

SALLES ROSSI, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação de reintegração de posse derivada de contrato de cessão de uso de área para exploração de cantina – Pedido inicial que está fundado em normas de direito civil no âmbito privado, sem relação com o direito administrativo – Partes litigantes igualmente de natureza privada – Circunstâncias que implicam no reconhecimento da competência da Primeira Subseção de Direito Privado para o julgamento da causa, a teor do que dispõe o art. 5º, inciso I, I.25, da Resolução TJSP 623/2013 – Conflito de competência conhecido e julgado procedente, para reconhecer competente a Colenda 6ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de Conflito de Competência suscitado pela 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo em relação à 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, em recurso de apelação interposto contra a sentença (fls. 232/237) proferida em ação de Reintegração de Posse que tramitou perante a 3ª Vara Cível da Comarca de Santa Bárbara D'Oeste/SP.

Inicialmente os autos foram distribuídos ao ilustre Desembargador GOMES VARJÃO, relator da E. 34ª Câmara de Direito Privado, que sob o argumento de que a causa de pedir versa sobre contrato administrativo de cessão de uso de imóvel, entendeu que a competência seria da Seção de Direito Público ou então da Subseção de Direito Privado I, na medida em que a posse deriva de contrato firmado entre as partes (fls. 313/319).

A 8ª Câmara de Direito Público, tendo como relator o Desembargador LEONEL COSTA, argumentou que a relação jurídica não envolve pessoas de Direito Público e nem mesmo matéria desse jaez, centrando-se a controvérsia em descumprimento por parte da ré de contrato de cessão de uso, de caráter privado, de sorte que a competência seria da Subseção de Direito Privado I (fls. 327/330).

A E. Câmara suscitante, por fim, alegou que a matéria é afeta à Seção de Direito Público, porquanto a ação tem como objeto pacto entre elas celebrado que ostenta natureza jurídica de contrato público (fls. 335/337).

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fls. 344/349.

É o relatório.

A competência, em regra, não é definida pela qualidade das partes, mas em razão da matéria, a partir dos fundamentos invocados e pedidos formulados na inicial, a teor do que dispõe o artigo 103, do Regimento Interno desta E. Corte de Justiça, *in verbis*: *"A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la".*

Acesso ao Sumário

No caso em debate, buscou-se a reintegração de posse de espaço objeto de contrato de cessão de uso de área para exploração de cantina (fls. 47/53) firmado entre as partes, em razão do descumprimento do mesmo pela ré.

Claro, portanto, que o pedido inicial está fundado em normas de direito civil no âmbito privado, cujo objeto é a cessão de uso imobiliário, de modo que as consequências jurídicas de seu inadimplemento ostentam caráter privado e não público.

De se pontuar também que nem mesmo as partes contratantes são pessoas de Direito Público. De um lado o SENAI e de outro uma sociedade simples de

responsabilidade limitada.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, na obra DIREITO ADMINISTRATIVO, 29ª edição, Editora Forense, às págs. 608/609, ao discorrer acerca da natureza dos serviços sociais autônomos, observa que:

"(...) consoante Hely Lopes Meirelles (2003:362), 'são todos aqueles instituídos por lei, com personalidade de Direito Privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou contribuições parafiscais. São entes paraestatais, de cooperação com o Poder Público, com administração e patrimônio próprios, revestindo a forma de instituições particulares convencionais (fundações, sociedades civis ou associações) ou peculiares ao desempenho de suas incumbências estatutárias'. (...) Essas entidades não prestam serviço público delegado pelo Estado, mas atividade de interesse público (serviços não exclusivos do Estado) (...) Não se trata de atividade que incumbisse ao Estado, como serviço público, e que ele transferisse para outra pessoa jurídica, por meio do instrumento da descentralização. Trata-se, isto sim, de atividade privada de interesse público que o Estado resolveu incentivar e subvencionar".

Pertinente a anotação constante do acórdão proferido pela E. Câmara suscitada de que *"o fato desses entes de cooperação apresentarem algumas características peculiares, como a sujeição a procedimento licitatório, não consiste em elemento apto para alteração da competência, uma vez que tal sujeição decorre unicamente da possibilidade de arrecadação de tributos e consequente controle e supervisão pelos órgãos especializados"*.

Destarte, seja pelo objeto em discussão ou mesmo pela qualidade das partes, de natureza privada, a competência para o julgamento da causa é da Primeira Subseção de Direito Privado.

O art. 5º, inciso I, I.25, da Resolução TJSP 623/2013, estabelece competir à Primeira Subseção de Direito Privado o julgamento das *"ações relativas a compra e venda, compromisso de compra e venda,* ***cessão****, promessa de cessão de direitos de compromissos, bem como adjudicação compulsória,* ***que tenham por objeto coisa imóvel****, ressalvadas aquelas sujeitas ao estatuto das licitações e contratos administrativos"*.

Assim já se pronunciou o Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça:

0014749-66.2016.8.26.0000 Conflito de competência/Contratos Administrativos

Relator: Carlos Bueno

Comarca: Guarujá

Órgão julgador: Órgão Especial

Data do julgamento: 08/06/2016

Acesso ao Sumário

Data de registro: 13/06/2016

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Apelação cível. Adjudicação compulsória de bem imóvel. Pedido inicial fundado em normas de direito civil que regem a outorga de escritura de compra e venda. Irrelevância de figurar no polo passivo pessoa jurídica de direito público. Inexistência de teses com fundamento na lei de licitações e de contratos administrativos. Competência da Primeira Subseção de Direito Privado para julgamento da causa presente. Conflito conhecido e provido para determinar o retorno dos autos à C. 6ª Câmara de Direito privado.

0020497-79.2016.8.26.0000 Conflito de competência/Dívida Pública Mobiliária

Relator: Arantes Theodoro

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: Órgão Especial

Data do julgamento: 01/06/2016

Data de registro: 02/06/2016

Ementa: Conflito de competência. Ação aforada por compromissário comprador de imóvel contra o IPESP com o fim de ver reconhecida a inexistência de débito pertinente àquele negócio jurídico e compelir o réu a outorgar escritura definitiva. Propositura que versa sobre contrato regido pelo direito privado e cuja finalidade se esgota nessa mesma seara. Competência recursal determinada pelo artigo 5º item I.25 da Resolução 623/2013. Irrelevância do fato de se cuidar de ajuizamento contra autarquia estadual. Competência, no caso, da Câmara suscitada.

À vista do exposto, pelo meu voto, conheço do conflito e o julgo procedente para reconhecer competente a Colenda 6ª Câmara da Seção de Direito Privado, para processar e julgar o recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0048888-44.2016.8.26.0000, da Comarca de Olímpia, em que é suscitante 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 6ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 6ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. RICARDO ANAFE. FARÁ

DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. JOÃO CARLOS SALETTI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.170)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), FRANCISCO CASCONI, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, MOREIRA VIEGAS, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, ANTONIO CARLOS MALHEIROS e MOACIR PERES julgando o conflito procedente e competente a 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; e JOÃO CARLOS SALETTI (com declaração), RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, PÉRICLES PIZA e MÁRCIO BARTOLI julgando o conflito procedente e competente a 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

São Paulo, 14 de dezembro de 2016.

RICARDO ANAFE, Relator Designado

Ementa: Conflito de Competência.

Declaração de inexistência de débito – Cobrança de contribuição associativa instituída por meio de assembleia geral extraordinária – Apelação distribuída a Desembargador com assento na 6ª Câmara de Direito Privado que, entendendo pela incompetência do órgão julgador, não conheceu do recurso – Autos redistribuídos a 6ª Câmara de Direito Público, que não conheceu do recurso e suscitou conflito de competência – Pedido e causa de pedir que não envolvem cobrança de contribuição de natureza parafiscal exigida por lei, mas sim de contribuição associativa, instituída por manifestação de vontade de pessoa jurídica de direito privado, sem qualquer vinculação do Estado na sua fixação – Matéria de competência recursal da 6ª Câmara de Direito Privado, nos termos da Resolução nº 623/2013 – Conflito de competência procedente.

Julga-se procedente o conflito de competência para declarar competente a Colenda 6ª Câmara de Direito Privado (suscitada) para o julgamento do recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de conflito de competência em apelação interposta por Carlos Humberto Olmos contra decisão que, em ação de rito ordinário em face da Associação dos Fornecedores de Cana de Açúcar de Olímpia objetivando ver declarada a inexistência de débito, julgou improcedente o pedido e condenou o autor em verba honorária (fl. 136/141).

Os autos foram distribuídos à Colenda 6ª Câmara de Direito Privado, que não conheceu do recurso, determinando a redistribuição a uma das Câmaras de Direito Público (fl. 169/172).

Redistribuídos os autos, a Colenda 6ª Câmara de Direito Público igualmente não conheceu do recurso e suscitou conflito de competência (fl. 179/184).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é no sentido de reconhecer a competência da Colenda 6ª Câmara de Direito Público para conhecer, processar e julgar o recurso (fl. 191/198).

É o relatório.

2. Carlos Humberto Olmos move em face da Associação dos Fornecedores de Cana de Açúcar de Olímpia ação declaratória de inexistência de débito cumulada com anulação de protesto, objetivando ver declarada a ilegalidade e inexigibilidade do título e a nulidade do protesto.

Julgado improcedente o pedido (fl. 136/141), insurge-se o autor interpondo a Apelação Cível nº 0007041-94.2014.8.26.0400 (fl. 145/149).

Os autos foram distribuídos ao Relator Desembargador Paulo Alcides Amaral Salles, com assento na Colenda 6ª Câmara de Direito Privado que, entendendo se tratar de matéria cujo conhecimento e julgamento insere-se na competência das Câmaras de Direito Público, não conheceu do recurso (fl. 169/172). Redistribuídos os autos à Relatora Desembargadora Maria Olívia Alves, com assento na Colenda 6ª Câmara de Direito Público, igualmente não conheceu do recurso e suscitou conflito de competência (fl. 179/184).

Acesso ao Sumário

A Resolução nº 623/2013, que dispõe sobre a composição do Tribunal de Justiça e fixa a competência de suas Seções, assim estabelece em seu artigo 5º:

> **"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.1 Ações relativas a fundações de Direito Privado, sociedades,**

inclusive paraestatais, associações e entidades civis, comerciais e religiosas;

(...)

II – Segunda Subseção, composta pelas 11ª a 24ª Câmaras, e pelas 37ª e 38ª, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:

(...)

III – Terceira Subseção, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:

(...)"

Na espécie, cumpre ressaltar que a questão de fundo não diz respeito à cobrança de contribuição obrigatória prevista no artigo 36, da Lei nº 4.870, de 1º de dezembro de 1965, revogada pelo artigo 38, da Lei nº 12.865, de 09 de outubro de 2013, mas sim de contribuição ao Plano de Assistência Social (PAS) ao trabalhador do setor canavieiro, instituída pela Associação dos Fornecedores de Cana de Açúcar de Olímpia, pessoa jurídica de direito privado, em assembleia geral extraordinária. Essa é a causa de pedir da ação.

Deveras, no pedido inicial, não se pretende ver declarada a inexistência de débito relativo à cobrança da contribuição de natureza parafiscal, mas se insurge contra a cobrança de contribuição associativa, como dito alhures.

No caso concreto, é preciso distinguir a contribuição social instituída por lei, de interesse das categorias profissionais (Cf. artigo 149, da Constituição Federal), com caráter tributário, da denominada contribuição ao Plano de Assistência Social, aprovada em assembleia geral extraordinária da Associação ré. A primeira é contribuição parafiscal, espécie tributária, e compulsória; a segunda, no entanto, é compulsória apenas para os filiados da associação, observando-se que a Constituição Federal garante a liberdade de associação em seu artigo 5º, inciso XVII.

Desta feita, busca o autor a declaração de nulidade da cobrança de contribuição associativa, isto é, instituída por manifestação de vontade de pessoa jurídica de direito privado, sem qualquer vinculação do Estado na sua fixação, independentemente de lei anterior e, portanto, incompatível com a classificação de tributo.

Sobre o tema, confira-se o julgado do Supremo Tribunal Federal:

"(...) Primeiro que tudo, é preciso distinguir a contribuição sindical, contribuição instituída por lei, de interesse das categorias profissionais – art. 149 da Constituição – com caráter tributário, assim compulsória, da denominada contribuição confederativa, instituída pela assembléia geral da entidade sindical – C. F., art. 8º, IV. A primeira, conforme foi dito, contribuição parafiscal ou

Acesso ao Sumário

especial, espécie tributária, é compulsória. A segunda, entretanto, é compulsória apenas para os filiados do sindicato.

No próprio inc. IV do art. 8º da Constituição Federal, está nítida a distinção: 'a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei'. (Grifei).

José Afonso da Silva, dissertando a respeito, escreve que 'há, portanto, duas contribuições: uma para custeio de confederações e outra de caráter parafiscal, porque compulsória estatuída em lei, que são, hoje, os arts. 578 e 610 da CLT, chamada 'Contribuição Sindical', paga, recolhida e aplicada na execução de programas sociais de interesse das categorias representadas.' (José Afonso da Silva, 'Curso de Dir. Const. Positivo', Malheiros Ed., 12ª Ed., 1996, pág. 293).

Como dizíamos, a contribuição confederativa, que não é tributo, não é compulsória para os empregados não filiados à entidade sindical.

O tributo é que tem caráter compulsório. A compulsoriedade, aliás, é traço caracterizador do tributo (CTN, art. 3º). A sua instituição depende de lei. Já a contribuição confederativa, por não ser tributo, por não ser instituída por lei – C.F., art. 8º, IV – é obrigatória apenas para os filiados ao sindicato, convindo esclarecer que a Constituição, em seguida à instituição da contribuição confederativa – art. 8º, IV – dispôs, no inciso V do citado art. 8º, que 'ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato', na linha, aliás, de que 'é plena a liberdade de associação para fins lícitos' (C. F., art. 5º, XVII) e que 'ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado'. (C. F., art. 5º, XX)". (STF, RE 198.092-3/SP, Relator Ministro Carlos Velloso, 2ª Turma, julgado em 27/08/1996, DJ de 11/10/1996).

Nesse passo, aplicada a regra de competência recursal vigente, resta afastada a competência da Colenda 6ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça e necessariamente fixada a competência da Colenda 6ª Câmara de Direito Privado para a apreciação do recurso interposto.

Por epítome, conhece-se do conflito e julga-se procedente o conflito de competência para declarar competente a Colenda 6ª Câmara de Direito Privado (suscitada), que compõe a Subseção de Direito Privado I, para o julgamento do recurso.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, conheço do conflito e julgo-o procedente para declarar competente a Colenda 6ª Câmara de Direito Privado.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 27.540)

Respeitado o entendimento da Ilustrada Maioria, conservei o meu voto, por convencido de que, no caso concreto, e de conformidade com as regras de competência interna incidentes, competente é a E. Câmara suscitante.

Conservo o relatório que apresentara para o conhecimento dos ilustres Membros do Órgão Especial, por entender necessário à compreensão da controvérsia, como segue.

A r. sentença de fls. 136/141 julgou improcedentes a "ação declaratória de inexistência de débito c.c. anulação de protesto", bem como as ações em apenso ("ação declaratória de inexistência de débito c.c. anulação de protesto" – autos 0007270-54.2014.8.26.0400 e "medida cautelar de sustação de protesto, com pedido de liminar" – autos 0006615-82.2014.8.26.0400).

Apelou o autor (fls. 145/149). O recurso foi respondido (fls. 158/162).

O recurso foi distribuído à 6ª Câmara de Direito Privado (Relator o Desembargador PAULO ALCIDES, fls. 165), que dele não conheceu e determinou a remessa dos autos a uma das Câmaras da Seção de Direito Público (fls. 169/172), porque:

> *"A matéria em questão, relacionada à legalidade ou não da cobrança de contribuição parafiscal (lastreada na Lei nº 4.870/65), não se insere na competência das Câmaras de Direito Privado desta Corte.*
>
> *"Este Tribunal tem decidido reiteradamente que ações desta natureza eminentemente tributária, devem ser julgadas pela Seção de Direito Público.*
>
> *"Nesse sentido:*
>
> *"... (AI nº 2025239-84.2014.8.26.0000, Rel. Claudio Godoy, j. em 18/03/2014).*
>
> *"... (Apelação n. 0002547-53.2012.8.26.0370, Relator(a): Ramon Mateo Júnior; Comarca: Monte Azul Paulista; Órgão julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial)*
>
> *"... (Apel. 005129-20.2012.8.26.0081, Relator(a): Roberto Mac Cracken; Comarca: Adamantina; Órgão julgador; 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data do julgamento: 01/07/2013; Data de registro: 15/07/2013)."*

O recurso foi ter então à 6ª Câmara de Direito Público (Relatora a Desembargadora MARIA OLÍVIA ALVES, fls. 176), que, igualmente, declinou da competência e suscitou este conflito (fls. 179/184), porque:

> *"Não se olvida do entendimento jurisprudencial, prevalente neste*

Acesso ao Sumário

Egrégio Tribunal de Justiça, no sentido de que a competência para julgar ações cujo objeto seja a contribuição prevista no artigo 36 da Lei nº 4.870/65 seria das Câmaras de Direito Público, eis que se trata de contribuição de natureza parafiscal.

"Todavia, a hipótese aqui é diversa.

"Isso porque o autor não pretende ver declarada a inexistência de débito relativo à cobrança da mencionada contribuição prevista na Lei nº 4.870/65, mas se insurge contra a cobrança de contribuição instituída por meio de assembleia extraordinária.

"Da análise detida do caso, se depreende que, não obstante a contribuição prevista no artigo 36 da Lei nº 4.870/65 tenha sido revogada pelo artigo 42, inciso IV, da Lei nº 12.865, de 09 de outubro de 2013, a ré, Associação dos Fornecedores de Cana de Açúcar da Região de Olímpia, após a realização de assembleia extraordinária, houve por bem, manter a cobrança da contribuição de 2% (dois por cento), facultado o desligamento dos seus associados.

"E é contra esta cobrança que se insurge o autor, sob alegação de que houve irregularidades na assembleia extraordinária e de que a contribuição não poderia ter sido mantida, além de afirmar que não lhe foi dada ciência da possibilidade de desligamento dos quadros da associação.

"Ou seja, não se trata aqui de controvérsia sobre a cobrança de contribuição parafiscal exigida por lei, mas sim de contribuição exigida do associado por associação, após sua aprovação em assembleia extraordinária.

"Assim, a relação jurídica é eminentemente de direito privado e não público.

"E, nos termos do artigo 5º, inciso I.1, da Resolução nº 623/13, as ***"ações relativas a fundações de Direito Privado, sociedades, inclusive as paraestatais, associações e entidades civis, comerciais e religiosas"*** *integram a competência recursal da Primeira Subseção de Direito Privado.*

"Nesse sentido já decidiu este egrégio Tribunal de Justiça:

"... (cf. Ap. 0048135-59.2007.8.26.0564, rel. Des. Eros Piceli, 33ª Câmara de Direito Privado, j. 16-7-2012).

"... (cf. Ap. nº 0002061-59.2012.8.26.082, rel. Des. Bonilha Filho; Comarca: Boituva, 26ª Câmara de Direito Privado, j. 26-11-2014)."

A douta Procuradoria manifestou-se pelo reconhecimento da competência da 6ª Câmara de Direito Público (fls. 191/198).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

1. Como "regra, a competência recursal fixada em razão da matéria leva em consideração a *causa petendi* remota, isto é, o fato gerador do direito", consoante já afirmou v. decisão do C. Órgão Especial (Dúvida de Competência nº 183.628.0/2-00, relator o Desembargador BORIS KAUFFMANN, j. 18.11.2009, v.u.). Define-se a competência dos diversos órgãos da Corte pelos termos do pedido inicial, estabelece o artigo 103 do Regimento Interno, tendo a norma por pressuposto lógico a causa de pedir que lhe dê sustentação. Com esse enfoque é examinada a questão.

Na petição inicial da ação (fls. 2/8), o autor afirma: **a)** é produtor de cana de açúcar, promovendo a venda de sua safra para a empresa Guarani S.A., na Cidade de Olímpia; **b)** desde o início, a Usina Guarani S.A. promovia o desconto no pagamento da contribuição prevista na alínea "b", do art. 36, da Lei nº 4.870/1965, do que se denota que "a aplicação dos percentuais era obrigatória e os recursos deveriam ser administrados pela requerida"; **b)** o art. 36 da Lei 4.780/1965 foi revogado pelo art. 38 da Lei 12.865/2013; **c)** invoca ainda os termos do art. 42 e 43 da Lei 12.865/2013; **d)** a Lei 12.865 foi publicada em 10.10.2013; a partir de então cessou sua obrigação de contribuir, em virtude de a obrigação ter sido extinta por lei; **e)** a ré, todavia, continuou a receber os valores mensais, até que, no mês de abril de 2014, a própria usina cessou o desconto de valores nas notas fiscais de vendas de cana de açúcar produzidas pelo autor, conforme o determinado na Lei 12.865/2013; **f)** ocorre que, mesmo após referida revogação, bem como do não repasse da contribuição obrigatória pela usina, a ré passou a emitir boletos sem o consentimento do autor, para promover tais recebimentos, infringindo o determinado pela Lei 12.865/2013; **g)** ainda, a ré, "não satisfeita com o não pagamento dos valores ilegais", enviou a protesto título que não possui aceite, devendo ser decretada a ilegalidade e inexigibilidade do título e a nulidade do protesto.

2. Como se vê, a ação trata de contribuição social prevista no art. 36 da Lei 4.870/1965 (revogado pela Lei 12.865/2013), contribuição essa que tem caráter tributário e parafiscal (art. 149 CF).

Este Órgão Especial já decidiu neste sentido, em situação semelhante e envolvendo as mesmas Câmaras:

> *"Incontroverso que o valor cobrado diz respeito a uma contribuição especial de intervenção no domínio econômico, lastreando-se a pretensão na Lei n. 4.870/65 (art. 64) e no Decreto n. 3.855/41 (art. 144 e seg). E a discussão sobre a competência recursal não é nova, tendo este C. Órgão Especial assentado que essa contribuição possui realmente caráter tributário e parafiscal e que, assim, insere-se a matéria na competência da Seção de Direito Público da Corte.*

Acesso ao Sumário

"A Dúvida de Competência n. 171.893-0/8-00, relatada pelo desembargador Penteado Navarro e julgada em 11 de março de 2009 assim ficou ementada: "Dúvida de competência em grau de recurso. Ação de cobrança de contribuição social devida à Associação dos Fornecedores de Cana da Região de Catanduva. Declinação de competência pela ***6ª Câmara de Direito Privado****. Dúvida suscitada pela* ***6ª Câmara de Direito Público****. Contribuição que tem caráter tributário e parafiscal (CF, arts. 149, caput, e 195, I; CTN, art. 3º). Competência da Câmara suscitante (CF, art. 96, I, a; CPC, art. 123; R.I. art. 184, VIII) – Dúvida procedente, com declaração da câmara competente e remessa a ela dos autos do processo" (observe-se que são exatamente as câmaras envolvidas na presente dúvida).*

"Ainda nesse sentido a Dúvida de Competência n. 176.709-0/6-00, relatada pelo desembargador Mathias Coltro e julgada em 24.06.09, com a seguinte ementa: "Dúvida de competência. Ação de cobrança ajuizada por Cooperativa de Crédito Agrícola visando recebimento de valores decorrentes da contribuição prevista no art. 36, b, da Lei n. 4.870/65 – Contribuição que ostenta caráter tributário e parafiscal – Matéria afeta à Seção de Direito Público deste Tribunal de Justiça – Precedente recentíssimo deste Colendo Órgão Especial – Competência da E. 13ª Câmara de Direito Público."

"As decisões mencionadas encontram-se amparadas em lições doutrinárias (Roque Carraza, Brito Machado, Alexandre de Moraes) e em jurisprudência do Supremo Tribunal, cuidando-se de orientação a ser seguida na oportunidade, como salienta lúcido parecer da Procuradoria Geral de Justiça." (Conflito de Competência nº 994.09.231482-2, Relator Desembargador CORRÊA VIANNA, j. 17.03.2010). (negritei)

Este Órgão Especial já decidiu em casos assemelhados:

"Todavia – e aqui reside o ponto nodal ao deslinde da questão – a competência recursal no caso presente não se atrela à natureza da pessoa jurídica componente do polo ativo ou, ainda, da prestação de serviços per si*, mas sim à parafiscalidade da contribuição, abstraída das normas constitucional e infraconstitucional de regência, em especial o art. 3º, § 1º do Decreto-lei nº 9.403, de 25/06/1936:*

"(...)

"Como se denota, a contribuição – que incide sobre determinado percentual sobre a remuneração paga pelos estabelecimentos industriais a todos os seus empregados – insere-se na competência exclusiva da União, ex vi *do art. 149 da Constituição Federal, abstraindo-se a respectiva parafiscalidade também das disposições contidas nos arts.*

Acesso ao Sumário

195, da Carta Magna e 240, do ADCT, que recepcionou o art. 3º do Decreto-lei nº 9.403/46 acima transcrito.

"(...)

"Em sendo assim, ainda que a Resolução nº 623/2013, art. 3º, item I.8 taxativamente atribua às 1ª a 13ª Câmaras de Direito Público desta Corte competência recursal para as ações e execuções de natureza fiscal ou parafiscal de interesse da Fazenda do Estado e de suas autarquias e contribuições sindicais, tenho para mim que justamente por tratar-se de cobrança de contribuição destinada à entidade paraestatal prestadora de serviço social vinculada ao sistema nacional recepcionada pela Constituição Federal, possuindo, portanto, característica parafiscal/tributária, outra alternativa não me socorre senão julgar procedente o conflito eis que está-se diante de matéria que revolve o Direito Público.

"Entretanto, a competência recursal da 8ª Câmara de Direito Público amolda-se ao disposto no art. 3º, item I.11 da Resolução nº 623/2013:...

"Precedente deste Colendo Órgão Especial: Conflito de Competência nº 0010315-05.2014.8.26.0000 – São Paulo, Relator Desembargador Xavier de Aquino, j. 30/07/2014."

A Câmara suscitante ressalta justamente esse entendimento jurisprudencial prevalente, "no sentido de que a competência para julgar ações cujo objeto seja a contribuição prevista no artigo 36 da Lei nº 4.870/65 seria das Câmaras de Direito Público, eis que se trata de contribuição de natureza fiscal".

Porém, assinala, a hipótese dos autos é diversa, por entender que o autor se insurge contra a cobrança de contribuição instituída por meio de assembleia extraordinária da associação, não pretendendo a declaração da inexistência de débito relativo à cobrança da contribuição prevista na Lei 4.870/65.

Ocorre que a petição inicial, cuja síntese procedi acima, não traz essa causa de pedir, quer dizer, de que a contribuição foi instituída pela Associação e nessa condição cobrada. Diversamente, a pretensão está apoiada em que a Associação continuou a cobrar a contribuição, não obstante revogada sua previsão legal.

Somente depois, instituído o contraditório, é que veio a lume nos autos que a contribuição foi reinstituída pela ré em Assembleia Geral Extraordinária, circunstância que não altera a causa de pedir deduzida na petição inicial, com base em que se define a competência das diversas Câmaras da Corte, como determina o artigo 103 do Regimento Interno:

Art. 103. A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos da petição inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la.

Acesso ao Sumário

Fácil de ver, por conseguinte, que a narrativa de fatos ou circunstâncias pela requerida da demanda, e que influenciam a decisão da causa, não altera a competência segundo os termos, repito, da petição inicial.

A propósito, bem assinala pela douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 191/198) o seguinte:

> *"A matéria aqui tratada **na inicial** é a contribuição social estabelecida pelo artigo 36 da Lei n. 4.870/65 e que fora revogada pela Lei n. 12.865/13. Posteriormente, verificou-se que a contribuição fora reinstituída pela recorrida em Assembleia Geral Extraordinária, cuja validade o recorrente discute em sede recursal. Esta circunstância, todavia, não altera a causa de pedir inicial que é, com a devida vênia, o que deve nortear a preferência para o julgamento deste c. Tribunal de Justiça Paulista, como preceitua o artigo 103 do RITJSP. No caso em apreço, a causa de pedir é, de modo inequívoco, a contribuição prevista no artigo 36 da Lei n. 4.870/65, cuja natureza é **parafiscal e tributária**, na esteira do que afirmou o douto Desembargador PAULO ALCIDES (fls. 171). Com efeito, assim dispõe o artigo 149 da Constituição da República ...:*
>
> *"(...)*
>
> *"Muito embora a ação envolva partes que desenvolvem atividades de natureza privada, não é a qualidade da parte que determina a competência,* concessa venia*.*
>
> *(...)*
>
> *"A matéria é tipicamente tributária, malgrado envolver pessoas jurídicas de direito privado, razão pela qual incide, a nosso ver, a competência preferencial da Seção de Direito Público deste c. Tribunal de Justiça.*
>
> *(...)*
>
> *"Este c. Órgão Especial, em situações análogas, assim se pronunciou:*
>
> *"... (TJSP, Órgão Especial, CC nº 0010315-05.2014.8.26.0000, rel. Des. Xavier de Aquino, j. em 30.07.2014).*
>
> *"... (TJSP, Órgão Especial, rel. Des. Corrêa Vianna, j. em 17.03.2010)."*

3. Ante o exposto, julgo procedente o conflito e declaro competente a Câmara suscitante (6ª Câmara de Direito Público).

É meu voto.

JOÃO CARLOS SALETTI, Desembargador, Relator sorteado vencido

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0055200-36.2016.8.26.0000, da Comarca de Cravinhos, em que é suscitante 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 33ª 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 33ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. PAULO DIMAS MASCARETTI. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. ADEMIR BENEDITO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.569OE)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ELCIO TRUJILLO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2017.

CARLOS BUENO, Relator

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Agravo de instrumento – Obrigação de fazer – Produção e fornecimento do composto fosfoetanolamina sintética – Demanda ajuizada por particular contra pessoa jurídica de direito privado, sem a participação do Poder Público na lide – Pedido inicial fundado em normas de direito civil que regem compra e venda – Inexistência de discussão fundada em regras de direito administrativo – Competência comum da Seção de Direito Privado para julgamento da causa presente – Conflito conhecido e provido para determinar o retorno dos autos à C. 33ª Câmara de Direito Privado."

Acesso ao Sumário

VOTO

A C. 8ª Câmara de Direito Público suscitou conflito de competência nos autos do Agravo de Instrumento nº 2133383-84.2016.8.26.0000, da comarca de Cravinhos, sendo suscitada a C. 33ª Câmara de Direito Privado.

Distribuídos os autos, a 33ª Câmara de Direito Privado não conheceu do recurso e determinou sua remessa a uma das Câmaras de Direito Público, fls. 8/9. O processo foi redistribuído à 8ª Câmara de Direito Público que entendeu ser a competência para julgar o caso afeta à Seção de Direito Privado, suscitando o presente conflito, fls. 16/19.

A Procuradoria Geral de Justiça apresenta parecer no qual entende ser a 33ª Câmara de Direito Privado competente para julgar o recurso de agravo, fls. 30/34.

É o relatório.

Conflito negativo de competência suscitado pela 8ª Câmara de Direito Público, tendo como suscitada a 33ª Câmara de Direito Privado. Argumenta a suscitante que o caso sub judice é relativo a matéria que tem por fundamento a "compra e venda mercantil de substância, não aprovada pela ANVISA, promovida por particular em face de pessoa jurídica de direito privado, sem qualquer participação ou controle do Poder Público nos fatos", tema que seria afeto à Seção de Direito Privado. Por sua vez, afirma a suscitada que "diante do conteúdo da ação, a matéria não se enquadra na competência das 25ª a 36ª Câmaras de Direito Privado do Tribunal de Justiça, inserindo-se na competência da Seção de Direito Público, nos termos de precedentes já consolidados por este Egrégio Tribunal de Justiça e da Resolução nº 623/2013".

O processo trata de ação privada ajuizada por Nazira Possi Said Massini, contra o laboratório PDT Pharma Indústria e Comércio de Produtos Farmacêuticos Ltda-EPP, por meio da qual a autora-agravante objetiva o fornecimento da substância fosfoetanolamina sintética. Indeferido o pedido de antecipação de tutela em ação de obrigação de fazer, a autora interpôs recurso de agravo, distribuído à 33ª Câmara de Direito Privado, o que gerou o presente conflito de competência.

Acesso ao Sumário

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, apesar da ausência de peças de instrução, é possível

inferir da petição do agravo que a autora postula na ação principal que a ré produza e forneça a ela, portadora de câncer, a substância denominada fosfoetanolamina sintética, sem que com isso acarrete consequências financeiras ao Estado, já que a própria autora arcará com todos os custos, fls. 1/6.

A pretensão envolve particulares e está fundada em normas de direito civil, consistente na eventual obrigação de produção de medicamentos por indústria farmacêutica. A matéria não versa sobre direito administrativo e o Poder Público não integra a lide, fatos que implicam no reconhecimento da competência da Seção de Direito Privado para o julgamento da causa presente.

No mais, como bem destacado pelo eminente Procurador de Justiça, o C. Grupo Especial da Seção de Direito Privado, ao resolver o Conflito de Competência nº 0055630-85.2016.8.26.0000, também da Comarca de Cravinhos, entre Câmaras de Direito Privado, entendeu em caso análogo que a competência é comum das Subseções de Direito Privado. Eis a ementa do acórdão:

"Conflito de competência. Agravo de instrumento tirado contra indeferimento, nos autos de ação de obrigação de fazer, de antecipação da tutela visando compelir o laboratório recorrido a manipular e fornecer 720 cápsulas do composto fosfoetanolamina sintética. Ausência, no caso, de qualquer discussão envolvendo seguro saúde ou plano de saúde. Matéria, nos termos do disposto no art. 5º, par. 3º, da Resolução 623/2013, da competência comum das Subseções de Direito Privado, aí inserida a Câmara suscitada, a quem o feito foi livremente distribuído. Conflito procedente, reconhecida a competência da 25ª Câmara de Direito Privado."

Portanto, demanda ajuizada por particular contra pessoa jurídica de direito privado, em que se postula a produção e o fornecimento do composto fosfoetanolamina sintética, sem a intervenção do Poder Público, passando ao largo das regras de direito administrativo, por possuir natureza eminentemente de direito privado, implica no reconhecimento da competência da Seção 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. 33ª Câmara de Direito Privado.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0057946-71.2016.8.26.0000, da Comarca de Guarujá, em que é suscitante 6ª CÂMARA EXTRAORDINÁRIA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 35ª 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 6ª CÂMARA EXTRAORDINÁRIA 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 28.972)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), CARLOS BUENO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ELCIO TRUJILLO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2017.

RENATO SARTORELLI, Relator

Ementa: "CONFLITO DE COMPETÊNCIA – TEMA RELACIONADO À INCIDÊNCIA DE TRIBUTO (ICMS) SOBRE O FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA E NÃO COM A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PROPRIAMENTE DITA – COMPETÊNCIA PARA EXAME DO RECURSO QUE SE FIRMA PELOS TERMOS DO PEDIDO INICIAL (ART. 103 DO RITJSP) – COMPETÊNCIA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO EM RAZÃO DA MATÉRIA VERSADA NA DEMANDA – ARTIGO 3º, INCISO I.8, DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013, DO ÓRGÃO ESPECIAL – CONFLITO PROCEDENTE, RECONHECIDA A COMPETÊNCIA DA CÂMARA SUSCITANTE".

"É de Direito Público a relação jurídica litigiosa entre usuário e pessoa concessionária de serviço público. Precedente da C. Corte Especial do E. Superior Tribunal de Justiça (Conflito de Competência nº 138.405/DF, julgado em 17/08/2016)".

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 6ª Câmara Extraordinária da Seção de Direito Público em face da 35ª Câmara da Seção de

Direito Privado, nos autos da Apelação nº 0011154-79.2010.8.26.0223.

A E. 35ª Câmara de Direito Privado, por decisão monocrática da lavra do Desembargador Artur Marques da Silva Filho, não conheceu do recurso, determinando a remessa dos autos a uma das Câmaras da Seção de Direito Público sob o pretexto de que não se discute a prestação de serviços de energia elétrica, mas sim a forma como foi calculado o imposto que vem sendo cobrado na fatura *(cf. fls. 162/163)*.

Por sua vez, a E. 6ª Câmara Extraordinária da Seção de Direito Público, através de acórdão da lavra do Desembargador Carlos Eduardo Pachi, discordou desse entendimento aduzindo que a matéria, objeto da controvérsia, irradia do contrato de prestação de serviços, envolvendo entidades que ostentam natureza jurídica de Direito Privado, sendo competente portanto as Segunda e Terceira Subseções *(cf. fls.173/176)*.

Parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça pela procedência do conflito, reconhecida a competência da C. Câmara suscitada *(fls. 183/187)*.

É o relatório.

O conflito procede e a competência recursal, a meu ver, é da Colenda Seção de Direito Público.

Desde logo, é oportuno lembrar que, nos termos do artigo 103 do Regimento Interno, a competência em razão da matéria há de ser aferida pelo exame da ***causa petendi***, sendo irrelevante sua modificação ulterior, o que implica dizer que o pedido deduzido em juízo é que define a competência.

O núcleo da demanda diz respeito à legalidade ou não na forma do cálculo e cobrança do ICMS, incidente sobre o fornecimento de energia elétrica, e não a prestação de serviços em si; vale dizer, o que se discute não é a prestação de serviços, mas sim a forma adotada para a cobrança do ICMS.

Bem por isso, considerando que a matéria discutida não é a prestação de serviços, mas sim a suposta ilegalidade na cobrança do tributo, falece competência às Subseções de Direito Privado II e III para dirimi-la, estando a cognição do recurso inserida no âmbito da competência da Seção de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça.

Destarte, tendo em conta que *"a definição da competência para julgamento da demanda está adstrita à natureza jurídica da lide, definida em função do pedido e da causa de pedir" (Conflito de Competência nº 108.138/SC, 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, Relatora Ministra Nancy Andrighi)* e a circunstância de que o artigo 103 do Regimento Interno deste Tribunal preconiza que a competência é firmada *"pelos termos do pedido inicial"*, forçoso é concluir que compete à Colenda Seção de Direito Público o exame do recurso uma vez que o artigo 3º, inciso I.8, da Resolução nº 623/2013, do Colendo Órgão Especial, atribui às Câmaras numeradas entre 1ª a 13ª da Seção

Acesso ao Sumário

de Direito Público competência preferencial para o julgamento das *"ações e execuções de natureza fiscal ou parafiscal de interesse da Fazenda do Estado e de suas autarquias e contribuições sindicais"*.

Destaco, a propósito, o seguinte precedente da lavra deste C. Órgão Especial, ***verbis***:

> ***"Dúvida de Competência – Cobrança de ICMS – Forma de cálculo – Competência de uma das Câmaras de Direito Público – Ressalte-se que a competência em razão da matéria há de ser aferida pelo exame da 'causa petendi' – A matéria aqui versada é a legalidade ou não na forma do cálculo e cobrança do ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica e não a prestação de serviços em si – Inteligência da Resolução nº 194/2004 – Dúvida julgada procedente"*** *(Conflito de Competência nº 0000235-55.2009.8.26.0000, Relator Desembargador Walter de Almeida Guilherme).*

Não se pode, ainda, olvidar que a Primeira Seção do E. Superior Tribunal de Justiça, órgão especializado daquela Corte para o julgamento das matérias afetas ao Direito Público, possui precedentes envolvendo o mesmo tipo de controvérsia, sendo adequado trazer à colação o seguinte julgado, ***verbis***:

> ***"RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA 'CONTRATADA E NÃO UTILIZADA'. LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR PARA PROPOR AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO.***
>
> ***– Diante do que dispõe a legislação que disciplina as concessões de serviço público e da peculiar relação envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e o consumidor, esse último tem legitimidade para propor ação declaratória c/c repetição de indébito na qual se busca afastar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada"*** *(REsp. nº 1.299.303/SC, Primeira Seção, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha).*

Acesso ao Sumário

Mas não é só.

É importante consignar que, mais recentemente, a Corte Especial do E. Superior Tribunal de Justiça deixou pontificado que *"é de Direito Público a relação jurídica litigiosa entre usuário e pessoa concessionária de serviço público" (Conflito de Competência nº 138.405/DF, Relator para o Acórdão Ministro Herman Benjamin, julgado em 17/08/2016)*.

Acresça-se que, na oportunidade, a C. Corte Especial definiu que, mesmo os conflitos que giram em torno da inadequação na prestação de serviço público concedido e da responsabilidade civil *(contratual ou não)* decorrente, não podem ser dissociados da natureza jurídica de Direito Público; vale dizer, o simples fato

de haver discussão contratual entre usuário e concessionária de serviço público não atrai para o Direito Privado a relação jurídica litigiosa.

Finalizando, vale a pena lembrar que a alteração de posicionamento deste C. Órgão Especial com relação à competência recursal dos feitos envolvendo contratos de Previdência Privada, antes afeta à Seção de Direito Público, atualmente submetidas à jurisdição da Subseção de Direito Privado III, teve como base precedente da lavra do E. Superior Tribunal de Justiça que reconheceu a sua natureza securitária *(REsp. nº 306.155/MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi)*.

Ante o exposto, julgo procedente o conflito declarando competente a Colenda Câmara suscitante, para a qual deverão ser remetidos os autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0062835-68.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 35ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. EVARISTO DOS SANTOS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.337)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ELCIO TRUJILLO, ADEMIR BENEDITO e PEREIRA CALÇAS.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2017.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Embargos à Execução de valores relativos à Autorização de uso concedida por empresa de economia mista – EMTU. Matéria afeta à Câmara de Direito Público por se tratar de discussão acerca de uso de bem público – Competência que, diante dos termos do artigo 103 do RITJSP é aferida pelo pedido inicial – irrelevância, para fins de fixação de competência, da natureza da parte – Interesse Público inerente – Inteligência do artigo 3º, I.7.a da Resolução nº 623/2013 com a redação que lhe foi dada pela Resolução nº 648/2014, do Órgão Especial – Conflito procedente, competente a d. Câmara suscitante, 6ª Câmara de Direito Público.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela 6ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça nos autos de ação de embargos de execução de título executivo extrajudicial propostos por CAFETERIA DE MARCO METRÔ I LTDA em face da EMPRESA METROPOLITANA DE TRANSPORTES URBANOS DE SÃO PAULO S/A – EMTU, nos quais se discute débitos de parcelas referentes à locação de quiosques no terminal da embargada em Santo André, não quitados pelo embargante. Alega a Colenda Câmara suscitante que consoante se verifica da petição inicial a autora, EMPRESA METROPOLITANA DE TRANSPORTES URBANOS DE SÃO PAULO S/A – EMTU, embora tenha recebido a nomenclatura de Carta de Permissão de Uso, trata-se de documento particular de obrigação contratual onde se discute parcelas locatícias em aberto, incluindo-se despesas de condomínio, água e energia elétrica, fazendo alusão a exequente, na inicial da ação, a natureza particular do trato, razão pela qual a competência é da C. 35ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal.

Recebidos os autos, sobreveio o parecer do douto representante do Ministério Público, pelo reconhecimento da competência da Colenda 6ª Câmara de Direito Público desta Corte.

É o relatório.

O conflito é de ser julgado procedente, declarando-se a competência da Colenda Câmara suscitante, 6ª Câmara de Direito Público, para processar e julgar o recurso.

Com efeito, colhe-se da peça inicial que a EMPRESA METROPOLITANA DE TRANSPORTES URBANOS DE SÃO PAULO S/A – EMTU, sociedade de

Acesso ao Sumário

economia mista, na qualidade de proprietária/possuidora dos Quiosques STO-01, STO-010 e STO-28 no Terminal da EMTU/SP em Santo André, cedeu alguns espaços para terceiros naquela localidade, destinados à exploração comercial, mediante a celebração de Autorização de Uso (CAU) destinado à formalização da cessão; referida carta contém obrigação de pagamento de R$ 19.719,54, envolvendo as despesas de locação, condomínio, energia elétrica e água; ocorre que a embargada apresentou planilha de débito no valor total de R$ 205.127,17 para o período de 10/2013 a 6/2014, sendo certo que o local jamais foi entregue à embargante.

Pese o entendimento da Colenda Câmara suscitante, trata-se de cobrança de valores devidos a título de cessão de área para ocupação através de "Termo de Autorização de Uso", celebrado entre a embargada EMPRESA METROPOLITANA DE TRANSPORTES URBANOS DE SÃO PAULO S/A – EMTU e a embargante. Tal documento tem natureza estritamente administrativa, consistindo em ato negocial, unilateral e discricionário, através do qual a Administração permite ao particular se utilize de determinado **bem público**, como no caso trazido à análise pela exordial. Este é o entendimento de Hely Lopes Meirelles, que acrescenta que essas autorizações "são comuns para a ocupação em terrenos baldios, para a retirada de água em fontes não abertas ao uso comum do povo e para outras utilizações de interesses de certos particulares"[1].

Assim sendo, a competência para processamento e julgamento do recurso é da Colenda Câmara suscitante, 6ª Câmara de Direito Público desta Corte, ao teor do que dispõe o artigo 3º, I.7.a, da Resolução nº 623/2013 com redação dada pela Resolução nº 648/2014[2].

De se observar que nos termos do artigo 103 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça "A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do **pedido inicial**, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la." **(g.n.)**

Neste passo, não se há indagar a natureza da parte, aqui a EMPRESA METROPOLITANA DE TRANSPORTES URBANOS DE SÃO PAULO S/A – EMTU, porque o que importa é que houve a cessão de bem público, mediante celebração de Autorização de Uso, ensejando, assim, a análise do tema pela Seção de Direito Público e, ***in casu***, pela Colenda Câmara suscitante.

Este é o entendimento da Corte, consubstanciado nos seguintes julgados:

*"**0074792-03.2015.8.26.0000***

***Relator**: Márcio Bartoli*

Acesso ao Sumário

1 *DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO*. São Paulo: Malheiros; 38ª ed., 2011, pg. 583

2 Resolução 623/2013, artigo 3º, I.7.a: *"Ações de apossamento administrativo, de desistência de desapropriação e de uso e ocupação de bem público (I); (incluído pela Resolução nº 648/2014)"*.

***Comarca**: São Paulo*

***Órgão julgador**: Órgão Especial*

***Data do julgamento**: 27/01/2016*

***Data de registro**: 28/01/2016*

***Ementa**: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE C.C. PERDAS E DANOS. **BEM PÚBLICO**. TERMO DE **AUTORIZAÇÃO** DE **USO**. REGIME DE DIREITO **PÚBLICO**. COMPETÊNCIA DA SEÇÃO DE DIREITO **PÚBLICO**, EM RAZÃO DA LEITURA CONJUNTA DOS ARTS. 3º, I.7.A, e 5º, II.7, DA RESOLUÇÃO 623/2013, COM ALTERAÇÃO PELA RESOLUÇÃO 648/2014. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE PARA FIXAR A COMPETÊNCIA DA CÂMARA SUSCITANTE.".*

*"**202604-96.2013.8.26.0000** Conflito de Competência/Posse*

***Relator**: Itamar Gaino*

***Comarca**: São Paulo*

***J. em** 05/02/2014*

Ementa. Conflito de Competência. Ação de Reintegração de Posse cc. Ação de cobrança. Bem imóvel. Espaço comercial em estação ferroviária. Permissão de uso concedida a particular por empresa de encomia mista. A competência para processar e julgar ação de reintegração de posse de bem imóvel de domínio público, cedido, a título precário, por meio de termo de permissão de uso, por empresa de economia mista a particular, é da Seção de Direito Público. Inteligência do artigo 3º, inciso I.7, da Resolução n. 623/2013. Reconhecida a competência da 4ª Câmara de Direito Público para processar e julgar o recurso. Conflito de competência procedente";

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA nº 0186280-31.2013.8.26.0000

Relator: PÉRICLES PIZA

J. em 18/11/2013

Conflito de Competência. Ação de reintegração de posse. Autorização de uso concedida por empresa de economia mista – CPTM. Matéria afeta à Câmara de Direito Público por se tratar de discussão acerca de uso sobre bem público. Interesse Público inerente. Expressa disposição na alínea IX do provimento n° 63/2004 da Presidência desta Corte. Precedentes deste Órgão Especial. Conflito acolhido para declarar como competente a 1ª Câmara de Direito Público."

*"**CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 0147764-73.2012.8.26.0000***

Relator: SILVEIRA PAULILO

J. em 29/12/2012

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Uso especial de bem público – A autorização de uso é, por excelência, como todos sabem, ato unilateral, discricionário e precário por força do qual a Administração

Acesso ao Sumário

consente na prática de atividade, ordinariamente empresarial, sobre bem público. O instituto nada tem a ver com a Seção de Direito Privado deste egrégio Tribunal porquanto encerra contrato de direito público informado pelo interesse público, ainda que consubstanciado em modesta renda para sociedade de economia mista pertencente à administração indireta estadual, vinculada à Secretaria de Transportes Metropolitanos – Competência recursal da Seção de Direito Público – Conflito de competência conhecido para pronunciar a competência recursal da 11ª Câmara de Direito Público.".

Diante do exposto, ***JULGO PROCEDENTE*** o conflito, competente a Colenda Câmara suscitante, 6ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça, para processar e julgar o processo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0058808-42.2016.8.26.0000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é suscitante 2ª CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitado 2ª 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 2ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. ÁLVARO PASSOS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.936)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), 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, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ELCIO TRUJILLO, ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2017.

MÁRCIO BARTOLI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: I. Conflito de competência. Ação de obrigação de fazer, fundada em contrato de compra e venda de bem imóvel, do qual constava a responsabilidade do vendedor de cumprir com obrigações fixadas em Termo de Compromisso de Recuperação Ambiental referente ao bem imóvel negociado. Ação ajuizada, nos termos da inicial, para *"compelir judicialmente os proprietários vendedores ao cumprimento de suas obrigações de fazer"*.

II. Pedido e causa de pedir atinentes a cumprimento de compromisso privado, assumido em escritura pública, em contrato de compra e venda de bem imóvel. Inexistência de discussão acerca de direitos transindividuais propriamente ditos, ou acerca da aplicação da lei ambiental, da validade ou dos termos do Compromisso de Recuperação Ambiental a cujo cumprimento o vendedor do imóvel se obrigou. Mera exigência de cumprimento de obrigação contratual.

III. Conflito julgado procedente para fixar a competência da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

VOTO

1. Trata-se de conflito de competência suscitado pela 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente deste Tribunal de Justiça no julgamento da apelação cível nº 0025425-67.2010.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que aquela Câmara declinara de sua competência, entendendo tratar-se de ação cuja matéria se inseria na competência da Seção de Direito Privado (cf. acórdão de fls. 511/515), que também declinara de sua competência (acórdão de fls. 497/500).

Manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça pela procedência do conflito, reconhecendo-se a Câmara suscitada, 2ª Câmara de Direito Privado como competente para conhecer, processar e julgar o recurso (fls. 524/528).

2. **O conflito de competência deve ser julgado procedente para estabelecer a competência da 2ª Câmara de Direito Privado.**

Com efeito, a definição de competência dos órgãos do Poder Judiciário, inclusive nas instâncias superiores, rege- se pela matéria, que é extraída dos elementos identificadores da ação (partes, causa de pedir e pedido), os quais são fixados pelo demandante na inicial.

Tal o teor do artigo 103 do Regimento Interno deste Tribunal: ***"a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido***

Acesso ao Sumário

inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la".

Trata-se de caso em que a *causa petendi* remonta ao cumprimento de obrigações de fazer assumidas em contrato de compra e venda de bem imóvel – dentre elas o dever de cumprir o Termo de Compromisso de Recuperação Ambiental nº 017/05, de 17 de maio de 2005, que teria permanecido, segundo o autor, a encargo do vendedor do imóvel.

Trata-se de questão diversa, por óbvio, daquelas cujo julgamento é atribuído às Câmaras Reservadas de Meio Ambiente. A demanda, no caso, é composta apenas por agentes privados, e tem por objeto a pretensão do autor de que, em virtude da existência de relação jurídica de natureza privada – compra e venda de bem imóvel –, seja o réu obrigado a cumprir os termos do contrato firmado, que previa ser do vendedor a responsabilidade pelo cumprimento das obrigações previstas no Termo de Recuperação Ambiental citado.

Nada aduz o autor, portanto, quanto aos direitos difusos que resultaram no Termo de Compromisso de Recuperação Ambiental mencionado, ou sua validade (questões estas, aliás, já discutidas em uma ação civil pública, como pontua o acórdão da Câmara Suscitante); requer apenas que se reconheça, com fundamento no contrato de compra e venda firmado entre ele e o réu, a obrigação do vendedor de cumprir o Termo de Recuperação citado.

A questão ambiental, portanto, é apenas indireta. O objeto da ação é o cumprimento do contrato de compra e venda firmado entre autor e réu.

Não se discute, assim, a substância dos direitos difusos que originaram o Termo em questão ou a aplicação da lei ambiental, mas apenas relação de natureza privada, em que um dos contratantes expressamente assumiu *"responsabilidade por atendimento de exigência do processo de licenciamento nº 83556/2003 do DPRN/SMA"* (cf. fls. 30), procedimento este que, segundo o autor, resultou no referido Termo de Compromisso de Recuperação Ambiental nº 017/05, de 17 de maio de 2005 (cf. fls. 04).

A competência recursal para julgamento da mencionada apelação, inexistente nos autos qualquer discussão acerca de direitos transindividuais propriamente ditos, será fixada pelo pedido e pela causa de pedir privados, atinentes ao cumprimento do contrato de compra e venda firmado. É competente, portanto, a câmara suscitada, 2ª Câmara de Direito Privado.

4. Isto posto, julga-se procedente o conflito para estabelecer a competência da 2ª Câmara de Direito Privado desta Corte, nos termos do artigo 5º, inciso I, I.25, da Resolução nº 623/2013, deste Órgão Especial, e artigo 103 do Regimento Interno desta Corte.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2147796-05.2016.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante LUIZ CARLOS FERREIRA, é agravado NIVIO HERONDINO BORGES (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram esta exceção. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.020)**

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, 30 de janeiro de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: 1. Processual Civil. Agravo de instrumento. Pretensão do agravante a afastar o MM. Juiz de processos nos quais é parte ou interessado.

2. Decisões contrárias ao interesse do requerente que não possuem o condão de traduzir quaisquer das hipóteses legais de suspeição ou impedimento, conforme art. 145, CPC/2015. Nesse sentido, a Súmula n. 88, do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, dispõe que "reiteradas decisões contrárias aos interesses do excipiente, no exercício da atividade jurisdicional, não tornam o juiz excepto suspeito para o julgamento da causa".

3. A rigor, agravo de instrumento não se presta a substituir exceção de suspeição ou de impedimento. Porém, a causa de pedir e pedidos do requerente buscam afastar o MM. Juiz do caso (fls. 11/12).

Acesso ao Sumário

Portanto, o recurso deve ser conhecido como exceção de suspeição e, no mérito, rejeitado, pois não há qualquer causa de suspeição, tampouco impedimento.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão de fl. 14, que considerou prejudicada a arguição de impedimento do magistrado oficiante, pois o feito já havia sido julgado e também por considerar que não houve qualquer causa de impedimento e suspeição previstas no Código de Processo Civil.

O v. acórdão de fls. entendeu tratar-se de arguição de suposto impedimento, encaminhando o feito a esta Colenda Câmara Especial.

É o relatório do essencial.

A rigor, o agravo não é instrumento adequado para arguir suspeição ou impedimento de magistrado. Contudo, na medida em que a causa de pedir (fls. 02/11) e pedidos (fls. 11/12) veiculam arguição de exceção de impedimento, assim o caso deve ser conhecido e, no mérito, rejeitado.

É relevante que seja realizada breve análise do contexto fático do caso. O agravante pretende o afastamento do MM. Juiz no processamento e julgamento de ação em que, sendo réu, foi condenado ao pagamento de quantia relativa à indenização por danos materiais e morais ao ora agravado, autor (autos n. 0012041-45.2012.8.26.0562).

Em seu bojo, pretende o afastamento do MM. Juiz. Alega que o Magistrado o ofendeu e ofereceu representação criminal, que, no seu entender, configuraria a hipótese do art. 144, IX, bem como respectivo § 1º, ambos do CPC/2015:

> "Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo:
>
> (...)
>
> IX – quando promover ação contra a parte ou seu advogado.
>
> § 1º Na hipótese do inciso III, o impedimento só se verifica quando o defensor público, o advogado ou o membro do Ministério Público já integrava o processo antes do início da atividade judicante do juiz".

Contudo, percebe-se que remessa de peças à Comissão de Ética da OAB e ao Ministério Público está longe de caracterizar hipótese prevista no inciso III do art. 144, CPC/2015, qual seja, "promover ação contra a parte ou seu advogado". Ao contrário, excerto da decisão do MM. Juiz, colacionada pelo próprio agravante, é trazido à balha:

> "Neste contexto, determino que a serventia encaminhe cópias desta decisão; da petição do embargante requerendo a execução juntamente com o Venerando Acórdão (fls. 410 a 422); da decisão deste Juiz que

Acesso ao Sumário

determinou a comprovação do trânsito em julgado e observou que era preciso executar em autos apartados, como havia determinado pela Superior Instância (fl. 423); e, da petição dos embargos declaratórios firmada por Luiz Carlos Ferreira (OAB/SP 157.626), na qual estão lançadas as ofensas gratuitas a este Juiz e ao Poder Judiciário (fls. 425/443), à Egrégia Comissão de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil – Subseção Santos, para eventuais providências administrativas; e, ao Ministério Público, para eventuais providências de ordem criminal" (fl. 466 destes autos).

Ao se examinar detidamente os autos, o MM. Juiz, ao fundo, apenas respondeu às diversas ilações feitas pelo agravante. Entre as quais destacam-se fls. 442/444 dos autos n. 0012041-45.2012.8.26.0562:

"Pelo que vemos, a interpretação do acórdão é tão claro *(sic)*, que volto aos tópicos acima mencionados, ou seja, a interpretação foi feita por idade (não entendeu), má vontade (dane-se) *(sic)* ou dolo?

(trecho ilegível)

Interpretação", devemos analisar as qualidades e/ou competência intelectual do interprete *(sic)*.

Ora, o Interprete, Magistrado a mais de 20 anos *(sic)*, talvez com uns 70 anos de idade, pode se enquadrar em qualquer uma das hipóteses (idade, má vontade e dolo).

(...)

Isso tudo, *(sic)* me leva a concluir pelo Dolo."

Tal menção é relevante, pois o mesmo art. 144, em seu § 2º, CPC/2015, é expresso no seguinte sentido:

"§ 2º É vedada a criação de fato superveniente a fim de caracterizar impedimento do juiz".

O requerente, portanto, não pode criar fato superveniente para, depois, alegar o impedimento do juiz.

Ainda por outro lado, não há qualquer indício de amizade íntima, inimizade capital ou interesse no julgamento do caso referente a quaisquer das partes, conforme art. 145, Código de Processo Civil:

"Art. 145. Há suspeição do juiz:

I – amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados;

II – que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio;

III – quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive;

IV – interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes".

Denota-se inconformismo da parte agravante com decisões judiciais que lhe foram desfavoráveis. E, assim, a Súmula 88 deste E. Tribunal de Justiça dispõe o seguinte:

"Reiteradas decisões contrárias aos interesses do excipiente, no estrito exercício da atividade jurisdicional, não tornam o juiz excepto suspeito para o julgamento da causa."

Nessas considerações, **rejeita-se esta exceção**. Comunique-se o MM. Juiz com cópia deste v. Acórdão.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001097-68.2016.8.26.0483, da Comarca de Presidente Venceslau, em que é apelante FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE PRESIDENTE VENCESLAU.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso para reconhecer o vício de extra petição no julgado e anular em parte a sentença na parte que se verificou o excesso, mantendo a procedência integral do pedido. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38978)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 15 de dezembro de 2016.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO, este considerado interposto. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Direito à saúde. Cirurgia de correção de

Acesso ao Sumário

escápula. Provimento final no sentido de determinar a realização, pela apelante, de procedimento médico *sem prejuízo de perdas e danos eventualmente suportados*. Sentença *extra petita*. Autor que se limitou a requerer a realização do procedimento. Discussão acerca de eventual reembolso do paciente por eventuais dispêndios com o tratamento médico a ser fornecido pela ré que sequer foi ventilada nos autos. Nulidade verificada neste ponto. Anulação parcial da sentença é medida que se impõe. Obrigação do Estado em fornecer meios visando à saúde da criança e do adolescente. Inteligência dos arts. 196 e 227, "caput" e § 1º, CF, art. 11, § 2º, ECA, bem como das Súmulas 65 e 66, TJSP. Ausência, ademais, de violação a dispositivos legais e constitucionais no *decisum* recorrido. Recurso parcialmente provido para anular em parte a sentença apenas no que excedeu ao pedido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação da sentença de fls. 162/174, cujo relatório se adota e que julgou procedente a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, para determinar que a ré custeie e providencie imediatamente, em favor do menor V.M.A.S., o procedimento cirúrgico de correção da escápula alta à direita, sem prejuízo de perdas e danos eventualmente suportados pelo autor, além da caracterização da prática de crime de desobediência, na hipótese de descumprimento da decisão.

Inconformada, apela a Fazenda Pública do Estado de São Paulo (fls. 189/213), sustentando, preliminarmente, que a decisão concedeu provimento além do pedido no tocante às perdas e danos, informando que o paciente não compareceu ao procedimento médico de consulta, inviabilizando o cumprimento e assunção de responsabilidade expressa na parte dispositiva da sentença. No mérito, aduz que houve afronta ao princípio da Separação dos Poderes pela ingerência indevida do Judiciário nas opções políticas do Poder Executivo, bem como ao princípio republicano, ao desprezar a necessidade da previsão orçamentária de destinação das receitas do Estado. Defende que houve ofensa, ainda, ao art. 196 da Constituição Federal, por canalizar recursos destinados a viabilizar o atendimento de um maior número de pessoas à solução de um problema individual, em inobservância ao princípio da impessoalidade, conforme preconiza o *caput* do art. 37 da Constituição Federal. Requer seja o recurso

Acesso ao Sumário

conhecido e provido para o fim de reformar a sentença e julgar improcedente o pedido. Subsidiariamente, requer seja excluída da parte dispositiva determinação que trata da responsabilidade da apelante de suportar perdas e danos, porque não adstrita ao pedido inicial.

As contrarrazões foram apresentadas (fls. 201/206).

A d. Procuradoria Geral de Justiça é pela manutenção da sentença (fls. 218/223).

É o relatório.

De proêmio, anota-se que há reexame necessário em conformidade com o art. 475, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973 (ao qual corresponde o art. 496, § 1º, Código de Processo Civil de 2015) e, também, com o enunciado da Súmula nº 490 do Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual se considera interposto o recurso oficial.

Posto isto, o recurso comporta parcial acolhimento para anular em parte a respeitável decisão recorrida, mantendo-se, no mais, a sentença tal como proferida.

Com efeito, o autor requereu fosse a ré, ora apelante, condenada em obrigação de fazer *consistente em disponibilizar realização do(s) procedimento(s) cirúrgico(s) de que a criança necessita (correção cirúrgica de escápula alta a direita)* (conforme se depreende de fls. 12 dos autos).

Em caráter provisório, deferiu-se a tutela para determinar a realização do procedimento médico no prazo improrrogável de 45 dias, sob pena de multa diária no valor de R$ 5.000,00, em caso de descumprimento.

O julgado em exame, contudo, concedendo o pedido e confirmando a tutela antecipada, fez constar, ademais, que a condenação em obrigação de fazer se daria *sem prejuízo de perdas e danos eventualmente suportados pelo autor* (fls. 174). Tal determinação enseja, na prática, o reembolso pela apelante das quantias eventualmente despendidas pelo paciente com o tratamento médico.

Ainda que na fundamentação o Magistrado tenha consignado que eventual prejuízo suportado pela parte autora, decorrente da aquisição de medicamentos/tratamento em questão por conta própria, deveria ser buscado em procedimento próprio e autônomo, a determinação contida na parte dispositiva causa contradição, sobretudo porque não se tem notícia tenha a criança – e não o autor, tendo em vista que a ação é encampada pelo Ministério Público – despendido qualquer quantia com o tratamento médico. Não se trata, aliás, de discussão trazida aos autos e o autor sequer formula pedido neste sentido.

Sendo assim, à toda evidência, a decisão padece do vício de *extra* petição, do que decorre ser imperativa a anulação da sentença, somente neste tocante, para afastar provimento no sentido de arcar a Fazenda Pública do Estado de São Paulo com perdas e danos eventualmente suportados pela criança com o

Acesso ao Sumário

tratamento médico. Assim, matéria relativa à responsabilidade da ré pelos prejuízos suportados pelo paciente em decorrência da mora da apelante deverá ser discutida em vias próprias.

No mais, a respeitável sentença recorrida deve ser mantida tal como proferida.

As questões atinentes à obtenção, pelos necessitados, de tratamento médico-hospitalar, terapias, insumos e medicamentos a serem fornecidos pelo Poder Público, em consonância com o direito constitucional à saúde, já se encontram pacificadas pela jurisprudência pátria.

Deveras, já não mais se discute que o acesso universal e igualitário à saúde é direito fundamental consagrado constitucionalmente, competindo à Administração Pública o dever de promover com absoluta prioridade às crianças e adolescentes programas de assistência integral neste aspecto (art. 227, "caput" e § 1º, CF).

Por sua vez, dispõe o art. 11, §§ 1º e 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que *"A criança e o adolescente com deficiência serão atendidos, sem discriminação ou segregação, em suas necessidades gerais de saúde e específicas de habilitação e reabilitação"* e *"Incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação"*. Nesta esteira, já se decidiu que *"não há dúvida de que o atendimento da sua pretensão à obtenção de remédio deve-se à primazia que decorre da doutrina da proteção integral e do princípio da prioridade absoluta, positivados no art. 227 da Constituição Federal e, especificamente no tocante à saúde, nos arts. 11 e seguintes do ECA e, ainda, no art. 24 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto Presidencial 99.710/90"* (AgRg no AREsp 556.574-PR, 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Rel. Min. Sérgio Kukina, em 25/8/15, DJe de 8/9/15).

Não é demais ressaltar que inexiste violação ao princípio da separação de Poderes, mesmo porque o direito à saúde não está adstrito à discricionariedade do poder público, mas a ato estritamente vinculado, uma vez que ao Estado é imposto o dever de prestar ampla assistência médica e farmacêutica aos que dela necessitam (art. 196 da Constituição Federal).

Conforme já se decidiu, *"A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. 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. Trata-se de obrigação solidária de*

todos os entes federativos, podendo ser pleiteado de qualquer deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios" (Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 810.864-RS, 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, v. um., Rel. Min. Roberto Barroso, em 18/11/14, DJe de 2/2/15).

Não há, tampouco, qualquer afronta ao princípio republicano, já que as escolhas feitas pelo administrador na formulação e execução do orçamento público não podem servir como escusa à efetivação de direito fundamental, mormente quando a inação do Poder Público vier a comprometer mínimo existencial.

No dizer do Ministro Celso de Mello:

"A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À 'RESERVA DO POSSÍVEL' E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTÊNCIAL: A QUESTÃO DAS 'ESCOLHAS TRÁGICAS' – A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras 'escolhas trágicas', em decisão governamental ***cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial****, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. (...) A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes."* (STF – AgR no ARE 639.337-SP – 2ª T. – rel. Min. Celso de Mello – j. 23.08.2011)

Tratando-se da concretização de direitos fundamentais, não cabe ao Administrador justificar sua omissão com a aplicação da cláusula da "reserva do possível", pois sua conduta deve pautar-se pelo princípio da "máxima efetividade da Constituição" (conforme entendimento do C. STJ, no REsp nº 811.608/RS, Relator Ministro Luiz Fux, j. em 15.5.2007).

Tais questões já se encontram, inclusive, pacificadas nesta Corte de Justiça, conforme entendimento consagrado na Súmula 65, *in verbis*:

Acesso ao Sumário

"Não violam os princípios constitucionais da separação e independência 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".

Não restam dúvidas, assim, quanto à obrigatoriedade de o ente público custear o procedimento cirúrgico indicado, necessário à correção da deformidade escapular alta à direita de que padece o autor, amparado o pedido nos relatórios médicos de fls. 71 e 93, os quais não foram impugnados.

Isto posto, pelo meu voto, dá-se parcial provimento ao recurso para reconhecer o vício de extra petição no julgado e anular em parte a sentença na parte que se verificou o excesso, mantendo a procedência integral do pedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000975-91.2015.8.26.0062, da Comarca de Bariri, em que são apelantes MUNICÍPIO DE BARIRI e FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado V.G.F. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos apelos e deram parcial provimento ao reexame necessário. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38984)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 15 de dezembro de 2016.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO, este considerado interposto. Alegação de falta de interesse de agir. Ordenamento jurídico brasileiro não exige o esgotamento da via administrativa. Via eleita adequada. Ação de Obrigação de fazer. Direito à saúde. Fornecimento de insulina para tratamento

de "Diabetes Mellitus Tipo I". Necessidade médica comprovada. Obrigação solidária de todos os entes federativos de fornecer meios visando à saúde da criança e do adolescente. Inteligência dos arts. 196 e 227, "caput" e § 1º, CF, do art. 11, § 2º, ECA, bem como das Súmulas 37, 65 e 66, TJSP. Violação ao princípio da separação de Poderes. Inocorrência. Precedentes. Astreintes aplicáveis à Administração Pública. Valor fixado em excesso, comportando redução. Reforma da sentença, também, para que a condenação dos entes públicos se dê de forma solidária. Honorários advocatícios fixados com moderação que restam confirmados. Recursos desprovidos e parcial provimento do reexame necessário.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação e de reexame necessário, este considerado interposto, da sentença de fls. 149/151, cujo relatório se adota, que julgou procedente o pedido em ação de obrigação de fazer ajuizada por V.G.F. (menor) contra o Município de Bariri e o Estado de São Paulo, para determinar aos réus que disponibilizem ao autor o medicamento indicado na inicial, incidindo a obrigação primeiramente ao Estado, na forma descrita no receituário de fls. 14, devendo ser renovada receita médica a cada seis meses. Os requeridos foram condenados, também, no pagamento de honorários advocatícios fixados em R$ 880,00 (oitocentos e oitenta reais).

Irresignado, apela o Município de Biriri (fls. 157/171), arguindo, preliminarmente, falta de interesse de agir por ausência de recusa do Poder Público, em sede administrativa, de fornecimento da droga. Aduz, ainda, que a via eleita é inadequada, vez que necessária, no caso, dilação probatória inadmitida pelo manejo do Mandado de Segurança. Argumenta que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, já que, conforme previsão regulamentar, medicamentos de dispensação excepcional são de responsabilidade do Estado. Defende, no mérito, que o fornecimento de medicamentos pelo sistema integrado do SUS obedece diretrizes que não foram estabelecidas pelo Município e que se trata, na verdade, de um sistema hierarquizado. Acrescenta que é responsável somente pelos medicamentos constantes na RENAME ou recebidos do Estado e que somente cabe ao Município requisitar do Estado os medicamentos especiais, extraordinários e de alto custo. Também, aduz que os medicamentos não foram atestados por médicos vinculados ao SUS, mas por médico particular, e que não

Acesso ao Sumário

se pode permitir que qualquer médico privado emita receitas de remédios a serem fornecidos pelo SUS, já que isto implica interferência indevida da atividade privada na atividade pública. Requer seja o recurso conhecido e provido para o fim de, reformando integralmente a sentença, ser julgado improcedente o pedido, invertendo-se o ônus da sucumbência. Prequestiona, por fim, os arts. 6º, parágrafo único, 10, 12, 80 e 87 da Lei nº 6.360/76; a Portaria 3.916/86 do Ministério da Saúde; os artigos 4º, § 2º, e 24, parágrafo único, da Lei nº 8.080/90; e os arts. 2º, 5º, LXIX, 196, 197 e 199, § 1º, da Constituição Federal.

Também a Fazenda do Estado de São Paulo (fls. 176/186) recorre, requerendo seja o recurso conhecido e provido com vistas à reforma da sentença para julgar improcedente o pedido. Sustenta, para tanto, que a parte autora já conta com tratamento médico eficiente prestado regularmente pelo Poder Público e requer o fornecimento de insulina análoga não padronizada. Aduz que as insulinas análogas, como a pleiteada, em nada são mais eficientes ou viáveis do que as insulinas humanas, já fornecidas pelo SUS, sendo apenas mais cômodas. Afirma que o direito à saúde não está isolado no texto constitucional e que também se deve atentar a diversas outras normas de mesma estatura que o condicionam e o mitigam. Argumenta que há várias necessidades a serem sanadas com recursos escassos do Estado e que cabe ao chefe do Poder Executivo, e não ao Judiciário, a gestão do orçamento público e a eleição de prioridades na elaboração de políticas públicas.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 187/190 e 197/200).

O parecer da Procuradoria de Justiça é pela manutenção da sentença (fls. 217/224).

É o relatório.

Há reexame necessário conforme Súmula nº 490, Colendo STJ (editada na vigência do Código de Processo Civil de 1973), em conformidade também ao art. 496, § 2º, Código de Processo Civil de 2015.

Os recursos voluntários não comportam provimento, ao passo que o reexame necessário deve ser parcialmente acolhido.

De início, rejeita-se a preliminar de falta de interesse de agir, visto que o sistema jurídico brasileiro não exige que seja exaurida a via administrativa como requisito para o ingresso na via judicial, em virtude do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal).

Sequer se verifica, aliás, tenha o autor impetrado Mandado de Segurança, conforme alegado pelo apelante. Ao contrário, ajuizou-se Ação de Obrigação de Fazer, de modo que não é o caso de se reconhecer a alegada ausência de interesse de agir pela modalidade *adequação* da via eleita.

De outra parte, a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelo Município de Bariri confunde-se com o mérito e com este será analisada.

Posto isto, a criança, portadora de "Diabetes Mellitus Tipo I" (fls. 15), comprovou a necessidade de se submeter a tratamento contínuo com o uso dos medicamentos prescritos a fls. 14, insulina "Lantus" (glargina) e insulina Humalog (Listro).

Posto isto, a hipossuficiência financeira do representante do menor é incontroversa nos autos, ao passo que, a fim de comprovar suas alegações, trouxe o autor aos autos o relatório médico de fls. 14/15, indicando a necessidade das insulinas específicas para o controle metabólico glicêmico. E dele não se há de exigir nada mais, considerando que referido relatório foi elaborado por profissional médico regularmente habilitado.

Em contrapartida, cabia ao ente público comprovar a desnecessidade dos medicamentos ou que já foram disponibilizados na rede pública ou, ainda, a existência de alternativa na rede pública que atenda, de maneira igualmente satisfatória, a necessidade do cidadão.

No entanto, assim não procedeu o ente público, deixando, inclusive, de indicar alternativa que efetivamente se mostre eficaz.

Logo, independentemente da realização de perícia, que se mostra desnecessária, conclui-se que os itens requeridos são, diante da solicitação médica, recursos indispensáveis ao tratamento da criança.

De seu turno, as questões atinentes à obtenção, pelos necessitados, de medicamentos e insumos a serem fornecidos pelo Poder Público, em consonância com o direito constitucional à saúde, já se encontram pacificadas pela jurisprudência pátria.

Deveras, já não mais se discute que o acesso universal e igualitário à saúde é direito fundamental consagrado constitucionalmente, competindo à Administração Pública o dever de promover com absoluta prioridade às crianças e adolescentes programas de assistência integral neste aspecto (art. 227, "caput" e § 1º, CF).

Dispõe o art. 11, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que *"Incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação"*. Nesta esteira, já se decidiu que *"não há dúvida de que o atendimento da sua pretensão à obtenção de remédio deve-se à primazia que decorre da doutrina da proteção integral e do princípio da prioridade absoluta, positivados no art. 227 da Constituição Federal e, especificamente no tocante à saúde, nos arts. 11 e seguintes do ECA e, ainda, no art. 24 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto Presidencial 99.710/90"* (AgRg no AREsp 556.574-PR, 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Rel. Min. Sérgio Kukina, em 25/8/15, DJe de 8/9/15).

Ademais, *"Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a*

Acesso ao Sumário

alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios" (RE 195.192-RS, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, v. un., Rel. Min. Marco Aurélio, em 22/2/00, DJ de 31/3/00, p. 60).

Realmente, sendo o direito à saúde um direito fundamental, compete ao Poder Público, indistintamente, fornecer o medicamento de que necessita o requerente, não se podendo argumentar com a competência exclusiva de algum ente estatal.

A propósito do assunto, confira-se a Súmula 37 desta Corte de Justiça, segundo a qual *"A ação para o fornecimento de medicamento e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno"*.

Portanto, não há dúvida acerca da responsabilidade solidária do Município em garantir o direito à saúde do apelado, merecendo reforma, neste particular, a sentença proferida.

Outrossim, não é demais ressaltar que inexiste violação ao princípio da separação de Poderes, mesmo porque o direito à saúde não está adstrito à discricionariedade do poder público, mas a ato estritamente vinculado, uma vez que ao Estado é imposto o dever de prestar ampla assistência médica e farmacêutica aos que dela necessitam (art. 196 da Constituição Federal). De fato, em se tratando da concretização de direitos fundamentais, não cabe ao Administrador justificar sua omissão com a aplicação da cláusula da "reserva do possível", pois sua conduta deve pautar-se pelo princípio da "máxima efetividade da Constituição" (conforme entendimento do C. STJ, no REsp nº 811.608/RS, Relator Ministro Luiz Fux, j. em 15.5.2007).

Conforme já se decidiu, *"A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. 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. Trata-se de obrigação solidária de todos os entes federativos, podendo ser pleiteado de qualquer deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios"* (Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 810.864-RS, 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, v. um., Rel. Min. Roberto Barroso, em 18/11/14, DJe de 2/2/15).

A questão encontra-se, inclusive, pacificada nesta Corte de Justiça, conforme entendimento consagrado nas Súmulas 65 e 66, ***in verbis***:

"Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da

Acesso ao Sumário

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".

"A responsabilidade para proporcionar meios visando garantir o direito à saúde da criança ou do adolescente é solidária entre Estado e Município".

Posto isto, por certo não prosperam as alegações dos entes públicos no sentido de que o referido insumo não consta de lista ou programas do Sistema Único de Saúde. Somente o médico que acompanha o paciente – pouco importando, aliás, se integrante ou não do Sistema Único de Saúde – possui pleno conhecimento de todos os aspectos da moléstia tem a capacidade de decidir qual é o tratamento mais adequado para o caso clínico. Entende-se ser irrelevante a padronização ou não dos medicamentos e insumos fornecidos pelo Estado, não lhe competindo questionar a eficácia do tratamento indicado por profissional médico, não se exigindo que este seja vinculado ao SUS.

Vale realçar, a propósito, que *"Igualmente, sabe-se que não compete ao ente público questionar a eficácia do tratamento indicado pelo médico, já que somente este profissional, porque acompanha o paciente e possui conhecimento de todos os aspectos da moléstia, tem condições e capacidade técnica para decidir qual é o processo mais adequado. Outrossim, também já se assentou na jurisprudência que não há necessidade de se obedecer a protocolos estabelecidos para o fornecimento dos medicamentos pleiteados, e que as normas constitucionais que tratam do direito à saúde não são meramente programáticas"* (Apelação nº 0025880-27.2014.8.26.0576 – São José do Rio Preto, Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Artur Marques da Silva Filho, em 7/12/15).

Não restam dúvidas, pois, quanto à obrigatoriedade de a Fazenda do Estado de São Paulo e o Município de Bariri fornecerem, solidariamente, o insumo prescrito.

Por fim, no caso de eventual descumprimento da obrigação, a multa diária é plenamente aplicável à Administração Pública, conforme precedente do Colendo STJ (AgRg no REsp 1299694/RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 29.10.15).

O valor arbitrado, contudo, mostra-se um tanto excessivo e deve, sem limitação de dias de incidência, ser reduzido para R$ 300,00 (trezentos reais) por dia de descumprimento, indistintamente para ambos os réus, vez que se cuida de obrigação solidária. Reputa-se que tal valor melhor atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e eventual excesso poderá, se o caso, ser sanado até mesmo de ofício, uma vez que *"o valor da astreinte não faz coisa*

Acesso ao Sumário

julgada material, pois pode ser revista mediante a verificação de insuficiência ou excessividade" (REsp nº 705.914/RN, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, em 15/12/05, DJ 6/3/06, pág. 378).

Os honorários advocatícios, de outra parte, arbitrados em R$ 880,00 (oitocentos e oitenta reais) para cada réu sucumbente, foram fixados com moderação e são, por isso, confirmados.

Isto posto, pelo meu voto, nega-se provimento aos apelos e dá-se parcial provimento ao reexame necessário, nos termos da fundamentação supra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0024740-55.2015.8.26.0015, da Comarca de São Paulo, em que é apelante W.S.S. (MENOR), é apelado P. DE J. DA 2 V. E. DA I. E J. DA C..

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.935)**

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, 15 de dezembro de 2016.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: Representação julgada procedente, aplicando ao jovem medida socioeducativa de internação, sem prazo determinado, pela prática de atos infracionais equiparados às condutas tipificadas nos artigos 157, § 2º, I e II, e 157, § 2º, II, todos do Código Penal – Apelo do adolescente visando, preliminarmente, ao recebimento do recurso no duplo efeito e, quanto ao mérito, à improcedência da representação ou ao afastamento da majorante relativa ao emprego de arma de fogo, bem como, subsidiariamente, à substituição da medida adotada por outra em meio aberto – Descabimento – Preliminar prejudicada – Materialidade e autoria certas – Incidência da

Acesso ao Sumário

Súmula nº 86 desta Egrégia Corte de Justiça – Ato infracional grave e condições pessoais desfavoráveis a recomendar a manutenção da medida extrema – Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo jovem W.S.S. contra a r. sentença (fls.101/104) que julgou procedente a representação oferecida pelo Ministério Público em seu desfavor, aplicando-lhe a medida socioeducativa de internação, sem prazo determinado, pela prática de ato infracional equiparado aos crimes previstos nos artigos 157, § 2º, incisos I e II, e 157, § 2º, inciso II, todos do Código Penal.

Apela o menor visando, preliminarmente, ao recebimento do recurso no duplo efeito e, quanto ao mérito, à improcedência da representação, bem como ao afastamento da majorante relativa ao emprego de arma de fogo e, ainda, à substituição da medida aplicada por outra em meio aberto (fls.123/133).

Recebido o recurso (fl.134), foram apresentadas contrarrazões (fls.139/145), mantida a respeitável sentença por seus próprios fundamentos (fl.147) e, nesta instância, manifestou-se a Douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do apelo (fls.156/167).

É o relatório.

Preliminarmente, quanto à pretendida concessão de efeito suspensivo ao recurso, tem-se que em razão do presente julgamento, tal encontra-se prejudicado.

Não obstante, o Enunciado nº 6 do Fórum Permanente de Estudos dos Juízes da Infância e da Juventude do Estado de São Paulo – FOPEJISP, assim dispõe: *'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'*.

Em outras palavras e, como é cediço, inexiste determinação legal do trânsito em julgado da sentença para o início do cumprimento de medida socioeducativa.

Nesse mesmo diapasão, também, recente entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ECA. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO ROUBO CIRCUNSTANCIADO.

Acesso ao Sumário

EFEITO SUSPENSIVO. APELAÇÃO. IMEDIATA EXECUÇÃO DA MEDIDA. POSSIBILIDADE. TRÂNSITO EM JULGADO. DESNECESSIDADE. APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ORDEM NÃO CONHECIDA. 1. A partir do julgamento do HC 346.380, relatado pelo Ministro Rogério Schietti (julgado em 13/4/2016), a 3ª Seção deste Superior Tribunal passou a adotar o entendimento de que ***a não concessão de efeito suspensivo à apelação interposta em face de sentença que aplique medida socioeducativa não viola o direito fundamental de presunção de não culpabilidade****. 2. Entendeu a Turma que, diante do caráter ressocializador e protetivo das medidas socioeducativas, condicionar a execução da medida socioeducativa ao trânsito em julgado da sentença que acolhe a representação ministerial é medida que contrasta com o princípio da proteção integral e do superior interesse, norteadores da atividade do magistrado no âmbito do direito menorista. 3.* ***Não podendo ser cumprida de imediato a sentença monocrática, as medidas socioeducativas perderiam por completo seu caráter preventivo, pedagógico, disciplinador e protetor, pois somente poderiam ser aplicadas depois de confirmadas pela instância ad quem, alguns ou vários meses depois*** *(HC 188.197/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 01/08/2011). 4. Quanto a aplicação da atenuante da confissão espontânea – art. 65, inciso III, 'd' do Código Penal –, de modo a reduzir a sanção imposta ao paciente, incabível o acolhimento da pretensão ante a ausência de previsão legal, pois inexiste 'dosimetria em aplicação de medida socioeducativa, tampouco previsão legal para atenuação da medida em face da confissão do adolescente, não há se falar em aplicação de medida mais branda, unicamente, por tal motivo. Ainda mais quando existe farta fundamentação concreta que demonstra a adequação da medida aplicada' (HC n. 301135/SP, 6ª Turma, Min. Relator ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, DJe 1º/12/2014). 5. Ordem não conhecida." (Habeas Corpus* nº 338.209/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2016, grifos nossos).

No que tange ao mérito, as provas colhidas autorizam a procedência da representação, uma vez que foi comprovada a prática de ambas as infrações equiparadas aos delitos previstos nos artigos 157, § 2º, I e II, e 157, § 2º, II, do Código Penal.

Não remanescem dúvidas acerca das materialidades e da autoria, do que se infere dos Boletins de Ocorrência de nsº 13066/2015, 13669/2015 e 13259/2015, auto de exibição e apreensão, de reconhecimento de pessoa, bem como pela confissão dada em oitiva informal perante o Ministério Público (fl.7).

Embora tenha o apelante permanecido em silêncio na audiência de apresentação, tem-se que tal fato não lhe foi considerado como prejudicial, pois a autoria restou comprovada por outros elementos, em especial pela sua confissão perante a autoridade policial e o Ministério Público, em perfeita consonância

Acesso ao Sumário

com os depoimentos das vítimas e peça incoativa.

O fato de permanecer em silêncio em Juízo não afasta o valor probante da confissão feita, posto que, repita-se, a versão anterior foi confirmada por outros elementos de prova produzidos nos autos. Portanto, de acordo com a mansa e pacífica jurisprudência, deve-se dar credibilidade à confissão realizada na fase administrativa quando esteja amoldada às demais prova dos autos. Além do mais, o representado pode manter-se em silêncio, mas sem prejuízo do livre convencimento do juiz, que deve fundá-lo no exame das provas em conjunto (Código de Processo Penal, art. 200).

E, com relação ao afastamento da majorante correspondente ao uso de arma de fogo consigne-se que a ausência de laudo oficial pode ser suprida pelo restante das provas produzidas durante a instrução processual. Aliás, oportuno destacar que a Súmula nº 86 deste Tribunal estabelece: *"Em se tratando de ato infracional equiparado a crime contra o patrimônio, a ausência de exames e laudos técnicos sobre armas não prejudica o reconhecimento da materialidade do ilícito se outros elementos de prova puderem atestá-la"*

Nesse sentido decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"HC. ECA. Ato infracional equiparado ao roubo circunstanciado. Incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I do CP. Desnecessidade de apreensão e perícia da arma de fogo para comprovação da potencialidade lesiva. Constrangimento ilegal inexistente. Conduta efetivamente praticada com grave ameaça à pessoa. Medida de internação. Possibilidade.

1. Segundo entendimento pacificado da Terceira Seção desta Corte, a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, prescinde da apreensão da arma e do exame pericial.

2. A lesividade da conduta pode ser comprovada por outros meios, como declarações das vítimas ou depoimentos de testemunhas.

3. O ECA permite a aplicação da medida socioeducativa da internação, por prazo indeterminado, na hipótese de ato infracional praticado com grave ameaça ou violência contra pessoa, desde que não ultrapassado o prazo máximo legal e se não houver outra medida mais adequada ao caso.

4. Devidamente justificada a medida de internação diante da natureza do ato infracional, perpetrado com emprego de arma de fogo e concurso de agente, em conformidade com o art. 122, inciso I, do ECA.

5. Ordem denegada" (HC 238774-SP, Sexta Turma, rel. Min. OG FERNANDES, j. 18.06.12)

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL DE ARMA DE FOGO. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO EMPREGO DE ARMA.

Na dicção da douta maioria, não se afigura imprescindível a apreensão

da arma de fogo ou a realização da respectiva perícia para fins de caracterização da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, se as provas carreadas aos autos efetivamente comprovam a ocorrência da majorante (Precedentes). Recurso provido" (REsp 789.421/RS, rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, j. em 18.04.2006, DJ 05.06.2006 p. 314).

Por fim, com relação à medida socioeducativa aplicada, razão não assiste ao recorrente.

É bem verdade que na escolha da medida socioeducativa deve-se levar em consideração além da gravidade da infração perpetrada, sua finalidade de ressocialização e o contexto subjetivo particular do infrator, como pessoa em desenvolvimento, nos termos do § 1º do artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com efeito, os atos infracionais praticados pelo jovem são de natureza grave, a denotar desvio de conduta e a indicar a necessidade do acompanhamento mais severo através da internação. No caso, além da gravidade da conduta infracional perpetrada, as condições pessoais do apelante também militam em seu desfavor, ao contrário do alegado pela Defesa.

Consta dos autos que o apelante ostenta diversas passagens pela Vara da Infância e da Juventude e que quando apreendido em flagrante estava descumprindo medida socioeducativa de liberdade assistida após ter progredido da internação, tudo a indicar seu forte envolvimento com o meio infracional e ausência de respaldo familiar.

Em tais circunstâncias, não se vislumbram motivos suficientes que possam justificar a aplicação de medida menos gravosa, mostrando-se mais adequada a manutenção da internação, que permitirá ao recorrente o recebimento da orientação da qual necessita para que possa dar continuidade aos estudos, além de poder se capacitar profissionalmente.

Pelo exposto, **nega-se provimento** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000805-38.2015.8.26.0515, da Comarca de Rosana, em que é apelante MUNICÍPIO DE ROSANA, é apelado K.G.B.S. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso. Determinaram a remessa para a Seção de Direito Público. V.U. Acórdão com o 2º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.220)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), vencedor, ISSA AHMED, vencido e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 5 de dezembro de 2016.

RICARDO DIP, Relator Designado e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: MEDICAMENTOS. DEMANDA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER FUNDADA NO DIREITO À SAÚDE. COMPETÊNCIA.

A só circunstância de um dado processo ter por beneficiário um menor não atrai a competência da Vara da Infância e Juventude, que apenas se firma na matéria específica do Juízo minoril, que não se avista em demanda cujas partes são pessoas jurídicas de direito público.

Não acolhida do recurso e encaminhamento para redistribuição a uma das colendas Câmaras com competência preferente na Seção de Direito Público.

VOTO

RELATÓRIO:

1. O menor K.G.B.S. e sua mãe, E.M.S.B., noticiando o uso contínuo dos medicamentos *Concerta* 18mg e *Forfig* 100mg, ajuizaram demanda de obrigação de fazer contra o Município de Rosana, com o fim de obter o gratuito fornecimento dessas medicações, propícias ao tratamento de suas enfermidades.

2. A r. sentença, confirmando a tutela antecipada (fls. 23 e vº), julgou procedente a pretensão, fixando os honorários sucumbenciais em R$ 300,00 (fls. 55-6).

3. Do decidido, apelou o Município requerido, arguindo e alegando *(i)* falta de interesse de agir, tendo em vista a ausência de prova da negativa do pedido administrativo, *(ii)* ofensa ao princípio da separação dos poderes e *(iii)* restrições orçamentárias. Subsidiariamente, pleiteia o afastamento da condenação nos honorários sucumbenciais (fls. 60-7).

Não se respondeu ao recurso (fl. 73).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela manutenção da r. sentença (fls. 77-83).

Acesso ao Sumário

É o relatório em acréscimo ao da sentença.

VOTO:

4. Versam os autos demanda de obrigação de fazer proposta contra o Município de Rosana, com escopo de obter medicações imprescindíveis ao tratamento de suas enfermidades.

5. Cabe exame acerca da competência da Câmara de Direito Público para apreciar e decidir a espécie, acenando-se ao fato de que a questão também diz respeito a defesa de direito fundamental da criança, o que, em tese, poderia convocar a competência desta Câmara Especial, órgão julgador especializado.

6. A leitura da inicial da ação de referência permite verificar que seu fundamento é o direito à saúde, previsto constitucionalmente, bem como a obrigação do Estado de fornecer o necessário para efetivar esta garantia.

Não se recolhe da inceptiva e das razões recursais nenhuma invocação ao Direito da Criança e do Adolescente, tampouco à Lei n. 8.069/1990 (de 13-7).

7. A só circunstância de um dado processo ter por autor um **menor** não atrai, de modo absoluto, a competência da Vara da Infância e Juventude, que apenas se firma na **matéria específica** do Juízo minoril.

Tratando-se de demanda individual em que ausente **situação de risco**, diante de regular amparo familiar do menor, falta ao caso o pressuposto para a atração da competência jurisdicional especializada para as questões do Direito da Infância e da Juventude.

É verdade que esse entendimento se ancora em interpretação extensiva, porque, de modo literal, a norma autorizadora inscrita no parágrafo único do art. 148 da Lei n. 8.069 apenas seria aplicável às hipóteses estritas nela referidas.

Ressalvadas as matérias alistadas no *caput* desse art. 148, a competência da Justiça da Infância e da Juventude alarga-se para abarcar situações ordinariamente afetas à Justiça Cível somente **se e quando** presentes as hipóteses do art. 98 do ECA, a que remete o parágrafo único do mesmo artigo, e que concirnam a crianças e adolescentes expostos a uma concreta **situação de risco** quanto à efetivação de seus direitos peculiares.

De resto, se à Justiça especializada coubesse a remessa de todos os processos que envolvessem interesses de menores, não se saberia como compaginar essa orientação com a ideia-matriz de que o Direito da Infância e da Juventude se especialize para a regulação de situações **coletivas** e, sobretudo, de **risco**, sem subtrair de seus segmentos próprios (p. ex. o do Direito de Família, o do Direito de Sucessões, o do Direito de Previdência) inúmeras questões que, *quodammodo*, afetam interesses de menores.

Averbe-se que as previsões do art. 208 da Lei n. 8.069/1990 (de 13-7) e de seu art. 209 (que prescreve correlata competência absoluta do Juízo da Infância e da Juventude) concernem a **processos coletivos**, ainda que referíveis

a interesses **individuais** homogêneos.

Não presente, destarte, situação a justificar a atuação da Justiça Especializada da Infância e Juventude, deve a causa deslindar-se perante uma das egrégias Câmara s de Direito Público deste Tribunal de Justiça.

PELO EXPOSTO, não se conhece do recurso, determinando a redistribuição a uma das colendas Câmaras de Direito Público desta Corte (autos n. 0000805-38.2015 da Vara da Comarca de Rosana).

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008682-40.2016.8.26.0015, da Comarca de São Paulo, em que é apelante E.F.M. (MENOR), é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA 2ª VARA ESPECIAL DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DA CAPITAL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto por E.F.M., mantendo-se, na íntegra, a r. sentença recorrida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.564)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 30 de janeiro de 2017.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Infância e Juventude. Apelação. Ato infracional equiparado ao crime de roubo tentado. Recurso defensivo. Absolvição pretendida por insuficiência de provas de autoria. Descabimento. Confissão do adolescente perante os funcionários da Fundação CASA em consonância com o conjunto probatório. Depoimento do ofendido em Juízo. Responsabilização de rigor. Medida socioeducativa de internação e medidas protetivas de inserção do adolescente em acompanhamento psicoterápico e tratamento contra drogadição necessárias e adequadas ao caso concreto. Apelo desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo adolescente **E.F.M.** contra a r. sentença de fls. 73/74, que julgou parcialmente procedente a representação e o submeteu à medida socioeducativa de internação e a inserção em acompanhamento psicoterápico e tratamento contra a drogadição pela prática de ato infracional análogo ao crime previsto no art. 157, *caput*, c.c. art. 14, II, ambos do Código Penal. Inconformada, recorre a defesa pugnando pela absolvição por insuficiência de provas de autoria. Subsidiariamente, requer a alteração da medida socioeducativa imposta para outra em meio aberto (fls. 82/89).

O recurso foi bem processado, com contrariedade oferecida pelo Ministério Público (fls. 95/99).

A r. sentença foi mantida (fl. 100).

A d. Procuradoria de Justiça ofertou parecer nos autos (fls. 108/116).

É o relatório.

O recurso interposto não comporta provimento.

Consta da representação que, no dia (...), por volta das (...), na Rua (...), altura do número (...), na cidade de (...), E.F.M., mediante violência, subtraiu para si um celular marca (...), de propriedade da vítima R.B.S.

Apurou-se que a vítima falava ao celular na via pública, momento em que o adolescente a abordou e, de forma abrupta e violenta, reduzindo-a à impossibilidade de resistência, arrebatou o celular de suas mãos. Consumada a subtração, o adolescente evadiu-se do local correndo.

A materialidade está demonstrada pelo boletim de ocorrência (fls. 46/48), auto de exibição, apreensão e entrega (fls. 49/50), bem como pela prova oral trazida aos autos.

A autoria está igualmente comprovada.

Em oitiva informal, **E.F.M.** confessou a prática do ato infracional descrito na representação, esclarecendo possuir passagens anteriores e já ter cumprido duas medidas socioeducativas de internação (fl. 2).

Em audiência, por sua vez, **E.F.M.** permaneceu em silêncio (fl. 59).

A vítima **R.B.S.** não conseguiu reconhecer o autor do ato infracional em audiência. Disse que pegou seu celular a fim de ligar para sua esposa quando um rapaz se aproximou por trás, pegou o celular e saiu correndo. Os policiais conseguiram recuperar o celular imediatamente porque passavam pelo local dos fatos (mídia digital).

A testemunha **C.B.**, técnica psicóloga, disse, em audiência, que acompanhou o apelante no cumprimento de medida socioeducativa. Disse que E.F.M. sempre participou das atividades propostas enquanto cumpria liberdade

Acesso ao Sumário

assistida. Não soube dizer por qual motivo o apelante, mesmo cumprindo liberdade assistida, voltou a praticar ato infracional (mídia digital).

Em que pese o adolescente ter permanecido em silêncio em Juízo, ele confessou a prática dos fatos perante os funcionários da Fundação CASA. De acordo com o documento de fls. 65/69: *"O adolescente assume a participação no delito, refere que seu objetivo era vender para colocar aparelho nos dentes (sic)"* – fl. 65.

A confissão extrajudicial de E.F.M. foi corroborada pelas demais pessoas ouvidas em juízo.

Assim, ao contrário do que alega a defesa, as provas amealhadas são suficientes a embasar a responsabilização do apelante.

No que tange à medida socioeducativa e às medidas protetivas aplicadas, andou bem a I. Magistrada.

A internação está expressamente prevista no art. 122, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, como cabível para o ato infracional em apreço, pois praticado mediante violência ou grave ameaça à pessoa.

E.F.M. cumpria medida socioeducativa de liberdade assistida por ocasião da prática do ato infracional descrito na representação. Ademais, ostenta responsabilizações anteriores, com a submissão a medidas socioeducativas de internação, o que permite concluir que os períodos em que permaneceu na Fundação CASA não foram suficientes a afastá-lo do meio infracional.

O relatório de diagnóstico polidimensional aponta a imaturidade do apelante, ausência de crítica quanto às consequências de seu envolvimento com atos infracionais, além da frágil supervisão familiar. De acordo com referido documento: *"Quando perguntado sobre os sentimentos em relação à família, não consegue expressar, parece alheio aos aspectos afetivos e parece ter dificuldade em expressar emoção. O adolescente não consegue ponderar responsabilizações, apresentando imaturidade, sem apresentar senso de crítica frente às recorrentes entradas na Fundação. Refere que morou em vários abrigos desde os 9 anos, pois fugia de casa e levava seu irmão mais novo junto, ficou assim por cerca de dois anos, contudo a família o visitava no local até conseguirem levá-lo para casa. A avó materna possui a guarda de E., a genitora sofre de esquizofrenia e retardo mental moderado e não reúne condições de cuidar"* (fl. 65).

Ademais, E.F.M. faz uso de maconha, o que denota sua maior exposição a situações de risco, inerentes ao nefasto mundo das drogas.

Portanto, a medida de internação e a inserção do apelante em acompanhamento psicoterápico e tratamento contra drogadição se mostram adequadas e necessárias ao seu processo de reeducação, ressaltando-se o caráter pedagógico da internação, motivo pelo qual deve ser mantida.

Acesso ao Sumário

Isto posto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto por **E.F.M.**, mantendo-se, na íntegra, a r. sentença recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000231-36.2016.8.26.0626, da Comarca de Caraguatatuba, em que são apelantes A.D.M.S. e G.N. (MENOR), é apelado P. DE J. DA V. I. E J. DE C.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.921)**

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, 30 de janeiro de 2017.

ADEMIR BENEDITO, Vice-Presidente e Relator

Ementa: Apelação – Ato infracional – Conduta tipificada como roubo majorado pelo concurso de agentes – Arguição de nulidade do feito por ilicitude da prova produzida em decorrência de invasão de domicílio e em razão da realização de uma única audiência – Afastamento – Não demonstração das alegações de Defesa – Inocorrência de cerceamento de Defesa – Materialidade e autoria demonstradas – Confissão informal – Palavra das vítimas – Validade do depoimento policial – Aplicação de medidas socioeducativas de internação – Infração cometida mediante grave ameaça e restrição de liberdade das vítimas – Condições pessoais dos adolescentes que recomendam a aplicação da medida de custódia – Recursos não providos – Sentença mantida, com observação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação de apuração de ato infracional oferecida pelo Ministério

Público em face de A.D.M.S. e G.N., representados pela prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 157, § 2º, II, do Código Penal.

Pela r. sentença de fls. 155/159, cujo relatório se adota, a ação foi julgada procedente, reconhecendo-se prática infracional e sendo aplicada aos adolescentes a medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado e com sugestão de prazo mínimo para o cumprimento.

Inconformados, apelam os adolescentes.

A., representado por advogado constituído, argui nulidade do feito a partir da audiência una, uma vez que teria ocorrido em desconformidade com o estabelecido nos artigos 184 e 186 do ECA, violando o exercício da ampla defesa. Aponta, ainda, nulidade das provas decorrente de suposta invasão de domicílio praticada pelos policiais militares (fls. 199/204).

Já G., assistido pela Defensoria Pública, pleiteia o recebimento do recurso no efeito suspensivo, argui nulidade da prova decorrente de suposta invasão de domicílio e coação praticada por policiais, pleiteia a absolvição por falta de provas ou, subsidiariamente, o abrandamento da medida socioeducativa imposta (fls. 221/247).

Recursos tempestivos, isentos de preparo, com contrarrazões (fls. 211/219 e 250/257).

Tacitamente mantida a decisão recorrida, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 263/269).

É o relatório.

Apesar da revogação do inciso VI do artigo 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ante a procedência da representação, a internação provisória inicialmente decretada convalidou-se.

Ao conferir apenas efeito devolutivo ao recurso, não se viola o disposto no artigo 1.012 do Código de Processo Civil, haja vista a aplicação da regra do § 1º, inciso V do referido dispositivo legal.

Assim, ao decretar a internação provisória do menor quando do recebimento da representação (fls. 59 e 65/66), o juiz antecipou os efeitos da tutela jurisdicional.

A respeito do assunto assinalou Galdino Augusto Coelho Bordallo, na obra "Curso de Direito da Criança e do Adolescente", 4ª edição, Lumen Juris, 2010, págs. 782 a 784, que:

> *"Nas ações socioeducativas teremos um duplo regime dos efeitos da apelação, tudo dependendo da situação do adolescente durante o curso do processo, isto é, se no momento da prolação da sentença esteja ele internado provisoriamente ou cumprindo alguma outra medida socioeducativa provisória.*
>
> *(...)*

Acesso ao Sumário

Diverso será o regime dos efeitos da apelação quando tivermos uma sentença condenatória em processo socioeducativo em que o adolescente se encontre internado provisoriamente ou lhe tenha sido aplicada uma medida socioeducativa provisória. Quando subsistir uma das duas situações no momento da prolação da sentença condenatória – qualquer que seja a medida socioeducativa que venha a ser aplicada –, a apelação será recebida apenas no efeito devolutivo, na forma do art. 520, VII, do CPC.

(...)

Com a confirmação, na sentença, da internação provisória ou da medida socioeducativa provisória, a possível apelação que venha a ser interposta será recebida apenas no efeito devolutivo, o que possibilita que seja iniciada a execução provisória da medida socioeducativa cominada. O início imediato da execução provisória encontra-se em total consonância com as bases principiológicas do Direito da Criança e do Adolescente, eis que encontra-se atendida a Doutrina da Proteção Integral e o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente".

Já as nulidades arguidas devem ser rejeitadas.

Como se verá detalhadamente quando da discussão das provas, a ação da polícia militar na residência do imputável G. não configura invasão de domicílio, nos termos do artigo 5º, XI, da Constituição Federal.

Com efeito, como bem observado pelo magistrado *a quo* a fls. 156, os adolescentes e seus comparsas estavam em situação de flagrante delito uma vez que haviam acabado de praticar o roubo.

Tendo os agentes da lei ingressado na residência para procurar os suspeitos ou os bens nessa situação, não há que se falar de inconstitucionalidade da ação.

Nesse sentido:

No tocante ao argumento de ocorrência de invasão de domicílio por parte dos policiais ante a situação de flagrância em que se encontravam os recorrentes, esta eg. Corte é assente no sentido de não se considerar ilegal a prisão (RCH nº 54.113 – Relator Min. Felix Fischer, da 3ª Turma Criminal do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 05 de fevereiro de 2015).

Depois, não deve prosperar a alegação de que o jovem sofreu tortura para confessar e não foi informado do direito de permanecer em silêncio, como já afastado pelo magistrado singular. Confira-se:

"Outrossim, não há ilicitude de provas visto que conforme certificado pela autoridade policial os menores foram informados dos direitos e garantias individuais em especial os de receber assistência de família ou de advogado (fls. 22 e seguintes). Nota-se ainda que por ocasião da oitiva informal perante o Promotor de Justiça, os pais estiveram presentes." (fls. 156)

Finalmente, no que diz respeito à realização de apenas uma audiência, nenhum reparo a ser feito.

A condensação de todos os atos processuais que são feitos perante o magistrado em uma única oportunidade – uma clara homenagem ao princípio da celeridade processual, que é especialmente bem-vinda nos processos afetos à infância e juventude – em nada cerceou o exercício da ampla defesa.

Isso porque na decisão de fls. 65/66 já houve intimação para que fosse apresentada a defesa prévia com rol de testemunhas. A Defesa do adolescente A. ingressou nos autos a fls. 100/103 (17.05.16), ocasião em que tinha ciência inequívoca sobre a audiência designada, bem como a determinação para apresentação do rol de testemunhas, em 03 (três) dias (fls. 65/66); mas não o fez, nem interpôs qualquer recurso, tendo apresentado alegação de nulidade apenas em suas alegações finais, de modo que não se verifica qualquer cerceamento. O processo, como se sabe, tem caráter instrumental, e não há nulidade sem prejuízo.

Quanto ao mérito, segundo consta, em (...), G. e A., ambos com 17 anos à época, em unidade de desígnios entre si e com os imputáveis G.R.L. e A.S.A., subtraíram mediante violência e grave ameaça exercida pelo emprego simulacro de arma de fogo contra E.N.C.G. e T.A.C.G. um celular pertencente às vítimas.

A materialidade e a autoria do ato infracional imputado aos jovens estão comprovadas pelo auto de prisão em flagrante (fls. 02/03), boletim de ocorrência (fls. 32/38), auto de exibição e apreensão (fls. 39/40), autos de reconhecimento de pessoa (fls. 41/42), auto de reconhecimento de objeto (simulacro, fls. 43) e prova oral obtida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Embora tenham permanecido em silêncio quanto aos fatos em juízo (fls. 154 e mídia digital), os adolescentes confessaram a prática infracional perante o representante do Ministério Público (fls. 57/58 e 82/83).

Em oitiva informal, os jovens esclareceram que planejaram o roubo por cerca de dez dias e escolheram as vítimas porque G. havia trabalho na casa delas. Durante a ação, invadiram a residência, renderam seus ocupantes e "reviraram-na" em busca de bens de valor, encontrando apenas o celular.

E inexiste razão para deslegitimá-la por não ter sido confirmada em juízo, conforme entendimento jurisprudencial sedimentado. Nesse sentido:

> *"Processo penal. Prova. Confissão extrajudicial. Posterior retratação judicial. Eficácia probatória da confissão realizada perante a autoridade policial. A confissão vale, não pelo lugar onde é prestada, mas por seu próprio teor, sempre que confirmada pelo restante do conjunto probatório." (APELAÇÃO nº 0004828-11.2015.8.26.0197; Comarca: Francisco Morato; Relator: Des. Souza Nery; 9ª Câmara de Direito Criminal, V.U., Data do julgamento: 30/06/2016).*

Acesso ao Sumário

Até porque as demais provas produzidas corroboram-na.

As duas vítimas reconheceram os adolescentes no distrito policial (fls. 41/42), o que foi reiterado em Juízo, oportunidade em que esclareceram as circunstâncias do roubo que sofreram (fls. 154 e mídia digital).

Os ofendidos narraram a prática do roubo tal como descrita na representação, relatando que tiveram sua casa invadida por quatro indivíduos armados com uma faca e com o que acreditavam ser um revólver, que anunciaram o assalto. Contaram que foram amordaçados, estiveram sob ameaças constantes durante cerca de vinte minutos e que tiveram um celular e joias subtraídas. Disseram, ainda, que conheciam o imputável Gabriel, que teria sido responsável por planejar o assalto.

Note-se que não há nenhuma razão para que se desconfie do relato das vítimas, que sequer conheciam os apelantes.

Conforme assinalado na apelação cível 3023259-29.2013.8.26.0224, comarca da Guarulhos, relator Des. Pinheiro Franco, então Presidente da Seção de Direito Criminal, julgada em 12/05/2014, v.u.:

> *"Nunca é demais lembrar que a palavra do ofendido, nos casos de roubo, assume papel de importância capital, porque, em regra, é ele quem visualiza o agente e sua conduta. E quando o relato, guardando sintonia com o remanescente da prova colhida, se reveste de coerência, robustez e segurança e não demonstra qualquer tendência para o exagero ou o prejuízo injusto, deve ser aceito como elemento hábil à procedência da representação (...).*
>
> *Aliás, 'a vítima é sempre pessoa categorizada a reconhecer o agente, pois sofreu o traumatismo da ameaça ou da violência, suportou o prejuízo e não se propõe acusar inocente, senão procura contribuir – como regra – para a realização do justo concreto' (RJTACRIM – vol. 39 – Relator o então Juiz Renato Nalini)".*

Além disso, pesa contra os apelantes o depoimento de A.A.D., um dos policiais responsáveis pela apreensão (fls. 170 e mídia digital).

A testemunha relatou que recebeu informação sobre o roubo e que se dirigiu ao local dos fatos para ajudar na sua apuração. Lá, foi informado por vizinhos sobre o carro que deu fuga aos agentes e que rastreou seu proprietário chegando até a sogra de G., que informou ter emprestado o carro ao genro. Num primeiro momento, ele negou qualquer envolvimento com o roubo. Depois, acabou por confessar a prática e apontar seus comparsas, dentre eles os representados.

O policial foi ouvido sob compromisso, produzindo relato verossímil e coerente.

A propósito do valor dos depoimentos policiais, restou assinalado na apelação cível nº 3006028-05.2013.8.26.0348, comarca de Mauá, relator Des.

Pinheiro Franco, então Presidente da Seção de Direito Criminal, julgada em 26/05/2014, que:

> *"A presunção é de idoneidade dos testemunhos, competindo à defesa a prova, ainda que indiciária, do abuso ou vício na conduta dos agentes da lei".*

Nada predispunha o policial à distorção dos fatos; não vem delineada nos autos circunstância que o levasse a cometer fraude, abuso de autoridade e falso testemunho.

Assim, em que pese o silêncio dos jovens perante a autoridade judiciária, a confissão informal corroborada pela palavra das vítimas e pelo depoimento policial revela o acerto da sentença ao responsabilizá-los pela prática do roubo em concurso de agentes.

Tampouco quanto ao tratamento ressocializador eleito a sentença comporta reforma.

Trata-se de prática de ato infracional gravíssimo, que pôs em risco a incolumidade psíquica das vítimas posto que cometido mediante grave ameaça contra pessoa, o que realmente autoriza a imposição da medida de internação de acordo com o estabelecido no artigo 122, I, da Lei 8.069/90.

Não se pode esquecer que o autor de roubo demonstra ousadia e periculosidade, características que reclamam acompanhamento mais eficiente e severo, o que mostra necessária a compressão da liberdade de quem o pratica.

Esse o pensamento dominante nesta Câmara Especial, conforme restou decidido na apelação cível 0011967-46.2013.8.26.0015, relator Desembargador Ricardo Anafe, então Presidente da Seção de Direito Público, julgada em 28/04/2014:

> *"Nenhum reparo comporta também a sentença no que tange à medida socioeducativa aplicada. Com efeito, o envolvimento do apelante na prática de ato infracional correspondente ao crime de roubo, agravado pelo concurso de agentes, justifica indubitavelmente a aplicação da medida socioeducativa de internação, com fundamento no inciso I do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, mesmo considerada a excepcionalidade da medida. Trata-se de conduta a expressar ousadia e periculosidade inequívoca. Exige, bem por isso, pronta e eficaz resposta estatal".*

E o caso em tela é especialmente grave, uma vez que houve invasão de domicílio e privação de liberdade das vítimas, dentre elas um deficiente físico.

A situação de G. é ainda mais séria, uma vez que ele ostenta registro anterior pela Vara da Infância e Juventude (fls. 72/81) e já foi submetido a tratamento ressocializador mais brando, que foi descumprido e se mostrou inócuo.

De acordo com o princípio da proteção integral, a medida de internação

Acesso ao Sumário

visa a proporcionar reabilitação aos infratores que, como os apelantes, não encontraram orientação e mecanismos de contenção suficientes em sua família e que, com a medida, poderão contar com suporte psicológico, pedagógico e profissionalizante.

Não se pode olvidar que os jovens serão periodicamente avaliados, podendo obter reversão da medida se vierem a demonstrar inequívoca aptidão para o retorno ao meio aberto, respeitados os limites do artigo 121, §§ 3º e 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Finalmente, como bem observado pelo i. Defensor Público, a medida eleita não comporta prazo determinado, nos termos do artigo 121, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, não cabia ao M.M. Juiz sentenciante sugerir prazo mínimo para cumprimento da medida, já que, tal questão é afeta ao Juízo da Execução.

Ante o exposto, nega-se provimento aos recursos, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005866-68.2016.8.26.0635, da Comarca de São Paulo, em que é apelante W.A.C. (MENOR), é apelado P. DE J. DA 4 V. E. DA I. E J. DA C.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao recurso interposto, mantendo-se, na íntegra, a r. sentença recorrida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.569)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 6 de fevereiro de 2017.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação. Infância e Juventude. Ato infracional equiparado ao crime tipificado no art. 333, *caput* do Código Penal. Adolescentes que ofereceram dinheiro a policiais militares visando à libertação de traficantes de entorpecentes presos em flagrante com grande quantidade de drogas e dinheiro. Relatos coerentes e harmônicos dos policiais militares. Prova oral hábil. Negativa de autoria isolada nos

autos. Procedência da representação bem decretada. Aplicação de medida socioeducativa de internação que não comporta reparo.

Apelo desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo adolescente **W.A.C.** contra a r. sentença de fls. 84/89, que julgou parcialmente procedente a representação oferecida contra ele e o adolescente D.F.O. responsabilizando-os pela prática do ato infracional equiparado ao delito previsto no art. 333, *caput* do Código Penal, com aplicação ao adolescente D.F.O. das medidas socioeducativas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade e ao apelante W.A.C. a medida socioeducativa de internação, além medidas protetivas de advertência, encaminhamento a programas oficiais ou comunitários de proteção à família e a cursos ou programas de orientação aos pais ou responsáveis.

Inconformada, a defesa busca a absolvição de W.A.C. alegando insuficiência de provas de autoria; subsidiariamente, pede o abrandamento da medida socioeducativa (fls. 110/123).

O recurso foi bem processado, com contrariedade oferecida pelo Ministério Público (fls. 134/139).

A r. sentença foi mantida (fl. 146).

A d. Procuradoria de Justiça ofertou parecer (fls. 160/164).

É o relatório.

O recurso não merece prosperar.

Consta da representação que, no dia (...), por volta das (...), nas proximidades da Rua (...), os adolescentes D.F.O. e W.A.C., em concurso de agentes, ofereceram e prometeram vantagem indevida a funcionários públicos para determiná-los a praticar e omitir ato de ofício.

Na data dos fatos, policiais militares em patrulhamento de rotina pelo local dos fatos avistaram os imputáveis B. e D. em atitude suspeita, cada um segurando uma pochete, e resolveram abordá-los. Ao visualizar os policiais, os imputáveis saíram correndo, ingressaram em uma viela e entraram no quintal de uma casa, onde o imputável M. estava mexendo em uma caixa de isopor. Todos foram abordados e revistados. Na pochete de cor preta carregada pelo imputável B. encontraram 64 porções de cocaína, 150 porções de crack, 40 tabletes de maconha e 09 frascos de lança-perfume. Na pochete roxa que estava com o imputável D., havia outra pochete de cor preta e, em seu interior, 32 porções de cocaína, 50 porções de crack, 98 tabletes de maconha, 05 frascos de lança-perfume e R$ 802,50 em dinheiro. Por fim, na caixa de isopor que

Acesso ao Sumário

M. estava manuseando, localizaram 300 porções de cocaína, 360 porções de crack, 1256 porções de maconha, 11 frascos de lança perfume e um caderno com anotações características da "contabilidade" do tráfico. Detidos, foram os agentes conduzidos até a viatura policial.

Enquanto a ocorrência era lavrada, os adolescentes D.F.O. e W.A.C. compareceram até o local em que estava a viatura policial e pediram para falar com os policiais, momento em que mostraram e ofereceram R$ 2.500,00 em dinheiro, a fim de que a autoridade policial libertasse o imputável M., preso em flagrante, e prometeram valor idêntico (R$ 2.500,00), a ser pago posteriormente. Os policiais apreenderam os adolescentes e a quantia oferecida e conduziram à delegacia de polícia os adolescentes e os imputáveis.

O apelante, em audiência, negou a autoria dos fatos descritos na representação, sob a alegação de que: *"no dia dos fatos estava indo visitar seu filho e correu da polícia porque estava quebrando a medida de semiliberdade que lhe havia sido imposta. Foi conduzido até a delegacia, onde encontrou D. Assinou a confissão na delegacia porque o delegado lhe prometeu que se assinasse, seria liberado e poderia esclarecer os fatos em juízo"* (fl. 63).

O policial militar **M.C.F.** declarou em audiência: *"(...) Houve perseguição e três rapazes foram detidos, identificados como M.G., B.C. e D.C. Com eles houve apreensão de grande quantidade de drogas e alguma quantia em dinheiro também foi apreendida. No momento em que esses três indivíduos foram levados para fora da viela em local mais seguro para os policiais darem sequência na ocorrência,* ***os representados aqui presentes apareceram com R$ 2.500,00 em dinheiro oferecendo aos policiais para liberação do indivíduo M.*** *Nesse momento foram apreendidos e também conduzidos à presença da autoridade policial (...) O dinheiro estava em poder de D. É praxe dos traficantes e grupos que atuam no tráfico de drogas utilizarem adolescentes menores de 18 anos para esse tipo de 'tarefa', ou seja, de levar 'suborno' aos policiais na tentativa de soltura dos traficantes maiores.* ***Ambos os representados já chegaram perto da guarnição oferecendo o dinheiro para a soltura de M."*** (fl. 81).

Acesso ao Sumário

O policial militar **B.F.R.H.** confirmou, em Juízo, o relato do policial M., observando que o apelante W.A.C. e o adolescente D.F.O. ofereceram o dinheiro aos policiais para a liberação dos imputáveis (fl. 82).

O policial militar **R.E.M.O.** também confirmou, em audiência, os relatos dos policiais M. e B., asseverando que o dinheiro foi apreendido em poder do adolescente D.F.O. e oferecido por ambos aos policiais. Afirmou: *"é comum a utilização de adolescentes para fazerem esse tipo de oferta e entrega de dinheiro aos policiais com expectativa de que nenhuma consequência irá advir desta prática"* (fl. 83).

A negativa apresentada pelo adolescente W.A.C. restou isolada nos autos.

Os policiais militares ouvidos em audiência foram firmes e uníssonos ao narrar que tanto o apelante quanto o adolescente D.F.O. ofereceram dinheiro para que os traficantes detidos fossem liberados.

Veja-se que, com exceção das afirmações trazidas pelo acusado, nenhuma prova foi produzida para contrapor a palavra dos milicianos.

Ressalte-se que embora para alguns o depoimento de policiais militares como prova única e exclusiva não seja suficiente para embasar o édito condenatório, cumpre dissentir de tal entendimento.

É bem verdade que a palavra dos policiais na fase inquisitiva, como a de qualquer testemunha, não está sujeita às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, por cuidar o inquérito policial de procedimento meramente informativo. Todavia, não menos verdade é que, no caso em testilha, os policiais foram ouvidos em Juízo e, nesta oportunidade, cuidou-se de observar todas as garantias inerentes ao devido processo legal.

Segundo entendimento jurisprudencial: *"A inexistência de apreensão dos valores oferecidos, não descaracteriza a consumação do delito.* ***No crime de corrupção ativa, as declarações dos policiais, prestadas de forma uníssona e harmônica, gozam de presunção iuris tantum de veracidade, sendo consideradas como provas idôneas e suficientes à condenação, ainda mais nesta espécie de delito, que, via de regra, costuma ser praticado na clandestinidade, sendo presenciado apenas pelos sujeitos ativo e passivo do crime*** *(TRF, 2ª Reg.; ACr. 1998.51.01.035656-4, Relª. Desª. Fed. Liliane Roriz, DEJF2 20/7/2010)"* – GRECO, Rogério. Código Penal: comentado. 7 ed. Niterói: Impetus, 2013, p. 1023).

Ademais, de acordo com o relatório de diagnóstico polidimensional de fls. 65/69: *"Com relação ao ato infracional que lhe é imputado, o jovem nega participação, contudo denota um discurso incoerente e contraditório"* (fl. 66).

Diante de tal contexto, não há se falar em insuficiência probatória, sendo de rigor a manutenção da responsabilização de **W.A.C.** pelo ato infracional análogo ao crime previsto no art. 333, *caput* do Código Penal.

A medida socioeducativa de internação também não comporta reparo.

Da detida análise dos autos, verifica-se que o apelante já descumpriu medidas de liberdade assistida e semiliberdade anteriormente aplicadas (fl. 66), tudo a indicar que a imposição de medida diversa da internação será providência inócua.

Salta aos olhos, demais disso, a gravidade dos fatos apurados. Pretendia o adolescente, associado ao seu comparsa, "comprar" a libertação de três traficantes detidos na posse de grande quantidade de entorpecentes, portando, para esse intento, razoável quantidade de dinheiro em espécie, o que não deixa qualquer dúvida sobre a acentuada situação de risco em que se encontra.

Acesso ao Sumário

Assim, a medida de internação é necessária e a mais adequada para viabilizar o processo de ressocialização e reeducação do adolescente W.A.C., tudo a fim de afastá-lo do meio criminoso no qual está inserido e permitir que ele receba orientação eficaz sobre a extrema gravidade da conduta praticada.

Isto posto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso interposto, mantendo-se, na íntegra, a r. sentença recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0010159-98.2016.8.26.0015, da Comarca de São Paulo, em que é apelante L.S.O. (MENOR), é apelado P. DE J. DA 2 V. E. DA I. E J. DA C.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.969)**

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, 6 de fevereiro de 2017.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: APELAÇÃO – "Sentença que acolheu parcialmente a representação, aplicando ao menor a medida socioeducativa de internação pela prática de ato infracional equiparado ao crime previsto no artigo 157, § 2º, incisos I e II, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal – Apelo objetivando a improcedência da ação ante a insuficiência probatória e, alternativamente, o afastamento da majorante relativa ao uso de arma de fogo, bem como o abrandamento do tratamento ressocializador adotado para medida em meio aberto – Desacolhimento – Gravidade da infração e circunstâncias pessoais do adolescente que justificam a manutenção da medida extrema aplicada – Recurso não provido".

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo adolescente L.S.O. contra a r. sentença (fls. 103/106), que julgou parcialmente procedente a representação oferecida pelo Ministério Público em seu desfavor, aplicando-lhe a medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado, com reavaliação semestral, pela prática de infração equiparada ao crime previsto no artigo 157, § 2º, incisos I e II, c.c. o artigo 14, incisivo II, ambos do Código Penal.

Visa o recorrente à reforma do julgado pleiteando a improcedência da representação por insuficiência probatória no que tange a autoria e, alternativamente, o afastamento da majorante relativa ao uso de arma de fogo, diante da ausência de laudo pericial nos autos e a consequente substituição da medida de internação por outra em meio aberto (fls. 124/132).

Recebido o recurso (fl. 133), apresentadas as contrarrazões (fls. 136/140) e mantida a r. sentença impugnada (fl. 141), a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 148/152).

É o relatório.

Segundo a representação, o ora apelante, juntamente com o adolescente A.I.M.S. e outros dois indivíduos não identificados, previamente ajustados e com identidade de propósitos, subtraiu, para si, mediante grave ameaça, exercida com emprego de armas de fogo, um aparelho celular, uma bolsa com materiais escolares, um par de tênis e um boné, pertencentes à vítima C.P.R. Consta, ainda, que nas mesmas circunstâncias mencionadas na representação, o representado, juntamente com A.I.M.S. e também outros dois indivíduos não identificados, previamente ajustados e com identidade de propósitos, tentou subtrair, para si, mediante grave ameaça, exercida com emprego de armas de fogo, uma blusa e um molho de chaves pertencentes à vítima I.S.F., além de bens (dinheiro, celular etc.) da vítima L.P.J., não se consumando o ato infracional por circunstâncias alheias à sua vontade. Por fim, segundo a inicial, nas mesmas circunstâncias mencionadas na representação, o adolescente, juntamente com o adolescente A.I.M.S., previamente ajustados e com identidade de propósitos, com intenção homicida e para garantir a impunidade e vantagem dos roubos acima descritos, tentou matar os policiais militares E.S. e V.B., não atingindo o seu objetivo por circunstâncias alheias à sua vontade.

Após a regular instrução, decidiu a MMª Juíza de Direito *a quo* pela parcial procedência da ação, o que fez para aplicar ao apelante a medida socioeducativa de internação, por prática de ato infracional equiparado ao delito de tentativa de roubo duplamente qualificado.

Razão não assiste ao apelante.

Ouvido em audiência de apresentação negou a prática infracional, contudo, as provas coligidas aos autos autorizam a procedência da representação, posto

Acesso ao Sumário

que a materialidade e a autoria restaram inequívocas, conforme se verifica do boletim de ocorrência nº 392/2016 e auto de exibição e apreensão (fls. 11/56) e das demais provas produzidas.

As vítimas, apesar de não serem ouvidas em juízo, na fase policial reconheceram o adolescente e o comparsa falecido como dois dos autores do roubo, reconhecendo o adolescente falecido no local dos fatos e o ora apelante por fotografia, uma vez que se encontrava hospitalizado e, não há qualquer dúvida que o adolescente foi apreendido baleado, atendido no hospital, pouco tempo após o roubo.

Consabido é que utilizar-se do reconhecimento feito pelas vítimas e de outros elementos colhidos extrajudicialmente, desde que corroborados por provas colhidas na instrução processual, sob o crivo do contraditório, não ofende a garantia constitucional ao devido processo legal, não merecendo reparos, portanto, a sentença que impôs a medida aflitiva, no caso, a socioeducativa de internação, necessária para inibir a criminalidade juvenil crescente no país, notadamente nos grandes centros urbanos.

E, no caso, como bem ressaltou a MMª Juíza sentenciante, as palavras das vítimas, ainda que em sede policial, "deve ser prestigiada e não pode ser desmerecida, ainda mais quando corroboradas por outros elementos de prova, em especial os colhidos em juízo (mídia audiovisual), não sendo possível acolher a tese de insuficiência de provas. A testemunha V., em juízo, apenas atestou ser o proprietário da motocicleta utilizada pelos assaltantes e a testemunha D., ao ser ouvido, disse ter sido o responsável pelo acionamento da Polícia, tendo ambos afirmado que não presenciaram nada. A testemunha E., policial militar, em depoimento judicial, alegou que, quando chegaram no local, as vítimas L. e I. estavam rendidas, um encostado na parede e outro no chão e, no momento em que os assaltantes avistaram a Polícia, um deles efetuou disparos contra a equipe, que revidou, tendo três conseguido fugir e um falecido no local, mais precisamente o que atirou. Informou que, assim, os assaltantes não conseguiram subtrair os pertences destes ofendidos e que, segundo eles, foram abordados por duas motocicletas, com quatro indivíduos, armados. Aduziu que o adolescente, após dar entrada no hospital em razão de tiros, foi reconhecido pelas vítimas por meio de fotografia. A testemunha V., policial militar, em depoimento judicial, corroborou integralmente o alegado por seu parceiro" (fls. 103/104).

Era desnecessário, frise-se, o laudo pericial da arma de fogo, pois houve confirmação de sua utilização pelas vítimas, ou seja, são prescindíveis para configuração da majorante, quando os depoimentos prestados são peremptórios quanto a sua utilização pelo agente (fls. 99/105). Não bastasse, a manutenção da sentença no tocante à qualificadora da arma de fogo exsurge da Súmula 86 deste Colendo Tribunal de Justiça:

Súmula 86: *"Em se tratando de ato infracional equiparado a crime contra o patrimônio, a ausência de exames e laudos técnicos sobre armas não prejudica o reconhecimento da materialidade do ilícito se outros elementos de prova puderem atestá-la"*.

E, da mesma forma, são os precedentes jurisprudenciais, inclusive no Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ARMA DE FOGO. POTENCIALIDADE LESIVA. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E DE EXAME PERICIAL. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA A ATESTAR O EFETIVO EMPREGO DO REVÓLVER. LESIVIDADE QUE INTEGRA A PRÓPRIA NATUREZA DO ARMAMENTO. PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO. ÔNUS DA DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AFASTADO. MANUTENÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DO INCISO I DO § 2º DO ART. 157 DO CP. ATO INFRACIONAL PRATICADO COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA A PESSOA. INTERNAÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 122, I, DA LEI N. 8.069/90. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

1. Para o reconhecimento da presença da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, mostra-se dispensável a apreensão da arma de fogo e a realização de exame pericial para atestar a sua potencialidade lesiva, quando presentes outros elementos probatórios que atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva. Precedentes do STF.

2. O poder vulnerante integra a própria natureza da arma de fogo, sendo ônus da defesa, caso alegue o contrário, provar tal evidência. Exegese do art. 156 do CPP.

3. Exigir a apreensão e perícia no revólver comprovadamente empregado no ato infracional equiparado ao roubo teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecer com o armamento, de modo que a aludida majorante dificilmente teria aplicação.

4. O art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que a internação do adolescente será cabível quando o ato infracional for perpetrado com violência ou grave ameaça à pessoa ou na hipótese de reiteração no cometimento de outras infrações graves ou por descumprimento reiterado e injustificado de medida anteriormente aplicada.

5. A prática de ato infracional análogo ao crime de roubo circunstanciado autoriza a segregação do paciente, por enquadrar-se no art. 122, I, do Diploma pertinente.

6. Ordem denegada".

(HC 147.764/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 23/02/2010, DJe 29/03/2010).

Aliás, na seara do Estatuto da Criança e do Adolescente, diferentemente do sistema estabelecido pelo Código Penal, é inaplicável o preceito secundário do tipo penal, o que torna prescindível o rigorismo quanto à exata tipificação do

Acesso ao Sumário

fato.

Basta, portanto, que a conduta do adolescente esteja prevista como crime ou contravenção para que lhe seja aplicada a medida socioeducativa adequada.

Por fim, no que tange à medida adotada, melhor sorte não socorre o apelante, porquanto o ato infracional é grave e as circunstâncias pessoais apresentadas por ele são desfavoráveis.

De se registrar, inicialmente, que o adolescente, em que pese sua primariedade, envolveu-se em ato de extrema gravidade, praticado mediante grave ameaça exercida com emprego de armas de fogo e em concurso de agentes.

A propósito, a despeito de o apelante ser primário, cabe destacar as seguintes pontuações do relatório técnico da Fundação Casa, também lembradas pela r. sentença, aqui transcritas a fim de se evitar desnecessária tautologia (fls. 94/98 e 105):

"Consta que ele não conta com suficiente respaldo familiar, uma vez que seus genitores têm postura pouco diretiva e supervisão insuficiente para a situação de vulnerabilidade em que se estabeleceu o adolescente após evasão escolar, o que favoreceu uma rotina ociosa e distanciada de responsabilidades, facilitando seu envolvimento com amizades negativas e situações de risco, se mostrando inseguro e com crítica fragilizada quanto à adoção de valores e cuidados pertinentes à sua ressocialização se colocando em risco pela busca de pertencimento e autoafirmação de maneira equivocada. Referido estudo concluiu pela necessidade de um acompanhamento mais próximo no qual conte com respaldo e estímulo para o desenvolvimento de sua crítica e direcionamento, além de sensibilização da família para que exerçam maior controle sobre o comportamento do jovem" (fl. 105).

Neste contexto, o princípio da proteção integral dos menores autoriza a adoção de medida mais drástica, posto que somente custodiado o jovem terá condições de refletir sobre o desacerto de sua conduta e não reincidir quando colocado em liberdade. Será, portanto, periodicamente avaliado, podendo obter reversão da medida se vier a demonstrar inequívoca aptidão para retornar ao meio aberto, ou seja, eventual progressão para a medida em meio aberto como pleiteado poderá ser determinada no curso da execução.

Pelo exposto, nega-se provimento ao apelo.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº

Acesso ao Sumário

0060286-85.2016.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES DE CAMPINAS, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES DO FORO REGIONAL DE PINHEIROS.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram para determinar a competência do M. Juízo suscitado, qual seja, o da digna 1ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional de Pinheiros. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.298)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 15 de dezembro de 2016.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA.

Ação de inventário – Propositura da demanda no foro de um dos domicílios da falecida – Feito redistribuído ao foro do seu último domicílio – Impossibilidade – Competência territorial insuscetível de declinar-se de ofício – Súmulas ns. 33 do STJ e 71 do TJ paulista.

Competência do M. Juízo suscitado para apreciar e decidir na espécie.

VOTO

RELATÓRIO:

1. Versam os autos conflito negativo de competência suscitado pelo M. Juízo da 1ª Vara da Família e Sucessões de Campinas em face do M. Juízo da 1ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional de Pinheiros, nos autos de ação de inventário ajuizada por Mario Guilherme da Silveira Carvalho e outros, herdeiros de Brice Silveira Carvalho.

Desfiou-se o conflito, pelo M. Juízo suscitante, com o fundamento de que o M. Juízo suscitado não poderia declinar *ex officio* de hipótese de competência relativa, alegando que o foro competente para o processamento do inventário seria o último domicílio da autora da herança.

É o relatório.

VOTO:

2. O conflito negativo de competência está configurado, a teor do inciso

Acesso ao Sumário

II do art. 66 do novo Código de Processo Civil.

3. A demanda foi distribuída inicialmente para a 1ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional de Pinheiros, que determinou a redistribuição dos autos à comarca de Campinas, considerando este o último domicílio da falecida noticiado na certidão de óbito (fl. 35).

4. A hipótese dos autos versa sobre direito hereditário, cuja competência está descrita no art. 96 do então vigente Cód.Pr.Civ. Cuidando-se de competência territorial e, portanto, relativa, inviável a declinação de ofício, nos termos do verbete n. 33 da Súmula do colendo Superior Tribunal de Justiça.

No mesmo sentido, o verbete n. 71 da Súmula deste egrégio Tribunal de Justiça: "A competência para o processamento de inventário ou arrolamento em razão do foro do domicílio do autor da herança é relativa".

Em casos símiles, já decidiu esta Câmara Especial: CC 0083674-51.2015 – Rel. Des. LUIZ ANTÔNIO DE GODOY, J. 16-5-2016; CC 0081023-80.2014 – Rel. Des. EROS PICELI, j. 1-6-2015.

DO EXPOSTO, assina-se a competência do M. Juízo suscitado, qual seja, o da digna 1ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional de Pinheiros.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0049714-70.2016.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE E DO IDOSO DE RIBEIRÃO PRETO, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE RIBEIRÃO PRETO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.911)**

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, 15 de dezembro de 2016.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Mandado de Segurança contra decisão de Chefe de Delegacia Regional Tributária.

Indeferimento de pedido de isenção de IPVA – Veículo de pessoa com deficiência severa/grave em membros inferiores. Ação distribuída à 2ª Vara da Fazenda Pública, que declina da competência ao argumento de se tratar de tutela de interesse do idoso e determina a remessa dos autos à Vara Especializada da mesma Comarca. Inadequação da decisão. Competência da Vara da Infância e Juventude e do Idoso restrita às hipóteses previstas na Resolução nº 429/07 do TJSP. Ausência de violação aos direitos fundamentais do idoso, impossibilitando a tramitação da demanda perante a Vara Especializada. Competência do Juízo suscitado.

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito negativo de competência (fls. 3/47) em que divergem os Meritíssimos Juízes de Direito da Vara da Infância e Juventude e do Idoso de Ribeirão Preto (suscitante) e da 2ª Vara da Fazenda Pública (suscitado), ambos da comarca de Ribeirão Preto, nos autos da ação mandamental nº 1025554-95.2016.8.28.0506, cujo objeto versa sobre isenção de IPVA referente à veículo pertencente a pessoa com deficiência grave/severa.

Argumenta o suscitante que, na espécie, não se vislumbra "a ocorrência de abandono ou vitimização de pessoa idosa", devendo a demanda tramitar perante o juízo suscitado, obedecendo-se a correta opção da autora.

O MM. Juízo suscitado (2ª Vara da Fazenda Pública de Ribeirão Preto) foi designado para apreciar as medidas urgentes (fl. 49).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça deixou de oferecer manifestação por entender que o presente conflito não está inserido em nenhuma das hipóteses de intervenção do Ministério Público, nos termos dos artigos 178 e 951, parágrafo único, ambos do NCPC (fl. 53).

É o relatório.

Nos termos do artigo 66, II, do novo Código de Processo Civil está caracterizado o conflito, uma vez que ambos os Magistrados declaram-se incompetentes para conhecer e julgar a ação.

O incidente foi tirado em ação de mandado de segurança ajuizada por Maria Tereza Miotto Carvalho e distribuída originariamente à 2ª Vara da Fazenda Pública de Ribeirão Preto que, por sua vez, determinou a redistribuição dos autos à Vara Especializada da Infância, Juventude e Idoso, ao argumento de que processo envolveria a tutela de interesse de idoso.

Acesso ao Sumário

Ao receber os autos, o MM. Juízo de Direito da Vara da Infância e Juventude e do Idoso suscitou o presente conflito.

Assiste razão ao juízo suscitante.

A competência da Vara da Infância e Juventude e do Idoso da Comarca de Ribeirão Preto se restringe às matérias constantes do Estatuto do Idoso, limitando-se às hipóteses previstas na Resolução nº 429/2007, *in verbis*:

> *Artigo 1º – Fica remanejada a competência da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Ribeirão Preto para Vara da Infância e da Juventude e do Idoso.*
>
> *Artigo 2º – Competirá à referida Vara, além das competências anteriormente estabelecidas: a) processar e julgar as ações civis públicas ajuizadas na forma do art. 74, I, c/c o art. 81, ambos da Lei n. 10.741/03; b) processar e julgar as ações de interdição total ou parcial ajuizadas na forma dos arts. 43 e 74 da Lei n. 10.741/03; (...) s) requisitar as medidas necessárias para tratamento da saúde do idoso, em regime ambulatorial, hospitalar ou domiciliar; t) ordenar as medidas necessárias à inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento de usuários dependentes de drogas lícitas ou ilícitas do idoso ou de pessoa de sua convivência que lhe cause perturbação; u) ordenar as medidas necessárias para a colocação do idoso em abrigo em entidade ou em abrigo temporário.*

No caso em tela, não se discute a violação de direitos fundamentais do idoso, ocorrência de abandono ou vitimização da pessoa idosa, mas sim a declaração de isenção do IPVA do veículo da autora, evidenciando-se a competência da Vara da Fazenda Pública do Estado, disciplinada no artigo 35 do Decreto-Lei Complementar nº 3, de 27/08/1969 (Código Judiciário do Estado de São Paulo).

E o simples fato, cabe ressaltar, de a parte ser pessoa idosa não desloca a competência à Vara Especializada.

É exatamente o que esta C. Câmara Especial, recentemente, decidiu:

> *CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária distribuída à 2ª Vara da Fazenda Pública de Ribeirão Preto, que declina da competência ao argumento de se tratar de tutela de interesse do idoso e determina a remessa dos autos à Vara Especializada da mesma Comarca. Inadequação da decisão. Competência da Vara Infância e Juventude e do Idoso de Ribeirão Preto restrita às hipóteses previstas na Resolução nº 429/07 do TJSP. Ausência de violação aos direitos fundamentais do idoso, impossibilitando a tramitação da demanda perante a Vara Especializada. Competência do Juízo suscitado, da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Ribeirão Preto* (Conflito de Competência nº 0043138-61.2016.8.26.0000, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy (Pres. da Seção de Direito Privado), j. em

Acesso ao Sumário

24.10.2016).

No mesmo sentido:

COMPETÊNCIA – Vara Cível e Vara do Idoso – Ação declaratória de inexigibilidade de débito cumulada com revisão contratual, repetição de indébito e indenização – Competência da Vara do Idoso que se limita as matéria disciplinadas pela lei 10.741/03 – Competência, ademais, restrita as hipóteses previstas na Resolução nº 429/07 deste Egrégio Tribunal – Ausência de violação a direito fundamental do idoso – Inexistência de foro especializado – Conflito julgado procedente, para fixar a competência da Vara Cível (Conflito de Competência nº 0293873-23.2011.8.26.0000; Relatora: Claudia Grieco Tabosa Pessoa; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: Câmara Especial; Data do julgamento: 07/05/2012; Data de registro: 12/05/2012).

Inexistente, portanto, qualquer circunstância que justifique o deslocamento à Vara Especializada, a competência para julgamento da demanda é do juízo suscitado.

Pelo exposto, **julga-se procedente** o conflito para declarar a competência do MM. Juízo de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública de Ribeirão Preto, ora suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0059762-88.2016.8.26.0000, da Comarca de Franca, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL DE FRANCA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 7ª VARA CÍVEL DE RIBEIRÃO PRETO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito para declarar a competência do MM. Juízo da 7ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto, ora suscitado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38797)**

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, 30 de janeiro de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de despejo por falta de pagamento em fase de cumprimento de sentença ajuizada perante a 7ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto, que declina da competência, determinando a remessa dos autos à Comarca de Franca. Impossibilidade. Perpetuação da jurisdição. Conflito procedente para declarar a competência do MM. Juízo suscitado, da 7ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto.

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito negativo de competência tirado em ação de despejo por falta de pagamento em fase de cumprimento de sentença, no qual o MM. Juízo da 5ª Vara Cível de Franca sustenta que a competência para apreciar o feito pertence ao MM. Juízo da 7ª Vara Cível de Ribeirão Preto. Informa que a demanda foi inicialmente distribuída perante o juízo suscitado, que declinou de sua competência e ordenou o encaminhamento dos autos a uma das Varas Cíveis da Comarca de Franca, por estar o bem penhorado situado nesta Comarca, com base no artigo 516, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Todavia, o magistrado suscitado não poderia ter agido desta forma, porque a competência foi fixada quando a parte vencedora apresentou o cumprimento de sentença perante o MM. Juízo da 7ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto, que o processou regularmente de novembro de 2006 a julho de 2016, quando houve a decisão de redistribuição. Aduz que tal posicionamento contraria as regras de competência e o princípio do juiz natural.

O MM. Juízo suscitado foi designado para apreciar e resolver medidas urgentes.

Não há interesse a justificar a intervenção da D. Procuradoria Geral de Justiça no feito.

É o relatório.

O conflito de competência está configurado, pois ambos os Juízos declinaram da competência para processar e julgar a ação, nos termos do artigo 66, II, do novo Código de Processo Civil.

A autora iniciou o cumprimento de sentença em ação de despejo por falta de pagamento perante o juízo suscitado (7ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto), que determinou a redistribuição dos autos a uma das Varas Cíveis da Comarca de Franca, por ser o local onde está o bem penhorado.

Ao receber os autos, o MM. Juízo da 5ª Vara Cível de Franca suscitou

Acesso ao Sumário

o presente conflito, aduzindo que a competência teria sido fixada quando a parte vencedora iniciou o cumprimento de sentença perante MM. Juízo da 7ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto, sendo processado regularmente de 13/11/2006 a 20/07/2016, quando apresentada a r. decisão de redistribuição. Alega ser errôneo tal posicionamento, pois geraria uma espécie de processo "nômade", contrariando as regras de competência e o princípio do juiz natural.

Assiste razão ao juízo suscitante.

A demanda original foi distribuída para a 7ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto em dezembro de 2003 e a r. sentença foi prolatada em 23 de maio de 2005, sobrevindo acordo posterior entre as partes. Entretanto, a executada não cumpriu o acordo firmado, levando a exequente a apresentar o cumprimento de sentença perante a 7ª Vara Cível de Ribeirão Preto, onde o feito foi processado regularmente a partir do dia 13 de novembro de 2006.

Decorridos quase dez anos do início da execução, em 20/07/2016, o MM. Juízo sugeriu ao exequente a remessa dos autos à Comarca de Franca, com base no artigo 516, parágrafo único, do Código de Processo Civil[1] (fls. 98). Provocado, o credor aceitou a *sugestão* do juízo suscitado e os autos foram redistribuídos ao juízo suscitante.

O deslocamento realizado após dez anos do início da fase de cumprimento da sentença não pode ser aceito. O art. 516, parágrafo único, permite que, **no início do cumprimento da sentença**, o exequente opte por juízo diverso daquele em que constituído o título. Todavia, não se pode admitir que, depois de processar a execução por dez anos, o juízo transfira o feito para outro foro, como se deu *in casu*.

A propósito, esta Câmara Especial proferiu a seguinte decisão:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Medida cautelar de produção antecipada de prova em fase de cumprimento de sentença. Decorridos mais de oito anos do início do cumprimento de sentença no juízo em que se processou a causa, inviável o pedido de remessa dos autos a outra Comarca em que encontrados bens passíveis de penhora. Inviável a alteração da competência territorial no curso do cumprimento de sentença. Incidência da regra contida no artigo 87 do Código de Processo Civil de 1973 (artigo 43 do Código de Processo Civil). Perpetuação da jurisdição. Competência relativa que se determina com a escolha do credor pelo local de seguimento da execução. Conflito procedente. Competência do Juízo Suscitado." (Conflito de Competência nº 0079674-08.2015.8.26.0000; Relatora: Ana Lucia Romanhole

1 Art. 516, parágrafo único, CPC: "Nas hipóteses dos incisos II e III, o exequente poderá optar pelo juízo do atual domicílio do executado, pelo juízo do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução ou pelo juízo do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem."

Acesso ao Sumário

Martucci; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: Câmara Especial; Data do julgamento: 27/06/2016; Data de registro: 28/06/2016)

Desse modo, tendo optado a credora pelo início do cumprimento da sentença perante a 7ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto, deve ser reconhecida a competência do juízo suscitado para apreciar a demanda.

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE** o conflito para declarar a competência do MM. Juízo da 7ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto, ora suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0056997-47.2016.8.26.0000, da Comarca de Taboão da Serra, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DE TABOÃO DA SERRA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE TABOÃO DA SERRA.

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 41.163)**

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, 6 de fevereiro de 2017.

ADEMIR BENEDITO, Vice-Presidente e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Conflito de Competência – ação declaratória incidental com pedido liminar – distribuição por dependência à 3ª Vara Cível da Comarca de Taboão da Serra – possibilidade – ação declaratória que foi ajuizada após a decretação da quebra da empresa requerida – *vis attractiva* – inteligência do artigo 76 da Lei 11.101/05 – precedente – conflito procedente – competência do Juízo suscitante.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juiz

da 3ª Vara Cível de Taboão da Serra em face do MM. Juiz da 1ª Vara Cível da mesma Comarca, nos autos da ação declaratória incidental ajuizada por Fabiano Urbano Martignago em face da Massa Falida de Aurus Industrial S/A.

Afirma o suscitante que as ações de conhecimento ajuizadas contra a massa falida não são atraídas pelo juízo universal da falência, mas tão somente os atos de execução do montante apurado (fls. 02/03).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência do conflito, declarando-se a competência do Juízo suscitado (fls. 42/44).

É o relatório.

O conflito negativo de competência está configurado, pois os Juízes declararam-se incompetentes para processar e julgar o processo (art. 66, II, do Código de Processo Civil).

Segundo consta, Fabiano Urbano Martignago ajuizou ação declaratória incidental com pedido de liminar em face de Massa Falida de Aurus Industrial S/A., distribuída por dependência à 3ª Vara Cível de Taboão da Serra, onde tramita ação de falência da empresa requerida (fls. 04/08).

Discordando do direcionamento da demanda, o suscitante determinou a livre distribuição dos autos, os quais aportaram perante a 1ª Vara Cível de Taboão da Serra.

Todavia, em razão da declinação de competência pelo suscitado, sob o argumento de que a ação em comento foi proposta após a decretação da quebra, o que torna o juízo falimentar competente (fls. 31/32), o magistrado da 1ª Vara Cível suscitou o presente conflito de competência.

Sem razão, contudo.

A Lei 11.101/05, em seu artigo 76, assim preceitua:

"O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.

Parágrafo único. Todas as ações, inclusive as excetuadas no caput deste artigo, terão prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida, sob pena de nulidade do processo".

Na hipótese em análise, considerando-se que a decretação da falência da requerida é anterior à propositura da ação incidental, o magistrado suscitante é o competente para o processamento e julgamento da respectiva demanda.

Isso porque, no caso, aplica-se o instituto da *vis attractiva*, isto é, o Juízo falimentar atrai para si todas as ações propostas após a decretação da quebra da empresa requerida.

Nesse sentido, o entendimento da 8ª Câmara de Direito Público deste

Acesso ao Sumário

Tribunal de Justiça:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Competência. Ação de indenização por danos morais e materiais, ajuizada após a quebra. Competência do Juízo Universal. Incidência da vis attractiva. Observância do juízo universal da Falência. Determinação de redistribuição da ação ao Juízo falimentar. Inteligência dos artigos 7º e 24 do Decreto-Lei 7.661/45 e do artigo 76 da Lei 11.101/2005. Decisão agravada mantida. Recurso não provido". (Agravo de Instrumento nº 2019004-33.2016.8.26.0000, Relator Ronaldo Andrade, j. em 24.08.2016).

Do exposto, julga-se procedente o conflito para declarar competente o Juízo suscitante, 3ª Vara Cível da Comarca de Taboão da Serra.

Conflitos de Jurisdição

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0039184-07.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO FORO CENTRAL DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DA CAPITAL, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 18ª VARA CRIMINAL DA CAPITAL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito e declararam a competência do M. Juízo suscitado, qual seja a da 18ª Vara Criminal da Capital. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.050)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 30 de janeiro de 2017.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO – Queixa-crime – Calúnia, Injúria e Difamação – Alegação de conexão com inquérito policial instaurado para apuração de ações praticadas contra ex-mulher do querelado, atual companheira do querelante.

– Não obstante a mesma identidade de autor, divergem as vítimas e tipologia delitivas – Infrações e fases processuais dos feitos distintas – Delitos autônomos – Conveniente a separação dos processos.

– Expedientes que se mostram em fases processuais distintas – Ausência de utilidade na reunião dos processos. Inteligência dos arts. 76 e 80 do Cód. Pr. Pen.

Competência do M. Juízo suscitado, para apreciar e decidir na espécie.

VOTO

RELATÓRIO:

1. Versam os autos conflito negativo de jurisdição suscitado pelo M. Juízo da Vara do Foro Central da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Capital em face do M. Juízo da 18ª Vara Criminal da Capital, nos autos da queixa-crime n. 1000155-74.2016 que R.A.M. ajuizou contra C.A.L.A., imputando-lhe a prática dos crimes de calúnia, injúria e difamação.

Desfiou-se o conflito por apontada conexão com inquérito policial em curso perante a Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Capital, para apurar lesões corporais praticadas por C.A.L.A. contra a ex-mulher T.S.A., atual companheira do querelante, R.A.M.

Propiciou-se vista dos autos à digna Procuradoria Geral de Justiça (fls. 329-31).

É o relatório.

VOTO:

2. O conflito negativo de jurisdição está configurado, nos termos do inciso I do art. 114 do Código de Processo Penal.

3. É dos autos que R.A.M. imputa a C.A.L.A., os crimes de calúnia, injúria e difamação, em queixa crime distribuída livremente ao M. Juízo da 18ª Vara Criminal da Capital, o qual declina da competência, com fundamento no art. 76 do Cód. Pr. Pen., por entender conexão com apuração de lesão corporal imputada também C.A.L.A. contra sua ex-mulher T.S.A., em curso perante a Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Capital.

4. Como bem ponderado pelo ilustre Procurador de Justiça que oficia perante esta Câmara Especial:

> "Os feitos encontram-se em diferentes fases e objetivam responsabilizar C.A.A. por infrações distintas, embora, na origem, derivem do relacionamento amoroso atual entre T.S.A. e R.A.M.

Acesso ao Sumário

(...)

Os casos comportam processamento distinto, cada qual, seguindo em seu juízo de origem, aproveitando-se, se necessário, as provas produzidas sem o provável tumulto processual decorrente do apensamento pretendido" (fls. 330).

5. Não obstante a identidade de autor, divergem as vítimas e a tipologia delitiva, não há recursar autonomia entre delitos, embora decorram em parte do momento em que a ex-mulher do querelado teria sido agredida por este, de sorte que sua autonomia real não parece autorizar a cumulação de competência para a prevenção do M. Juízo suscitante.

Deve observar-se, ainda, que em cada um dos processos há mais de uma data para os fatos, não havendo se falar que um delito depende da prova do outro. A conexão de ações como causa de deslocamento da competência é instituto vocacionado à aceleração da prestação jurisdicional, em homenagem aos princípios da razoável duração do processo, da celeridade e da economia processual, bem como a evitar decisões conflitantes, prestigiando valores como o da isonomia e segurança jurídica.

No caso em exame, porém, não se entrevê risco de contradição nos julgados, haja vista que cada um dos fatos a apurar, autônomos, poderá ensejar conclusões diversas quanto à autoria e materialidade. Com efeito, o acusado poderá ser condenado por um crime e absolvido por outro, ou condenado e absolvido por todos, sem que nisso se possa avistar contradição lógica ou jurídica.

E é como quer parecer-me deva decidir-se na espécie.

DO EXPOSTO, assina-se a competência do M. Juízo suscitado, qual seja a da 18ª Vara Criminal da Capital.

Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 1005710-15.2015.8.26.0533, da Comarca de Santa Bárbara D'Oeste, em que são apelantes M.S.B.D.O. e J.E.O., é apelado P.J.V.I.J.S.B.D.O.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao apelo e ao reexame necessário. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este

Acesso ao Sumário

acórdão. **(Voto nº 29.936)**

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, 30 de janeiro de 2017.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: Apelação – ECA – Acolhimento institucional – Condenação da Municipalidade a tratamento em clínica especializada à adolescente com dependência química. Recurso da Municipalidade – Alegação de cerceamento de defesa – Preliminar afastada – Recurso sustentando ausência de comprovação da necessidade do tratamento. Improcedência da argumentação – Laudo subscrito por médico habilitado indicando a necessidade da medida. Sentença confirmada – Recurso voluntário e remessa necessária não providos.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Município de Santa Bárbara D'Oeste, em ação civil movida pelo Ministério Público em favor de M.A.B., dependente químico, que julgou procedente o pedido para condenar a Municipalidade ao oferecimento de tratamento ambulatorial especializado em estabelecimento de saúde adequado (fls. 96/99).

Requer a recorrente, preliminarmente, o reconhecimento de nulidade da sentença, em suma, por cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide e, no mérito, aduz, em síntese, que não restou cabalmente demonstrada a necessidade da internação para tratamento, bem como ser imprescindível a realização de prova pericial com junta médica especializada (fls. 103/108).

Foram apresentadas as contrarrazões (fls. 113/116) e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do recurso (fls. 118/121).

É o relatório.

Inicialmente, considera-se interposta a remessa oficial por se tratar de pedido ilíquido.

A preliminar de nulidade deve ser rejeitada.

Cumpre consignar que não houve cerceamento de defesa ante o julgamento antecipado da lide. Na verdade, o MMº. Juiz *a quo*, ao proferir a

Acesso ao Sumário

sentença, entendeu desnecessária determinar providência capaz de alterar o resultado prático da instrução, diante do conjunto probatório carreado aos autos, e do não apontamento de prejuízo, daí porque merece ser afastada a preliminar de nulidade.

Nesse sentido:

"Constantes dos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do julgador, inocorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia" (THEOTÔNIO NEGRÃO E JOSÉ ROBERTO F. GOUVÊA, in Código de Processo Civil Anotado. 39ª Edição, 2007. Nota 2b ao art. 330, p. 467).

Ademais, ao Juiz incumbe, como diretor do processo e destinatário mediato das provas, avaliar a respeito da necessidade e pertinência de sua produção, a fim de formar seu livre convencimento motivado.

E, no tocante ao mérito, as provas trazidas aos autos são suficientes à resolução da controvérsia, razão pela qual a respeitável decisão de primeiro grau mostra-se incensurável.

Verifica-se que a internação compulsória para fins de desintoxicação e tratamento foi um pedido da genitora do apelante (internação involuntária), prescrito por médico responsável em atendimento no sistema de saúde do próprio Município de Santa Bárbara D'Oeste (fl. 10), documento no qual consta, expressamente, a necessidade de tratamento especializado em regime de internação. Bem por isso, à evidência do documento mencionado, não há que se falar na ausência de demonstração da necessidade do tratamento, encontrando-se, outrossim, preenchido o requisito autorizador da internação compulsória, imposto pela Lei nº 10.216/01.

De outra parte, firmou-se na jurisprudência o entendimento no sentido da necessidade do atendimento visar ao bem estar presente e futuro do adolescente, o qual, exatamente por sua condição pessoal, dispõe de proteção integral e preferencial (artigos 1º e 11 da Lei nº 8.069/90).

A doutrina é assente ao defender a prevalência do princípio da "proteção integral" da criança e do adolescente, conforme escólio de Munir Cury na obra coletiva "Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentários Jurídicos e Sociais", 8 ed., São Paulo, Malheiros, 2006, p. 15-16 e Paulo Afonso Garrido de Paula, em "Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada", São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 22-27, dentre outros.

A saúde é direito de todos e dever da máquina pública, a preferência por ela é estampada nos preceitos fundamentais da Carta Federal, especificamente nos seus artigos 1º, inciso III, 3º, inciso IV, e 5º, "caput".

A padecer o adolescente do problema de saúde mencionado, o Estado (gênero) deve assegurar-lhe o tratamento necessário, proporcionando-lhe

Acesso ao Sumário

condições adequadas para tanto.

A propósito, para exemplificar, citam-se os seguintes precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça:

> "AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Municipalidade que não oferece vagas para internação de menores para tratamento de drogadição – Programas de prevenção, orientação e prestação de atendimento ambulatorial insuficientes – Direito à saúde – Responsabilidade solidária dos entes administrativos – Preliminares rejeitadas – Inobservância ao princípio da eficiência – Prioridade de atendimento e proteção integral – Cabimento da multa diária para reforçar obrigação de cunho constitucional – Arbitramento em patamar razoável para os fins colimados – Ampliação do prazo estipulado para cumprimento da r. sentença – Apelo parcialmente provido" (Apelação n. 0003687-74.2011.8.26.0268, TJSP, Câmara Especial, Rel. Des. Costabilè e Solimene, j. em 15.4.2013).
>
> "Obrigação de fazer – Internação Compulsória – Ação movida por mãe de usuário dependente de 'crack', pretendendo a concessão de liminar para determinar seu tratamento junto à clínica especializada – Tutela antecipada deferida pelo Juízo a quo para imediata internação, posteriormente transformada em tratamento ambulatorial – Medida que resguarda a saúde, a integridade física e mental do dependente químico e seus familiares – Falta de condições econômicas para custear o tratamento, que deve ser suprida pelo Poder Público – Sentença de procedência mantida – Recurso não provido" (Apelação Cível nº 0001301-91.2012.8.26.0541, 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Ponte Neto, j. em 11.12.2013).
>
> "INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA – TRATAMENTO DE DEPENDÊNCIA QUÍMICA – Pretensão ao fornecimento gratuito de tratamento de internação compulsória, para esquizofrenia decorrente do uso de substâncias químicas e/ou entorpecentes, requerida pela genitora do dependente. Possibilidade de internação compulsória determinada pelo juiz competente (art. 6º, inciso III, da Lei n. 10.216/01). Direto à saúde e à integridade física e mental, tendo por fundamento o princípio da dignidade humana (artigo 1°, inciso III, da Constituição Federal) – Manutenção da r. sentença de procedência do pedido – Recurso voluntário e reexame necessário desprovidos" (Apelação n° 0016196-66.2010.8.26.0302, j. em 7.8.2013, Rel. Des. Peiretti de Godoy).
>
> "DIREITO À SAÚDE – Hospitalização compulsória de toxicômano – Indivíduo reconhecidamente incapaz de gerir os cuidados essenciais à preservação da sua saúde física e mental – Obrigação de fazer – Dever do Estado – Tutela à saúde ampla e incondicionada – Previsão constitucional em norma de eficácia plena, e não meramente programática – Recusa injustificada que define a ilegalidade da conduta estatal – Procedência do pedido – Hospitalização inevitável ao tempo do ajuizamento da ação, e presumivelmente necessária ao tempo deste

Acesso ao Sumário

julgamento recursal, ressalvada indicação médica em contrário sob responsabilidade do corpo clínico do estabelecimento de saúde onde se abrigar o paciente – Matéria preliminar rejeitada – Reexame necessário não provido – Apelação da Municipalidade de Pindamonhangaba não provida". (Apelação nº 0009524-64.2011.8.26.0445, 5ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Fermino Magnani Filho, J. em 29.7.2013).

"Ação Civil Pública. Obrigação de fazer. Garantia de vaga a crianças e adolescentes vitimizados, portadores de deficiência e dependentes químicos em entidade de abrigo. Reconhecimento da omissão do Poder Público. Não observância a normas de natureza cogente. Desrespeito a direitos e garantias fundamentais. Ordem judicial de cumprimento da obrigação legal. Discricionariedade administrativa preservada na parte dispositiva da sentença. Multa diária pelo inadimplemento que deve ser proporcional ao bem jurídico albergado. Redução devida. Remessa oficial não provida. Apelo em parte provido." (Apelação 0164986-64.2006.8.26.0000, rel. Des. Presidente da Seção de Direito Criminal, j. 17.10.2011).

Inegável, por isso, a obrigatoriedade da Administração Pública fornecer ao adolescente a terapêutica de que necessita, consoante preconizado no artigo 2º da Lei nº 8.080/90.

Outrossim, no aparente conflito de normas que tratam do direito à saúde, de um lado, e de matéria orçamentária, de outro, é indiscutível a prevalência do primeiro, em decorrência dos artigos 1º, III; 3º, IV, e 5º, "caput", da Constituição Federal, que versam sobre princípios e direitos fundamentais.

Em julgado cujos fundamentos são inteiramente aplicáveis ao caso, decidiu-se: "Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, "caput", e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas" (STF – Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 393.175-0/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12.12.2006).

Quanto à natureza jurídica da norma, o caráter programático do art. 196 da Carta Magna "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 de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RE nº 271286 AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12.09.2000).

O Colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

"Direito constitucional à absoluta prioridade na efetivação do direito à

saúde da criança e do adolescente. Norma constitucional reproduzida nos arts. 7º e 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Normas definidoras de direitos não programáticos. Exigibilidade em Juízo. Interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária. Ação civil pública. Cabimento e procedência" (REsp nº 577.836/SC, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.10.04).

O dever do Estado no fornecimento dos medicamentos, abarcado o tratamento, foi afirmado mais de uma vez na Corte Nacional, conforme RE nº 540982 AgR/PE, Relª. Minª. Cármen Lúcia, j. 07.04.2009, v.u. e AI nº 648971 AgR/RS, Rel. Min. Eros Grau, j. 04.09.2007, v.u.

Destacou-se no v. acórdão a seguir a inexistência de ofensa ao princípio da independência dos Poderes e à Lei de Responsabilidade Fiscal, a impossibilidade da alegação de ausência de recursos orçamentários ou do caráter programático das normas, observando-se ainda:

"Cumpre consignar que não se trata de discricionariedade da Administração, mas sim de ato estritamente vinculado, uma vez que ao Poder Público é imposto o dever de prestar ampla assistência médica e farmacêutica aos que necessitam" (Apelação/Reexame Necessário nº 990.10.246881-0, 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Peiretti de Godoy, j. 01.09.2010, v.u.).

"Tratando-se de obrigação de natureza constitucional outorgada ao Estado, a margem de discricionariedade pelo Poder Público para deliberar acerca da conveniência e oportunidade da implementação das políticas públicas é mínima, pois determinada pela própria Constituição Federal (Apelação/Reexame Necessário nº 990.10.178912-4, Rel. Des. Décio Notarangeli, j. 01.09.2010, v.u.).

Essas questões, importante consignar, há tempo debatidas, hoje estão pacificadas entre os operadores do Direito.

A matéria, inclusive, já foi objeto da Súmula nº 65 da Colenda Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo: "Não violam os princípios constitucionais da separação e independência 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".

No que se refere à impugnação à determinação Judicial de prévia autorização para desinternação do menor, essa também não merece prosperar. Tem-se que, na verdade, o que o Magistrado buscou foi obter uma melhor aferição quanto ao tratamento, usando de tal mecanismo como forma para se manter informado sobre as reais condições da evolução clínica do menor, em total consonância com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Acesso ao Sumário

Pelo exposto, **nega-se provimento** ao apelo e ao reexame necessário, mantendo-se a sentença nos moldes em que prolatada.

Acesso ao Sumário

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005481-54.2015.8.26.0248, da Comarca de Indaiatuba, em que é apelante JOSÉ LUIZ AMADIO, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE INDAIATUBA.

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 n.º 29.552)**

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, 10 de novembro de 2016.

PEREIRA CALÇAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida – Unidade condominial – Compromisso de compra e venda que tem por objeto a fração do terreno, e, apenas indiretamente, a unidade condominial – Inviabilidade do registro – Venda, ademais, que aparenta ter sido feita antes da incorporação, em novo óbice registral – Exigência de cópias da certidão de casamento e das cédulas de RG e CPF da esposa do comprador que atende ao item 63, Capítulo XX, Tomo II, das NSCGJ – Precedentes desse Conselho – Apelação desprovida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação tirado de r. sentença que manteve a recusa do registro de compromisso de compra e venda de fração ideal de terreno, como se de unidade condominial se tratasse, por violação ao princípio da especialidade objetiva. Exigiu o Sr. Oficial, ainda, que o recorrente apresentasse cópias autenticadas de sua certidão de casamento, bem como das cédulas de RG e CPF de sua esposa.

O recorrente alega, em síntese, que o contrato em comento já menciona

que a fração ideal adquirida viria a corresponder à unidade condominial de nº 84, tornando desarrazoada a exigência apresentada pelo Sr. Oficial. Afirma já haver apresentado as cópias solicitadas. Requer a modificação da r. sentença, para que se julgue improcedente a dúvida.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Consoante se verifica de fls. 8/23, o compromisso de compra e venda cujo registro se pretende tem por objeto a fração ideal do terreno em que seria construído o condomínio em voga. Há apenas alusão de que a fração aludida "corresponderá ao apartamento nº 84".

Todavia, a unidade condominial nº 84 já está finda, conforme informação de fls. 6, que não recebeu qualquer contrariedade. Desta feita, seria de rigor, para que o ato notarial fosse lavrado, a retificação da compra e venda, de modo a que passasse a constar, como seu objeto, a própria unidade autônoma.

Trata-se, ademais, de atender ao princípio da especialidade objetiva, previsto nos artigos 176, § 1º, II, 3, b, e 225, §§1º e 2º, ambos da Lei 6.015/76, identificando-se precisamente o imóvel alienado, é dizer, a própria unidade autônoma, ao invés da fração ideal do terreno.

Note-se, ainda, pelo quanto se extrai das cláusulas sexta e vigésima quinta (fls. 12 e 22), bem como da ausência de menção, no contrato, ao número da incorporação, que a venda em questão parece ser-lhe anterior, novo óbice ao registro pretendido, por afronta ao artigo 32 da Lei 4.591/64. Pertinente a sedimentada orientação deste Egrégio Conselho Superior da Magistratura:

> "Registro de Imóveis – Alienação de unidades autônomas de condomínio edilício antes da incorporação – Impossibilidade – Precedentes do Conselho Superior da Magistratura – Recurso desprovido." (APELAÇÃO CÍVEL: 9000003-14.2015. 8.26.0602, Rel. Des. Pereira Calças, j. 8/4/12)
>
> "REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida procedente – Instrumento Particular de Compromisso de Venda e Compra – Fração ideal vinculada a unidade autônoma de condomínio edilício – Incorporação não registrada – Acesso Negado – Inteligência do artigo 32 da Lei 4.591/64 – Recurso não provido." (APELAÇÃO CÍVEL: 1.249-6/5, Rel. Des. Munhoz Soares, j. 21/9/10)

Por fim, a exigência de apresentação de cópias autenticadas da certidão de casamento do recorrente, bem como das cédulas de RG e CPF de sua esposa, faz-se em obediência ao item 63, do Capítulo XX, Tomo II, das NSCGJ, além de ser natural decorrência da necessidade de observância ao princípio da especialidade subjetiva.

Novamente pertinente a orientação deste Colendo Conselho Superior da

Magistratura:

"Apresentação de certidão de casamento de um dos coproprietários – Correta qualificação do titular de direito inscrito – Especialidade subjetiva – Exigência mantida.

A correta qualificação do titular de direito inscrito decorre do princípio da especialidade subjetiva e implica, de acordo com o item 63 do Capítulo XX das Normas, obrigatória referência ao nome de seu cônjuge e ao regime de bens de seu casamento." (APELAÇÃO CÍVEL: 3000575-90.2013.8.26.0360, Rel. Des. Pereira Calças, DJ 5/5/16)

Note-se não haver nos autos comprovação de que o apelante tenha atendido à exigência, diversamente do quanto afirmado a fls. 58.

Bem postada a recusa do Sr. Oficial, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0020409-22.2014.8.26.0320, da Comarca de Limeira, em que é apelante UNIÃO, é apelado 2º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE LIMEIRA.

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 29.567)**

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, 10 de novembro de 2016.

PEREIRA CALÇAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: Registro de Imóveis – Doação de imóvel do Município para a União – Necessidade de Escritura Pública – Inaplicabilidade do art. 74, do Decreto-Lei n. 9.760/46 – Necessidade, ainda, de pagamento dos emolumentos – Precedentes da Corregedoria Geral da Justiça – Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou procedente dúvida, impedindo o registro de certidão de contrato de doação, com encargo, feita pelo Município de Limeira para a União.

A recusa do registro deveu-se a duas exigências: necessidade de escritura pública e de recolhimento dos emolumentos.

Em seu recurso, a apelante alega, preliminarmente, a incompetência da Justiça Estadual, dado o interesse da União. No mérito, diz que o art. 74, do Decreto-Lei n. 9.760/46, permite a dispensa da escritura para a aquisição de imóveis pela União, que, por sua vez, é isenta do recolhimento de emolumentos.

A D. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Não há de se falar em incompetência para o julgamento da dúvida ou do recurso de apelação. A natureza administrativa do procedimento de dúvida afasta a aplicação do art. 109, I, da Constituição Federal, que, ao utilizar o termo "causas", refere-se aos processos de caráter jurisdicional.

No mérito, ambas as exigências estão corretas.

Dispõe o art. 74, do Decreto-Lei 9.760/46:

Art. 74. Os termos, ajustes ou contratos relativos a imóveis da União, serão lavrados na repartição local ao S. P. U. e terão, para qualquer efeito, força de escritura pública, sendo isentos de publicação, para fins de seu registro pelo Tribunal de Contas.

Como se vê da leitura do dispositivo, ele trata, especificamente, de imóveis da União. Quer dizer: imóveis de propriedade da União. No caso presente, no entanto, não se trata de imóvel da União – de sua propriedade –, mas, sim, de imóvel do Município de Limeira, doado à União.

A regra do art. 108 do Código Civil só admite exceções nos casos expressamente previstos em lei especial. E não se pode interpretar extensivamente uma regra excepcional, como quer fazer a União.

A escritura pública, portanto, era mesmo exigível.

Também o são os emolumentos. A Corregedoria Geral da Justiça tem entendimento firmado sobre o tema, conforme se colhe do parecer exarado no processo n. 24.770/2014, na gestão do Excelentíssimo Desembargador Corregedor Geral da Justiça, Hamilton Elliot Akel:

"A questão não é nova e a Corregedoria Geral da Justiça tem entendimento firmado sobre o tema. Dessa forma, permito-me repetir os termos do parecer proferido no processo CG 52.164/2004, que, por sua vez, seguiu a esteira do processo CG 382/2004:

Acesso ao Sumário

'Em que pesem os argumentos expendidos pela Procuradoria da Fazenda Nacional, não se verifica, no caso, razão jurídica para reconsideração da decisão proferida por esta Corregedoria Geral da Justiça no Processo CG nº 382/2004 ou para revisão do posicionamento aqui seguido na matéria.

Com efeito, nos termos do art. 236, § 2º, da Constituição de 1988, compete à lei federal estabelecer normas gerais para a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro. As normas gerais em questão foram estabelecidas pela Lei nº 10.169/2000, segundo a qual 'Os Estados e o Distrito Federal fixarão o valor dos emolumentos relativos aos atos praticados pelos respectivos serviços notariais e de registro, observadas as normas desta Lei'.

Assim, dispôs o legislador federal, no exercício da sua competência legislativa para edição de normas gerais, competir aos Estados e ao Distrito Federal, a disciplina concernente ao valor dos emolumentos.

No Estado de São Paulo, tal disciplina normativa sobreveio com a edição da Lei Estadual nº 11.331/2002, que estabeleceu, no art. 2º, serem contribuintes dos emolumentos as pessoas físicas ou jurídicas utilizadoras dos serviços ou da prática dos atos notariais e de registro, abrangendo, indiscriminadamente, pessoas jurídicas de direito público e privado.

Com relação à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e respectivas autarquias, trouxe a lei estadual regra específica, no art. 8º, caput, concernente à isenção do pagamento de parcelas dos emolumentos, destinadas ao Estado, à Carteira de Previdência das Serventias Não Oficializadas da Justiça do Estado, ao custeio dos atos gratuitos de registro civil e ao Fundo Especial de Despesa do Tribunal de Justiça, mantendo, porém, a obrigação de tais entes pagarem a parcela de interesse das serventias extrajudiciais.

Registre-se que esse é o conjunto de normas atualmente em vigor, não se aplicando à matéria o Decreto-lei federal nº 1.537/1977.

A propósito, cumpre reafirmar, na esteira da decisão proferida por esta Corregedoria Geral da Justiça, com base no parecer da Meritíssima Juíza Auxiliar, Dra. Fátima Vilas Boas Cruz, ora em questão, que a remuneração dos serviços notariais e de registro tem natureza tributária, configurando taxa remuneratória de serviço público, de competência estadual. Bem por isso, somente o ente político competente para a imposição do tributo – no caso, o Estado de São Paulo – tem competência para estabelecer isenções, circunstância que afasta a incidência do art. 1º do aludido Decreto-lei federal nº 1.537/1977.

Merece transcrição, no ponto, o seguinte trecho do referido parecer da Meritíssima Juíza Auxiliar desta Corregedoria:

'O artigo 1º do Decreto-lei nº 1.537/77 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, uma vez que afronta diretamente o princípio

Acesso ao Sumário

federativo, ao instituir isenção sobre tributo estadual.

A União somente pode estabelecer regras gerais sobre os emolumentos devidos a título de prestação de serviço público, o que foi feito pela Lei nº 10.169/00, mas jamais está autorizada a decretar isenções sobre tributo estadual.

Nesse sentido:

'À União, ao Estado-membro e ao Distrito Federal é conferida competência para legislar concorrentemente sobre custas dos serviços forenses, restringindo-se a competência da União, no âmbito dessa legislação concorrente, ao estabelecimento de normas gerais, certo que, inexistindo tais normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades' (Adin 1624/MG, 08/05/03).

A lei estadual de nº 11.331/02 estabeleceu isenção à União apenas quanto ao pagamento das parcelas dos emolumentos destinados ao Estado, à Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado, ao custeio dos atos gratuitos de registro civil e ao Fundo Especial de Despesa do Tribunal de Justiça, mas não a isentou quanto ao pagamento da remuneração dos serviços das serventias extrajudiciais prestados.

Como foi decidido na Adin nº 2.301-2, RS, citando a lição de Roque Antonio Carraza: 'as leis isentivas não devem se ocupar de hipóteses estranhas à regra matriz do tributo, somente podendo alcançar fatos que, em princípio, estão dentro do campo tributário da pessoa política que as edita. Só se pode isentar o que se pode tributar. Quando não há incidência possível (porque a Constituição não a admite), não há espaço para a isenção."

Corretas as duas exigências, pelo meu voto, nega-se provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004659-02.2015.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante ESPÓLIO DE CLEYCE APPARECIDA PAIVA SANTOS (ESPÓLIO), é apelado 2º OFÍCIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURÍDICA DA COMARCA DE ARARAQUARA.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, v.u. Vencido, em sede de preliminar, o Desembargador Ricardo Dip, que declarará voto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este

Acórdão. **(Voto n.º 29.536)**

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, 10 de novembro de 2016.

PEREIRA CALÇAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida inversa – Escritura pública de inventário – Juízo negativo de qualificação registral – Indispensabilidade de prévia retificação bilateral – Erro na abertura da matrícula que compromete direitos de terceiros – Inadmissibilidade da correção de ofício – Ofensa ao princípio da continuidade registral – Dúvida procedente – Recurso desprovido.

VOTO

Inconformado com a sentença que confirmou o juízo negativo de qualificação registral[1], o recorrente interpôs apelação com vistas ao registro da *escritura pública de inventário dos bens deixados por Cleyce Apparecida Paiva Santos*.

Alega que o erro ocorrido por ocasião da abertura da mat. n.º 1.469 do 2º RI de Araraquara é passível de correção na via administrativa, *de ofício*. Argumenta que a omissão, na tábua registral, no tocante à propriedade pertencente à autora da herança, não exige retificação judicial. Para a inscrição requerida, acrescenta ser irrelevante o regime de bens das segundas núpcias de Oscar dos Santos. Destarte, pretende a reforma da decisão impugnada.[2]

Recebido o recurso[3], os autos, depois da r. decisão monocrática do E. Des. Vito Guglielmi, foram enviados ao C. Conselho Superior da Magistratura, porque a discussão envolve dúvida e registro em sentido estrito[4]. A Procuradoria Geral da Justiça, por sua vez, em seu parecer, opinou pelo desprovimento da apelação.[5]

É o relatório.

O interessado, irresignado com o juízo negativo de qualificação registral,

1 Fls. 79.

2 Fls. 82-87.

3 Fls. 89.

4 Fls. 98-100 e 104.

5 Fls. 106-108.

Acesso ao Sumário

suscitou *dúvida inversa*[6], criação pretoriana então historicamente admitida por este **C. CSM**[7] e regrada pelas NSCGJ[8]: ou seja, ao invés de requerer a suscitação de dúvida ao Oficial de Registro, dirigiu seu inconformismo diretamente ao Juiz Corregedor Permanente.

A ***dúvida inversa***, apesar do vocábulo empregado na sentença[9], **foi julgada procedente**, e não improcedente, pois confirmou o questionado juízo de qualificação registral[10]. Feita essa ressalva, **a r. decisão impugnada deve ser confirmada**, desprovendo-se a apelação interposta pelo interessado.

Conforme a **mat. n.º 1.469** do 2.º RI de Araraquara, **que se filia à transcrição n.º 6.468**, de 1.º de março de 1963, **o imóvel** nela descrito, localizado na avenida D. Pedro II, sem número, na Vila Sampaio, em Araraquara, **pertence a Oscar dos Santos e a sua esposa Maria Lucon dos Santos**. Tal situação, aliás, subsiste desde a abertura da matrícula, em 13 de abril de 1978.[11]

Assim, dentro desse contexto, o pretendido registro da *escritura pública de inventário e partilha do bem proveniente do espólio da Sra. Cleyce Apparecida Paiva Santos* resta desautorizado. Ora, a autora da herança, nada obstante o documentado no título e a partilha realizada[12], não consta, na tábua registral, como proprietária do bem imóvel identificado na mat. n.º 1.469 do 2º RI de Araraquara.

Vale dizer: **a inscrição requerida viola o princípio da continuidade registral**. Encontra legítimo obstáculo no princípio do trato sucessivo. Logo, **o acesso da escritura pública ao registro supõe a prévia retificação da matrícula**, insuscetível de ser promovida, *de ofício*, pelo Registrador, a despeito do sustentado pelo recorrente.

Na realidade, **não houve mero erro** na transposição de dados da **transcrição n.º 6.468**, de 1.º de março de 1963, para a **mat. n.º 1.469**, ambas do 2º RI de Araraquara. E isso porque, na transcrição, **embora o adquirente Oscar dos Santos fosse casado com Cleyce Apparecida Paiva Santos**[13], não se identificou, à época, no registro, a esposa dele; **apenas constou que era**

Acesso ao Sumário

6 Fls. 1-5.

7 Apelação Cível n.º 23.623-0/1, rel. Des. Antônio Carlos Alves Braga, j. 20.2.1995; Apelação Cível n.º 76.030-0/8, rel. Des. Luís de Macedo, j. 8.3.2001; e Apelação Cível n.º 990.10.261.081-0, rel. Des. Munhoz Soares, j. 14.9.2010.

8 Item 41.1. do Cap. XX.

9 Fls. 79.

10 Cf. Apelação Cível n.º 990.10.261.081-0, rel. Des. Munhoz Soares, j. 14.9.2010: "a nomenclatura utilizada pelo art. 203 da Lei de Registros Públicos não faz distinção entre a dúvida comum e a inversa, razão pela qual na verdade a dúvida foi julgada procedente, a despeito do erro material contido na sentença."

11 Fls. 15-17.

12 Fls. 19-25.

13 Fls. 28-29.

casado, e sem menção ao regime de bens[14].

Desse modo, **a prévia retificação registral exigida**, e questionada pelo recorrente, ainda, entretanto, que administrativa, mas por iniciativa dos interessados, **é indispensável**, malgrado revelado, com os documentos exibidos, o erro cometido por ocasião da **abertura** da mat. n.º 1.469 do 2º RI de Araraquara.

A retificação *de ofício*, medida excepcional, não se justifica. Mesmo a retificação unilateral a requerimento de algum dos interessados fica vedada, a despeito da documentação apresentada, tendo em vista encerrar risco de prejuízos para terceiros e, particularmente, por afetar os direitos dos herdeiros de Maria Lucon dos Santos, falecida no dia 2 de março de 2000[15], que, necessariamente, deverão intervir no procedimento de correção do erro registral.

Enfim, **a retificação bilateral** – direta e que pode dar-se, **em princípio**, na esfera administrativa, então em procedimento extrajudicial ou judicial – **é imprescindível para o registro visado**, ainda que evidenciado o equívoco na atribuição de propriedade a Maria Lucon dos Santos, com quem Oscar dos Santos era casado, em segundas núpcias, ao tempo do descerramento da mat. n.º 1.469 do 2º RI de Araraquara[16], mas não à época da aquisição do bem imóvel por meio da transcrição n.º 6.468, de 1.º de março de 1963.

Isto posto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso**.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 44.040)

VISTO:

1. Na esfera preliminar, meu voto extingue o processo sem resolução de mérito.

Trata-se aqui do que se habituou designar "dúvida inversa", a que, *contra legem*, é suscitada pelo interessado, diretamente, ao juízo corregedor.

Cuida-se de prática, com efeito, que não está prevista em lei, razão bastante para não se admitir de fato, por ofensa à exigência constitucional do **devido processo** (inc. LIV do art. 5º da Constituição federal de 1988).

Não autoriza a lei uma livre eleição de forma inaugural e de rito de nenhum processo administrativo, e, na espécie, a "dúvida inversa" não se afeiçoa ao previsto expressamente na Lei n. 6.015/1973 (de 31-12, arts. 198 *et sqq.*).

Se o que basta não bastara, cabe considerar que ao longo de anos, essa

14 Fls. 13-14.

15 Fls. 32.

16 Fls. 15-17 e 38.

"dúvida inversa" se tem configurado por um risco para a segurança dos serviços e até para as expectativas dos interessados. É que, não rara vez, o pleito não atende a tão exigíveis preceitos de processo registral (assim, o primeiro deles, a existência de prenotação válida e eficaz) que está mesmo de logo fadado a frustrar-se, levando a delongas que o humilde respeito ao *iter* imposto em lei teria evitado.

Meu voto preliminar, pois, julga extinta a dúvida, sem apreciação de seu mérito, prejudicado o exame do recurso de apelação.

2. Superada a preliminar, voto pelo provimento do recurso, porque, não sendo a *de cuius* titular inscrita do domínio sobre o imóvel objeto (*i.e.*, o da matrícula 1.469, do 2º Ofício de Registro de Imóveis de Araraquara), o registro *stricto sensu* da correlata partilha *causa mortis* era mesmo impossível.

DO EXPOSTO, por meu voto preliminar, julgava extinto o processo, sem resolução de mérito, prejudicado o recurso de apelação do Espólio de Cleyce Apparecida Paiva Santos.

No mérito, nego provimento ao recurso, para o fim de que, mantido o r. *decisum* da inferior instância, não se proceda ao rogado registro *stricto sensu*.

É como voto.

RICARDO DIP, Desembargador Presidente da Seção de Direito Público

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007549-51.2014.8.26.0132, da Comarca de Catanduva, em que é apelante RODOLFO MANTOVANI DE OLIVEIRA & CIA LTDA, é apelado 1º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DE CATANDUVA.

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 29.577)**

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, 10 de novembro de 2016.

PEREIRA CALÇAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – CARTA DE SENTENÇA – Expressa previsão, no v. acórdão que

determinou a respectiva expedição, de que "a carta pretendida não significa transmissão do bem para os agravantes (...)" – Ausência de título suficiente para a transmissão da propriedade – Proprietário atual, ademais, que sequer foi qualificado na carta de sentença – Afronta ao princípio da continuidade – Dúvida procedente – Recurso desprovido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação tirado de r. sentença do MM. Juiz Corregedor Permanente do 1º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica de Catanduva, que julgou procedente dúvida suscitada, para o fim de manter a recusa a registro de carta de sentença, que não seria bastante à transferência da propriedade imobiliária buscada, além de não qualificar adequadamente o atual proprietário do bem.

O apelante afirma, em síntese, ter comprovado a aquisição "ou outro direito real qualquer" sobre o imóvel. Sustentou que a menção do v. acórdão de fls. 109/113, de que a carta de sentença serviria para provar o histórico da filiação necessária à regularização registrária, reforçaria a viabilidade do registro.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

O cerne da controvérsia está na viabilidade do registro da carta de sentença copiada a fls. 25 e seguintes, extraída em demanda de procedimento ordinário, em que, por transação, o imóvel em questão foi dado em pagamento, pelo Espólio de Pedro Oswaldo Bueno, ao Espólio de Oswaldo José da Silva, que, a seu turno, vendeu-o à recorrente.

A adquirente trouxe aos autos a notícia da compra, requerendo expedição da carta de sentença aludida. Indeferido em primeiro grau, o pleito foi atendido em sede de agravo. Na ocasião, o v. acórdão expressamente ressalvou:

> "A carta pretendida **não significa transmissão do bem para os agravantes**, mas prova do histórico da filiação necessária à regularização registrária." (fls. 113)

Assim é que, diversamente do quanto almejado, o título levado a registro não basta, per si, à transmissão da propriedade. Seria de rigor a concomitante apresentação de documento outro, hábil a consagrar a alienação.

De outro bordo, a análise de matrícula de fls. 5/7 revela que, com a declaração de ineficácia averbada sob nº Av2/11.785, o titular registrário do imóvel segue sendo Pedro Oswaldo Bueno. Por conseguinte, sua qualificação, no título que se quer registrar, há de ser completa e compatível com aquela previamente arquivada, sob pena de afronta ao princípio da continuidade.

Acesso ao Sumário

Não obstante, a carta de sentença em voga não qualifica minimamente o proprietário referido. Nem se olvide que, na matrícula do imóvel, Pedro Oswaldo Bueno figura como casado com Luzia Iglesias Bueno, pelo regime de comunhão universal de bens. Para a hipótese de alienação, seria essencial que a cônjuge participasse do ato, ou que se comprovasse eventual ruptura do vínculo matrimonial.

Desta feita, bem postada a recusa do Sr. Oficial, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS (Corregedor-Geral da Justiça)

Discurso proferido por ocasião da entrega do Colar do Mérito Judiciário ao Dr. Modesto Souza Barros Carvalhosa (Solenidade realizada em 19.12.2016).

Exmo. Senhor Desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, Mui digno Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e desta Sessão Solene. Na pessoa de Vossa Excelência eu saúdo todas as autoridades cujos nomes já foram declinados pelo mestre de cerimônias.

Exmos. Senhores Advogados, Professores, Magistrados, Membros do Ministério Público.

Prezados servidores do Poder Judiciário de São Paulo.

Meus Senhores e Minhas Senhoras.

Excelentíssimo Senhor homenageado: Doutor MODESTO CARVALHOSA.

Iniciando esta oração cumpre-nos, em primeiro lugar, agradecermos ao Presidente deste Egrégio Tribunal, Desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, a honra da designação para sermos o orador oficial desta Corte de Justiça e, desta forma, permitir que falemos em nome de todos os Servidores, Juízes e Desembargadores do Judiciário paulista nesta venerável solenidade que encerra o ano judiciário de 2016 e que tem por escopo especial prestar justa homenagem ao Advogado, ao Jurista, ao Escritor e Jornalista, ao querido e respeitado Professor MODESTO CARVALHOSA.

Honrados com tarefa tão dignificante, somos obrigados a confessar-vos que guardaremos perpetuamente em nosso coração a nobreza da missão que iremos cumprir nesta radiosa tarde paulistana.

Neste sacrossanto Palácio da Justiça de São Paulo, no salão nobre Ministro Costa Manso, sacrário da justiça paulista, estamos todos reunidos em harmônico concerto de corações para compartilharmos este solene ritual e prestar a mais alta homenagem, a mais elevada insígnia prevista nos estatutos desta secular Corte da Justiça bandeirante. Cumpre-nos rememorar a Resolução de 31 de

Acesso ao Sumário

outubro de 1973, editada sob a presidência do Desembargador Tácito Morbach Nobre, norma instituidora do "COLAR DO MÉRITO JUDICIÁRIO", que tem o objetivo de galardoar as pessoas naturais ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras que, por seus méritos e relevantes serviços prestados à cultura jurídica, haja por merecer especial distinção.

Determina sobredita Resolução que as outorgas do "Colar do Mérito Judiciário", salvo as conferidas aos desembargadores no ato de sua posse, não excederão a 3 (três) unidades por ano. A limitação da concessão da mais significativa láurea desta Corte de Justiça remarca o elevado valor que os magistrados paulistas devotam à condecoração que ora se oficializa neste cenário tão referto de história, tradições e glórias. Neste local, que reputamos o mais elevado templo da Justiça da Terra de Piratininga, reúnem-se os Juízes paulistas que compõem com honra e orgulho o Órgão Especial desta Corte para exercerem a sagrada função jurisdicional, garantia constitucional de todos aqueles que buscam o Judiciário. Os juízes, ao interpretar e aplicar as leis devem cumprir o juramento feito por ocasião de sua posse de observar a Constituição Federal. Neste sodalício os magistrados paulistas observam os princípios gerais do direito e de direito, cultuam sua independência e dignidade, demonstram seu comprometimento com a função jurisdicional, preservam com honradez a axiologia das normas jurídicas, elaborando exegese fundamentada na ética e na moral.

Neste momento tão solene e venerável, nós não poderíamos deixar de nos lembrar dos Sermões de Padre Antônio Vieira, quando trata do humanismo. "A humanidade é o realce da justiça: entre o justo e o justiceiro há esta diferença:- ambos castigam, mas o justo castiga e pesa-lhe; o justiceiro castiga e folga."

"O justo castiga por justiça, o justiceiro por inclinação; o justo com mais vontade absolve, que condena; o justiceiro com mais vontade condena, que absolve". Destaca ainda Vieira: "Os juízes hão de ser humanos; por isso não vem Cristo a julgar enquanto Deus, senão enquanto homem".

Pois bem, hoje, nesta tarde, este Tribunal cumpre, mais uma vez um ritual de fazer justiça!

Nosso homenageado, Modesto Carvalhosa, nasceu nesta cidade de São Paulo aos 15 de março de 1932. Poucos dias depois são assassinados os jovens estudantes Martins, Miragaia, Dráusio e Camargo, alunos das Arcadas de São Francisco, durante um protesto contra o Governo Vargas, fato que foi o estopim da Revolução Constitucionalista de 1932. Modesto Carvalhosa

Acesso ao Sumário

nasceu nos tempos tumultuados que fizeram eclodir a Guerra Paulista. Os estudos primários foram cursados em Araraquara, enquanto os estudos secundários foram feitos no Colégio Caetano de Campos. Após estadia na Europa, ingressa em 1953, na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. Enquanto acadêmico de direito foi escrevente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A colação de grau nas Arcadas ocorre em 1957. Advogado desde 1958. Doutor e Livre Docente pela Universidade de São Paulo. Bolsista do Governo italiano realizou o pós-doutoramento no Instituto de Direito Econômico da Universidade de Camerino, na Cátedra do Prof. Mario Longo. Bolsista da Association Internationale de Droit Comparé para desenvolver trabalho de pesquisa sobre o Direito da Comunidade Europeia, junto à Universidade Robert Schuman de Estraburgo. Foi professor de direito comercial na Universidade Mackenzie e na Universidade de São Paulo.

Autor de centenas de artigos e livros. Dentre suas obras mais significativas podemos indicar: Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, Acordo de Acionistas, Oferta Pública de Aquisição de Ações, A Nova Lei das S/A, Comentários ao novo Código Civil Brasileiro, parte especial do direito de empresa, Estudos de Direito Empresarial. Recentemente coordenou a edição do Tratado de Direito Empresarial, no qual reuniu comentários profundos realizados pelos maiores comercialistas de nosso país.

Modesto Carvalhosa fez parte de inúmeras comissões nacionais e estrangeiras na área jurídica, na representação de docentes, na formulação de estudos sobre ética do servidor público, presidiu o Tribunal de Ética da OAB/SP. Presidiu o Condephaat, órgão de preservação do patrimônio histórico do Estado de São Paulo, no Governo Franco Montoro. Conselheiro do Instituto do Patrimônio Histórico Nacional, do Ministério da Cultura desde 1987. Conservador e restaurador da Fazenda Pinhal, em São Carlos, declarada Patrimônio Histórico Nacional em 1987.

Ademais, organizou e coordenou a edição do "Livro Negro da Corrupção", publicado em 1995, que apresentou relatórios de caráter investigativo sobre a corrupção na história recente brasileira. Este livro recebeu o Prêmio Jabuti de Literatura Jornalística. Participou da Convenção Jurídica Brasil-Alemanha, no Instituto Max Planck, publicando no idioma alemão a obra " Corrupção no Brasil".

Neste apertado resumo da soberba produção literária e cultural de nosso homenageado, procuramos destacar, aleatoriamente, trabalhos, funções, missões, que, sob nossa ótica, deveriam ser relembrados de forma singela nesta emblemática solenidade.

Acesso ao Sumário

Cumpre-nos dizer que ao tomarmos a iniciativa da propositura da concessão do Colar do Mérito Judiciário para MODESTO CARVALHOSA, contamos com o espontâneo incentivo e compartilhamento de um grande número de juízes e desembargadores que foram alunos do Professor Carvalhosa, com realce para seus ex-alunos, Desembargador Cesar Ciampolini e Desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascaretti. O fundamento central da homenagem vinculou-se à soberba figura do professor de direito comercial, do jurista de escol reconhecido e consagrado em nosso País, na Europa, notadamente em França, Alemanha, Itália, Estados Unidos, África, entre outros; do comercialista emérito, do combativo, culto advogado, do aguerrido defensor do patrimônio histórico e cultural de nosso Estado de São Paulo e do Brasil, do defensor da preservação ambiental, da cobertura vegetal da cidade de São Paulo, da Mata Atlântica; do respeitado e carismático líder de diversos movimentos sociais dos quais participou ao longo de sua exuberante atividade profissional, notadamente como professor e advogado. Vimos nele o audaz guerreiro em constante e diuturna luta contra a corrupção. Lembramo-nos do membro da Comissão instituída pelo Presidente Itamar Franco para investigar e sanear a administração pública federal, em face das conclusões da CPI dos Anões do Orçamento; Rememoramos a imagem do articulista, cultor do idioma pátrio, incansável em sua emblemática missão de pregador da ética em todas as atividades públicas exercidas na órbita dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, nas Autarquias, nas empresas públicas, nas sociedades empresárias, com destaque para as sociedades anônimas e limitadas, bem como nas entidades de classes às quais emprestou o brilho de sua inteligência com ardor, competência, vigor e rigor. Não pudemos deixar de relembrar a atuação vibrante do eminente professor em constante luta pela observância da ética e da meritocracia e da competência na formação dos quadros dos professores de nossas Universidades. Recordamos a postura do guerreiro da ética e da moral, valendo- se da força do argumento extraído de sua sólida formação intelectual, de sua aguda inteligência, que permitiu valer-se de sua imensa cultura e experiência acumulada como "batonier" e consagrado professor. Visualizamos também o jornalista respeitado e combativo, sob uma ensinança – e nos permita mais uma citação de VIEIRA: "Não há coisa mais escrupulosa no mundo que papel e pena. Três dedos com uma pena na mão, é o ofício mais arriscado que tem o governo humano". Tivemos também um olhar para o benfeitor da cultura, das artes, das causas sociais e, principalmente, dos desvalidos e menos favorecidos: apenas um realce: Modesto Carvalhosa é irmão da Mesa da Casa de Misericórdia de São Paulo.

Acesso ao Sumário

Examinamos a figura do homem, do filho exemplar do senhor Agostinho Piquet Perestrello de Carvalhosa e de Dona Sophia Souza Barros de

Carvalhosa. Do pai dedicado e amoroso dos filhos Luiz Antônio, Sophia Helena e Manuel. Do esposo dedicado da senhora Cláudia de Souza Oliveira Carvalhosa. "Bonus pater familias". Nada mais é necessário dizer sobre o paradigma do bom pai de família.

Por fim, quando já aprovada por unanimidade pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a outorga do Colar do Mérito Judiciário ao Professor Doutor Modesto Carvalhosa, resplandece com fulgor em sua multifacetária figura humana o atual "defensor do Poder Judiciário".

Explicamos e justificamos a assertiva:

O Jornal do Estado de S. Paulo, edição de 3 de dezembro de 2016, publicou em sua página A2 – Espaço Aberto –, primoroso ensaio da lavra de Modesto Carvalhosa, sob o título: "Lei da Mordaça para o Judiciário e o MP". Como soe acontecer com os artigos escritos com a pena de ouro de nosso homenageado, lança ele um corajoso brado de alerta contra os 313 parlamentares "que compõem a facção criminosa conhecida pela alcunha de Comando pró-Corrupção", os quais, à socapa e à sorrelfa, na calada da noite, promoveram uma das maiores afrontas "que o povo brasileiro já sofreu em sua história e, aprovaram, " uma pretensa lei que criminaliza os magistrados e membros do Ministério Público", com a pretensão de "impor a lei da mordaça ao Judiciário", valendo-se de "conceitos vagos e subjetivos que permitem aos políticos corruptos condenar e afastar de suas funções qualquer juiz ou promotor que, por exemplo, se manifeste publicamente sobre um caso ou, simplesmente, falte com o decoro", embora tais parlamentares corruptos " não tenham nenhum decoro na relação com seus pares e as empreiteiras". Ao final de sua soberba e intransigente defesa do Poder Judiciário, lança o Professor Modesto Carvalhosa o seguinte repto: "Cabe a todos nós tomar as ruas para apontar, um por um, os 313 membros do Comando pró-Corrupção e repudiar suas ações criminosas no seio da Câmara, adotadas na sinistra madrugada de quarta-feira. Trata-se de medida 'legislativa' que afronta a Constituição Federal não só por ferir os princípios da moralidade e da impessoalidade, mas por desvirtuar a natureza restrita e especialíssima do crime de responsabilidade".

Já encerrando esta peroração, nesta solenidade festiva e de congraçamento da Família Forense de São Paulo, todos nós, servidores que somos da Justiça, nesta hora de incertezas remarcada por conflitos políticos e jurídicos, temos o dever moral de unir nossas forças para defendermos as Instituições da Justiça, vale dizer, MAGISTRATURA, ADVOCACIA E MINISTÉRIO PÚBLICO.

Acesso ao Sumário

Invocando a proteção de Deus, encerro com as palavras do advogado RUY BARBOSA:

"Se a política não recuar diante desta Casa Sagrada, em torno da qual marulha furiosa desde o seu começo; se os governos não se compenetrarem de que na vossa independência consiste sua maior força do princípio da autoridade civil; se os homens do Estado não se convencerem de que o que aqui se passa é inviolável como os mistérios do culto; se os partidos não cessarem de considerar inocentes e impenetráveis sob o tênue véu dos artifícios políticos as suas conspirações contra a consciência judiciária, ai de nós, porque em verdade vos digo, não haverá o que nos salve".

Tenho dito senhor Presidente.

MODESTO SOUZA BARROS CARVALHOSA (Professor, Advogado e Jurista)

Discurso de agradecimento proferido por ocasião do recebimento do Colar do Mérito Judiciário (Solenidade realizada em 19.12.2016).

Exmo. Senhor Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador PAULO DIMAS DE BELLIS MASCARETTI.

Exmo. Senhor Corregedor Geral de Justiça MANOEL PEREIRA CALÇAS.

Exmos. Senhores Desembargadores.

Acesso ao Sumário

Ao ser incluído no rol dos agraciados com o nobilíssimo Colar do Mérito Judiciário, quero recordar que foi exatamente nesta Casa de Justiça que forjei minha vocação para as lides do Direito.

Já no primeiro ano do curso de bacharelado da Faculdade do Largo de São Francisco, em 1953, ingressei nos quadros dos servidores deste Egrégio Tribunal, alocado na 2ª seção.

Éramos encarregados dos serviços de distribuição domiciliar aos relatores e revisores dos feitos que circulavam nas seis câmaras cíveis e três criminais,

integradas pelos 34 desembargadores que compunham este Egrégio Tribunal.

Nesse humilde ofício administrativo, durante todo o meu curso de bacharelado, tive a oportunidade diária de ler peças fundamentais de autos que chegavam ao nosso departamento, cuja lide apresentasse um maior interesse, no meu incipiente critério de estudante.

Tive, assim, uma visão concreta do mundo dos embates judiciários, *pari passu* com as matérias teóricas que estudava na velha Academia.

Oportunidade rara que não desperdicei, e que alimentou uma curiosidade, cada vez mais intensa, pela atividade judiciária nos múltiplos temas que aqui se discutiam e se decidiam.

Auri deste E. Tribunal não apenas o sustento material, pelo meu trabalho, à época dos meus estudos universitários, mas também o convívio com os grandes juízes que compunham os seus quadros.

No simples mister de entregar os autos em suas casas no começo da noite, naquela São Paulo ainda com 2 milhões de habitantes, alguns desembargadores, vez por outra, convidavam para um café e uma breve prosa, para saber, com uma indisfarçada nostalgia de sua época nas Arcadas, do movimento estudantil que promovíamos no Largo de São Francisco, naqueles conturbados anos 50, e das impressões que tínhamos dos professores, os nossos grandes catedráticos, muitos deles seus colegas nos bancos escolares na velha Academia.

Nessa generosa acolhida no vestíbulo de suas casas destacavam-se, pela relativa habitualidade, Marcelino Gonzaga, na sua residência da rua Gabriel Monteiro da Silva e Manuel Carlos de Figueiredo Ferraz, na rua Veiga Filho.

Mas o privilégio deste estudante aprendiz ainda era maior quando assistia, todas as semanas, alternadamente, sessões de uma das seis câmaras cíveis, em que se destacavam os preciosos votos de Juarez Bezerra, Marcelino Gonzaga, Percival de Oliveira, Pedro Chaves, Barros Monteiro, Theodomiro Dias, Aguiar Vallim, Raphael Sampaio, Mario Mazagão.

E não escapavam, também, as três câmaras criminais, com os votos brilhantes de Manuel Carlos, Trasybulo de Albuquerque, Costa Manso e Vasconcelos Leme.

E para culminar havia a reunião do Pleno, às quartas-feiras, nesta sala solene, com a presença dos 34 desembargadores que compunham o Tribunal de Justiça.

Aqui se debatia e se decidia sobre temas fundamentais que germinavam, naquela exata metade do século, no plano das relações civis, abrangendo, sobretudo, o Direito de Família.

Destacava-se o tema recorrente do concubinato, a demonstrar uma irrecusável superação de alguns velhos conceitos do Código Civil de 1916, que não mais correspondiam à evolução da sociedade do pós-guerra.

E essa discussão frutífera, nas Câmaras e no Pleno dava-se, também, em matéria obrigacional, na interpretação diferenciada dos contratos de massa, no seu aspecto estrutural e na sua importância social.

E, no contexto geral dos contratos, discutia-se a conduta dos pactuantes, num nítido sentido da prevalência do princípio da boa fé, e do alargamento da imprevisibilidade e do estado de sujeição de uma das partes, o que muito me impressionava, face ao nítido contraste com o normativismo positivista que se ensinava na Faculdade.

Invoco todo esse universo de ebulição temática daqueles anos 50, para lembrar o papel fundamental que teve o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na construção pretoriana dos novos direitos civis, que acabaram por se afirmar como normas concretas e princípios positivados, em nosso Código de 2002.

Neste Tribunal, mercê de um persistente trabalho jurisprudencial, germinavam os princípios modernos na interpretação dos negócios jurídicos e o da sua função social, como razão e limite da liberdade de contratar, devendo as partes se conduzir com probidade e lealdade tanto na sua conclusão como na sua execução.

E foi a partir da construção jurisprudencial dos direitos da concubina, longamente elaborada nesta Casa, que se consagrou o instituto da união estável que, no vigente Código Civil, veio a amparar uma situação social de enorme relevância.

Considerada muito tradicional, na realidade, esta Casa de Justiça foi, e continua sendo, pioneira no reconhecimento de novos direitos o que demonstra a sua permanente vocação à contemporaneidade. Nela se procura preservar o valor de equidade no desempenho de distribuir justiça.

Este nobre Tribunal jamais se acomodou aos cânones do positivismo jurídico, cego e frio, de mero cumprimento formal e insensível da lei posta.

Agradeço a esta Casa o generoso gesto de me outorgar este Colar, que recebo com tanta emoção e recordações dos anos de mocidade quando aqui trabalhei e aprendi sobre a grande e sagrada missão da Justiça.

E, ao mesmo tempo, reconheço as enormes dificuldades que enfrenta o Poder Judiciário na sua missão a favor dos indivíduos, da coletividade e da cidadania, nesta aguda crise institucional que estamos vivendo, fruto do aparelhamento do Estado a serviço do partido hegemônico que se instalou no país nos últimos 13 anos.

Colhemos, neste momento, os reflexos institucionais dessa longa distorção do exercício do Poder, quando todos os crimes contra a Administração Pública foram praticados, desagregando, corrompendo e decompondo as instituições políticas – o Poder Executivo e o Legislativo.

Este último – tanto nos segmentos da Câmara e do Senado – insubordinam-se contra as ordens judiciais que lhe são endereçadas.

Cuidam os parlamentares, adentrando madrugadas e praticando golpes nos seus próprios regimentos, de legalizar a corrupção mediante leis que não são voltadas à felicidade da *polis,* como propugnava Aristóteles, mas à destruição do Poder Judiciário e do Ministério Público na sua missão de punir os criminosos que desviaram e desperdiçaram os recursos públicos destinados ao atendimento da coletividade.

A criminalização do exercício da autoridade – direcionados especificamente a magistrados e membros do Ministério Público – representa uma tentativa de implantação de uma lei da mordaça, de modo a amedrontar os juízes na aplicação independente da lei penal contra políticos e réus poderosos envolvidos no crime de corrupção e seus consectários.

Ora, não pode uma lei ordinária derrubar um dos pilares do nosso Estado Democrático de Direito.

A independência do Judiciário garante nosso modelo de Estado baseado na autoridade da Lei e das instituições independentes, respeitando sempre os direitos e as garantias fundamentais de todo cidadão, independentemente de sua situação econômica ou política.

Por saberem-se implicados nos graves crimes de corrupção que vão sendo revelados, a maioria dos congressistas procura subjugar o Judiciário, criando uma crise institucional sem precedentes no País.

A inserção do crime de abuso de autoridade endereçado apenas aos juízes e aos membros do Ministério Público, como consta das desfiguradas emendas às Dez Medidas aprovadas pela Câmara de Deputados – no sentido inverso ao Projeto de inciativa popular – constitui um atentado gravíssimo à nossa Constituição e à nossa República.

Dentre as normas aberrantes, que legalizam a corrupção, aprovada por 315 deputados na madrugada de 29 de novembro último, encontram-se aquelas fundadas em conceitos vagos e subjetivos que permitem aos políticos condenar e afastar de suas funções qualquer magistrado que se manifeste publicamente sobre um caso ou, simplesmente, falte com o decoro – seja lá o que os parlamentares entendam por decoro.

Criminaliza-se toda a atividade judiciária no nosso País. Qualquer réu poderá alegar que houve abuso por parte do julgador, de modo a afastá-lo de suas funções e buscar a anulação do processo.

Confere-se aos réus o poder de, em substituição ao Ministério Público, acionarem criminalmente os magistrados encarregados de julgá-los, visando, com essa norma teratológica, comprometer a independência e a manifestação do livre convencimento dos juízes.

O projeto de lei, de iniciativa de 2 milhões e 400 mil cidadãos, que visava punir a corrupção endêmica no país, transformou se em instrumento de punição das autoridades judiciais e da promotoria, a quem cabe resguardar nossas leis e nossos valores.

Da mesma forma, o projeto de lei sobre abuso de autoridade, de autoria do atual Presidente do Senado – apresentado com notório desvio de finalidade – prevê, dentre inúmeros outros constrangimentos penais e administrativos, a punição de magistrado pelo simples fato de interpretar a lei em descordo com o que vierem a compreender os tribunais superiores, criminalizando toda a atividade judicante, portanto.

Senhor Presidente, Senhores Desembargadores. O modelo institucional vigente esgotou-se.

As instituições políticas do Estado não mais funcionam, estando, inclusive, o Poder Executivo refém do Congresso, dirigido e dominado por uma maioria que legisla não para assegurar o interesse comum.

Legislam os parlamentares para criminalizar a atividade dos membros do Judiciário e do Ministério Público.

No mais, vendem medidas provisórias e leis de exoneração fiscal, extorquem

empresários para não comparecerem a Comissões Parlamentares de Inquérito, barganham despudoradamente com o Poder Executivo cargos de confiança, recheados de verbas orçamentárias.

Devemos estar à altura desta gravíssima crise políticoinstitucional.

Há que se pensar, agir, propor e implementar, a partir do início do próximo ano, a refundação de nossa República. São comuns na história dos regimes democráticos a refundação constitucional e institucional das estruturas do Estado. A França já está na sua 5ª República.

Preservadas as conquistas dos direitos individuais, coletivos e políticos da cidadania e da coletividade, inseridos na Constituição de 88, impõe-se a convocação da uma constituinte independente, que possa levar à promulgação de uma nova carta política que comandará as eleições gerais do ano seguinte.

Há que se refundar, através dessa nova constituição, o sistema de governo, o sistema eleitoral – em termos profundos e amplos – e também os fundamentos e a estrutura da Administração Pública, a par das relações do Poder Legislativo com o orçamento, e inúmeras outras providências estruturais que possam restaurar a Autoridade do Estado e sua relação com a cidadania, preservado, sempre, o regime democrático de Direito.

Precisamos estar à altura da gravidade da crise republicana que estamos vivendo.

Impõe-se essa refundação política do país, sob pena de se aprofundar a ilegitimidade já instalada do Poder Político e o afundamento econômico gradual e inexorável que sempre acompanha a insegurança jurídica e institucional.

Ao ousar assim propor, valho-me da clássica advertência de Georges Ripert: "Banidos da filosofia e da política, os advogados refugiaram-se na técnica".

Os advogados não devem apenas pensar nos interesses dos seus clientes, mas, sim e em primeiro lugar, agir na *polis,* na procura do bem comum, como cidadãos. Essa a razão porque trago a este insigne colégio de juízes desta alta Corte a minha mensagem de cidadão-advogado, ao agradecer o gesto da outorga desse galardão que recebo com humildade e profundo respeito.

Muito obrigado.

Acesso ao Sumário

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS (Corregedor-Geral da Justiça)

Discurso proferido por ocasião da Abertura do Ano Judiciário do Tribunal de Justiça de São Paulo (Solenidade realizada em 01.02.2017).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça – Paulo Dimas de Bellis Mascaretti; Excelentíssimo Senhor Governador do Estado – Geraldo Alckmin; Excelentíssimo Senhor Presidente da Assembleia Legislativa Estadual – Deputado Fernando Capez; Excelentíssimo Senhor Dr. Gianpaolo Smanio, Procurador Geral de Justiça do Estado; Excelentíssimo Senhor Dr. Marcos da Costa, Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil/SP; Senhores Desembargadores, Juízes e Servidores; Senhores Advogados; Senhores Membros do Ministério Público e da Defensoria Pública; Demais autoridades civis e militares; Senhoras e Senhores.

Nesta data e nesta augusta Sala Ministro Costa Manso, Sacrário da Justiça bandeirante, aqui e agora, repetimos cerimônia instituída por esta Corte há mais de 50 anos, a qual tem por escopo simbolizar ao povo da terra de Piratininga, a instalação do Ano Judiciário de 2017. Cumpre-nos rememorar aos presentes o notável Desembargador, depois Ministro, Pedro Chaves, arquiteto pioneiro deste ritual sagrado, recordando as palavras do saudoso Desembargador Alceu Cordeiro Fernandes, primeiro orador a falar em nome do Tribunal paulista, o qual esclareceu que esta celebração tem por objetivo homenagear e prestigiar a Justiça. Editada Resolução desta Corte em 1961, ordenava que os serviços forenses se inaugurassem em Sessão Solene do Tribunal Pleno. Desde então, o sacratíssimo ritual repete-se em fevereiro de cada ano de nosso calendário, cristalizando-se liturgicamente no direito consuetudinário da Corte paulista.

É importante ressaltar que a singeleza desta cerimônia, referta de simbologia, em rigor, não marca efetivamente o início ou o reinício dos trabalhos desta Corte de Justiça, na medida em que, como bem sabem todos os que atuam ou precisam do Poder Judiciário de São Paulo, os serviços forenses jamais são suspensos. Isto porque, as portas do Judiciário paulista estão e estarão sempre abertas a todos os cidadãos, pois, mesmo nos finais de semana, feriados, dias santificados ou nos recessos forenses, a prestação da atividade jurisdicional nunca é interrompida, haja vista a realização de plantões judiciais, os quais são instituídos para a solução de pleitos de remarcada urgência, cumprindo-se, desta forma, o indeclinável dever de o Poder Judiciário assegurar a todos o pleno e pronto acesso à jurisdição, garantia fundamental outorgada pela Constituição Federal. Por isso mesmo, esta oração inicial, que deve ser formalizada no primeiro dia do calendário anual da

Noticiário
Acesso ao Sumário

atividade jurisdicional desta Corte de Justiça, já foi anteriormente comparada pelo Ministro Pedro Chaves, com o confortável endosso do Desembargador Alceu Cordeiro Fernandes e do Desembargador Nereu Cesar de Moraes, à "aula magna das universidades" ou "à missa do Santo Espírito nos concílios católicos" ou ainda "à Michaelmas" que soleniza o início do ano legal da velha Albion. É da tradição deste ritual de passagem ao novo ano judicial, a apresentação de autêntica prestação de contas dos magistrados paulistas ao povo de São Paulo, recomendando-se também a renovação do juramento de bem servir de Justiça a todos aqueles que procuram nosso Tribunal.

Para bem servir aos nossos jurisdicionados impõe-se uma rápida reflexão sobre a natureza jurídica do Tribunal de Justiça. O que é um Tribunal? Todos nós, eternos estudantes de direito, não nos esquecemos das lições aprendidas nos bancos acadêmicos sobre o conceito de instituição. Maurice Hauriou, professor da Universidade de Toulouse, o principal elaborador do conceito em França. Oto Von Gierke, professor da Universidade de Berlin e Santi Romano, da Universidade La Sapienza de Roma, muito contribuíram para o aperfeiçoamento do institucionalismo. Relembramos ainda Georges Renard, um dos principais divulgadores da teoria da instituição o qual confessava que via esse conceito entre brumas, o qual, em certos momentos, lhe dava vertigens. Malgrado a tormentosa empreitada em que se envolveram os institucionalistas, podemos entrever harmonia nos elementos caracterizadores da instituição, a qual, de maneira singela, pode ser concebida como uma organização social de pessoas interessadas na realização de um ideal ou trabalho comum. A organização estável, formada por indivíduos, cuja permanência é garantida por um harmônico equilíbrio de forças ou por uma separação de poderes, que deve ser regida por um estatuto interno, de observância compulsória, baseado no princípio fundamental da hierarquia. É preciso proclamar, em alto e bom som, que a hierarquia é a pedra angular do Poder Judiciário e, no âmbito estadual, compete ao Tribunal de Justiça velar por sua rigorosa observância.

Cumpre-me porém, antes de executar o mandato que me foi outorgado agradecer a honrosa designação que nosso ilustre e empreendedor Presidente – Desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascaretti – fez a este antigo Juiz de província, para falar em nome do Poder Judiciário de São Paulo. Ao ingressar na magistratura paulista, por concurso encerrado em 1976, portanto, há mais de quarenta anos, já exercera anteriormente as funções de escrevente judicial e militara por cinco anos como estagiário e advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. Sou, portanto, testemunha ocular e co-autor da extraordinária e inimaginável evolução do Poder Judiciário de São Paulo durante cerca de meio século de sua história recente. Devo confessar-vos que sou

apaixonado pela magistratura, fiel, obstinado e devotado servidor do Judiciário, intransigente defensor do ideário axiológico, ético e principiológico que serve de poderoso alicerce à magistratura nacional. Venero o Poder Judiciário nacional e revenero o Poder Judiciário paulista.

Para cumprir a nobilíssima missão que me foi delegada pelo Presidente desta Corte analisei e refleti detidamente sobre a hodierna estrutura e a atuação do Poder Judiciário de São Paulo ao longo do ano de 2016, baseando-me nos precisos dados estatísticos elaborados pelos diligentes servidores desta Casa.

Serei breve e objetivo.

Principiemos pela 1ª Instância.

Em nosso Estado temos 2.883 cargos criados na magistratura de 1º grau, contando com 2.180 magistrados na ativa. Atualmente há 276 cargos vagos. Outrossim, no território paulista são 319 Comarcas, 1.700 as varas criadas, 1501 instaladas, restando 199 varas por instalar.

Em números arredondados computamos 21 milhões de feitos em andamento em dezembro de 2016. Durante o ano foram distribuídos 5 milhões e quinhentos mil processos. Realizaram-se cerca de 900 mil audiências e foram proferidas mais de 4 milhões e 200 mil sentenças. Foram cumpridas 857 mil precatórias.

2ª Instância.

O Tribunal de Justiça, cuja composição inicial, à época do Império, era de apenas 7 desembargadores, atualmente conta com 360 desembargadores. Atuam ainda no Tribunal de São Paulo 85 juízes substitutos de segundo grau. No ano de 2016 foram distribuídos 858 mil recursos e feitos originários, que geraram 806 mil processos julgados pela Corte paulista. No último dia de 2016 pendiam de julgamento nesta Corte 665 mil recursos.

Acesso ao Sumário

Em primeiro e segundo grau contamos com o trabalho de mais de 43 mil servidores.

Há alguns números que merecem ser ressaltados nesta cerimônia: Na área penal no Judiciário paulista tramitavam em 31/12/2016, 471.179 execuções criminais que englobam condenações à prisão em regimes: fechado, semi-aberto e aberto; à penas alternativas; à medidas de segurança e multas. São Paulo tem hoje, segundo dados da Secretaria da Administração Penitenciária, 233.286 presos. Portanto, afirmamos, confrangidos e sem qualquer orgulho, que

São Paulo possui a maior população carcerária do Brasil. Malgrado a grandeza matemática de tal número, podemos nos sentir mais confortáveis de contarmos em tal universo, com apenas, desculpem-me o "apenas" 36.242 presos provisórios, conforme informa a Secretaria da Administração Penitenciária, mercê do que, o estado de São Paulo ostenta o índice aproximado de 15,7% de presos provisórios, um dos mais baixos do Brasil. Destaque-se que por "presos provisórios" conceituamos como aqueles que estão presos sem sentença de 1ª instância. Não procedem, portanto, determinadas críticas publicadas na imprensa, infundadas e alarmistas, que chegaram a afirmar o índice de cerca de 60% dos presos provisórios em nosso Estado. Esta não é a realidade paulista.

Há, ainda, outra realização que merece ser destacada. Em 2015, por iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, São Paulo iniciou a implantação das audiências de custódia, em cumprimento ao Pacto de São José da Costa Rica, norma de hierarquia constitucional, cuja obrigatoriedade foi reconhecida pelo STF. Trata-se de instituto novo em nosso sistema processual-penal que, apesar de críticas e divergências sobre utilidade ou necessidade, vem sendo, gradativamente implementado em nosso Estado. A apresentação do preso ao Juiz, no prazo de 24 horas, objetiva garantir que o magistrado, com a presença do Promotor de Justiça e do Defensor, analise a legalidade e a necessidade da prisão. Tem a audiência de custódia, conforme seu próprio nome indica, o escopo de custodiar, isto é, zelar pelo preso, verificando se ele não foi submetido à sevícia ou à tortura no ato da detenção. Para a realização da audiência de custódia é necessária e indispensável a participação perante o Poder Judiciário, do Ministério Público, da Advocacia e da Defensoria Pública, da Secretaria de Segurança Pública e da Secretaria da Administração Penitenciária, da Polícia Militar e Civil, dos Agentes Penitenciários, dos Servidores do Judiciário, do Instituto de Polícia Técnica, de Médicos-legistas e enfermeiros, de Psicólogos e Assistentes Sociais, numa ação conjunta e harmônica de todas estas instituições. Há obviamente altos custos para a realização de tal operação em todo o Estado de São Paulo. O projeto piloto iniciou-se pela Comarca da Capital. Só para se aquilatar a grandeza da tarefa, a partir de 2015 foram realizadas no Fórum da Barra Funda, até dezembro de 2016, 36.540 audiências de custódia. Foram mantidas 50% das prisões e liberados 50% dos detidos. Se o Poder Judiciário e o Executivo suportaram elevadas despesas para cumprir o Pacto de San José da Costa Rica, por outro lado, a liberação imediata de 18.390 presos, implicou grande economia para o Executivo. Isto porque, considerando-se informações da Secretaria de Assuntos Penitenciários de que cada preso custa para nosso Estado cerca de $1.500,00 mensais, a despesa mensal dos detidos que foram liberados no ano passado montaria em R$ 27.585.000,00 mensais. Tal estatística refere-se somente à comarca da Capital. O cronograma de implantação das audiências

Acesso ao Sumário

de custódia, aprovado pelo CNJ vem sendo cumprindo rigorosamente e, até 7 de agosto futuro, terá atingido a integralidade territorial de nosso Estado, no que se refere às prisões executadas em dias úteis. Em 14 de outubro deverá estar implementado todo o sistema de custódia referente às prisões ocorridas nos finais de semana.

Na área extrajudicial, São Paulo corresponde a 70% do movimento nacional. São 1.724 serventias extrajudiciais, envolvendo tabeliães de notas, protestos, oficiais de registro de imóveis, registro civil das pessoas naturais, de títulos e documentos e civil das pessoas jurídicas. Totalizam mais de 20 mil servidores extrajudiciais. Nesta seara é de rigor destacar que a revisão e atualização das normas de serviços da CGJ acarretaram sensível redução na formulação de procedimentos de dúvidas, desenhando-se um cenário de segurança jurídica para os que buscam os serviços extrajudiciais. Por outro lado, no julgamento dos recursos administrativo-disciplinares, a CGJ e o Colendo Conselho Superior da Magistratura balizaram-se pelos vetores do rigor, da prudência e do equilíbrio, promovendo exegese normativa sob a inspiração dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. É importante frisar ainda o inegável protagonismo do Tribunal de São Paulo na disciplina e fiscalização da atividade extrajudicial. No último encontro dos Corregedores-Gerais da Justiça dos Tribunais estaduais e do DF, realizado em novembro pretérito neste salão nobre, a unanimidade dos magistrados presentes reconheceu a liderança do Tribunal paulista na regulamentação dos serviços extrajudiciais, com destaque pela pioneira e exemplar realização de concursos de provas e títulos para as delegações dos serviços notariais e de registro, com o exato cumprimento do parágrafo 3º do art. 236 da Carta Federal.

Há, muito mais, que poderia ser explicitado. No entanto, esta singela exposição numérica que envolve a estrutura física e pessoal dos serviços jurisdicionais e judiciais inseridos na ampla competência constitucional do Poder Judiciário do Estado de São Paulo evidencia plenamente a enorme complexidade das funções judiciais, extrajudiciais e jurisdicionais abarcadas na competência múltipla e ampla comandada por esta Corte de Justiça.

Há muito a fazer e nós, que integramos a Cúpula do Poder Judiciário bandeirante, ao lado dos juízes e servidores do nosso Tribunal de Justiça, estamos prontos para os desafios deste novo ano que se inicia!

Evidentemente, não estamos alheios à crise econômico-financeira pela qual passa o Brasil e, como sabemos o mundo. Não é preciso ir muito longe para perceber que o contexto brasileiro apresenta reflexos no dia a dia forense. Quantas ações com pedidos de revisão de contratos, ações de cobrança em

razão do inadimplemento generalizado, em contratos de planos de saúde, busca e apreensão de veículos, inadimplemento do dever de alimentos, falências, recuperações judiciais ou mesmo rescisões contratuais envolvendo grandes empresas. Em todas as especialidades o quadro da crise instaurada é emoldurado em nosso dia a dia, como magistrados.

Ao contrário do que "profana" a mídia quase que diariamente, não se trata de lutar para manutenção de "regalias judiciárias" (refiro-me à recente editorial de grande jornal paulista), como se não estivéssemos preocupados com outra coisa que não fosse manter nossos vencimentos.

É claro que lutamos e vamos continuar lutando – sob a batuta de nosso incansável Presidente Paulo Dimas, pela manutenção das garantias constitucionais conferidas ao Poder Judiciário, cujas razões de existir muitas vezes são olvidadas pela imprensa e acabam por não ser noticiadas à população com o devido realce, gerando o falso "senso comum" de que o "Judiciário brasileiro está entre os mais caros do mundo", sem que se explicitem as causas para essa conclusão (alto grau de litigiosidade, cifra astronômica de processos distribuídos anualmente, muitas vezes como último refúgio da população para resolução de suas demandas).

Portanto, é preciso destacar em um momento como este, que o Tribunal de Justiça não está alheio à crise instalada em nosso país e vem trabalhando para os necessários ajustes decorrentes desses momentos de recessão.

É preciso divulgar que estamos atuando para o aumento constante de nossa produtividade, tanto dos juízes como dos servidores, com o escopo de obter cada vez mais eficiência com o menor custo. Exemplo disso são os Projetos: Justiça Bandeirante, 100% Digital e Judiciário Eficiente.

Nessa linha, temos feito muito, mas é preciso continuar, incessantemente, na busca da tão almejada eficiência, acompanhada pela garantia da razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Para atingir esse objetivo, é preciso implementar mudanças e, para isso, contamos com o apoio sempre imprescindível dos Poderes Legislativo e Executivo.

Feita singela e sintética prestação de contas dos serviços judiciários que devem ser prestados pelo Judiciário paulista, atrevo-me a formular um pedido institucional ao eminente Governador do Estado de São Paulo e ao Presidente da Assembleia Legislativa de nosso Estado.

Desde o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, que conferiu nova redação ao parágrafo 2º do artigo 98 da Constituição Federal, com o escopo de promover a tão acalentada Reforma do Poder Judiciário, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo bate-se com altivez e coragem para que se cumpra o seguinte mandamento de nossa Lei Maior:

"As custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça".

Ajuizada, perante o Excelso Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.401-4 pelo Governador do Estado de São Paulo, com pedido de medida cautelar de suspensão da vigência, em face da Resolução nº 196, de 19/1/2005, editada pelo Órgão Especial desta Corte de Justiça, envolvendo a interpretação da regra constitucional a que me refiro, acolheu-se, por unanimidade, a inconstitucionalidade formal da referida resolução, por ofensa ao princípio da reserva legal. Em suma: a alteração da lei estadual não poderia ser feita por resolução do Tribunal de Justiça. Porém, por maioria de votos o plenário ressalvou expressamente que o art. 98, parágrafo 2º da Constituição Federal compreende as custas judiciais e os emolumentos extrajudiciais, verbas estas, com natureza de taxa, que pertencem apenas ao Poder Judiciário. O eminente Ministro Cezar Peluso fez questão de ressaltar que "se cuida de taxa devida por serviço prestado apenas pelo Poder Judiciário. Em relação aos serviços notariais, o Executivo não presta atividade nenhuma que justifique reconhecer-lhe alguma participação nesta taxa. Nada. Desde a administração dos concursos até a fiscalização das atividades notariais de registro, todas são exercidas pelo Poder Judiciário. Portanto, a nenhum título se pode imputar essa taxa ao Poder Executivo". Destaca o ilustrado Ministro Peluso: "Até porque o artigo 98, § 2º, está inserido no capítulo do Poder Judiciário. Como é de hábito na redação parlamentar, quando esta se refere à Justiça, quer significar especificamente, por outras palavras, o Poder Judiciário". Na mesma linha, e também de forma expressa, foram os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Eros Grau, Carlos Britto e Sepúlveda Pertence.

Acesso ao Sumário

Em face do reconhecimento expresso pela Colenda Suprema Corte no sentido de que o artigo 98, parágrafo 2º, da Constituição Federal abrange as custas e os emolumentos oriundos da atividade judicial, bem como dos serviços notariais e de registro o pedido que aqui se formula republicanamente é o de que o Parlamento e o Executivo do Estado de São Paulo, em harmonia com o Judiciário bandeirante, promovam por meio da lei de iniciativa desta Corte, a majoração para 34,21% o percentual de emolumentos destinado ao Fundo Especial de Despesa para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tal

qual já o fizeram diversos Estados de nossa Federação. Contando com o alto e acendrado espírito público e a reverência e veneração que nós, paulistas, temos pela Constituição Federal, o Judiciário de São Paulo, clama, pede e tem a certeza que o Executivo e o Legislativo da terra de Piratininga unir-se-ão para concretizar os princípios constitucionais, da autonomia do Tribunal de Justiça de São Paulo, do amplo acesso à justiça e da duração razoável do processo, de maneira consentânea com as demandas tecnológicas advindas do atual Código de Processo Civil e da adoção do processo digital, tornem-se efetiva realidade na difícil tarefa de distribuir justiça ao povo bandeirante.

Ao encerrar rememoro os lemas do Estado de São Paulo e da cidade de São Paulo:

"Pro Brasilia Fiant Eximia" (Pelo Brasil faça-se o melhor)

"Non Ducor, Duco" (Não sou conduzido, conduzo)

Obrigado a todos.

Tenho dito.

MARCOS DA COSTA (Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo)

Discurso proferido por ocasião da Abertura do Ano Judiciário do Tribunal de Justiça de São Paulo (Solenidade realizada em 01.02.2017).

Exmo. Sr. Governador do Estado de São Paulo Geraldo Alckmin,

Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo Desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascaretti,

Senhoras e Senhores Desembargadores,

Membros do Ministério Público, Advogadas e Advogados, demais Autoridades presentes, Senhoras e Senhores,

Ao cumprimentar os Dignos Membros desta Alta Corte, desejo, em nome

da Secional Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil, que a missão deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo seja coroada de pleno êxito, seguindo as diretrizes de uma Corte pautada pela eficiência e operosidade na administração da Justiça.

Minhas Senhoras, Meus Senhores,

Findamos 2016 aliviados em divisar um novo horizonte, após o fechamento das cortinas de um ano que parecia não querer terminar, tantas foram as turbulências sociais, políticas e econômicas que ele nos reservou.

Mas mal surgiu o primeiro raiar do novo ano e já fomos surpreendidos com o horror do retrato do caos: cárceres rebelados, facções criminosas em conflito, corpos decepados, cenas escabrosas e muito pânico, mais parecendo imagens da barbárie dos primeiros tempos da Humanidade.

Na paisagem de insegurança e medo que permeia todas as camadas sociais, reapareceu ainda o imponderável. Desta feita, para ceifar a vida de um dos mais respeitados e admirados perfis do Judiciário brasileiro, o ministro Teori Zavascki. Advogado dos mais destacados, ingressou na Magistratura federal pela via democrática do Quinto Constitucional, para, em seguida, ser galgado às mais altas Cortes do país, primeiro o STJ, e após, o STF.

Com discrição, responsabilidade, equilíbrio e sapiência, exercia Sua Excelência a função de relator do mais volumoso e rumoroso processo de investigação em curso no Supremo Tribunal Federal.

Ao mesmo tempo em que assegurava os instrumentos indispensáveis à sequência das investigações, o Ministro Teori promovia correção de rumos sempre que constatava violação de garantias constitucionais ou legais. Tinha ele conquistado a confiança de toda a Nação pela percepção de que, por seu intermédio, se alcançaria a Justiça e a punição para aqueles que praticaram o odioso crime de corrupção.

Acesso ao Sumário

E hoje o Brasil inteiro aguarda a indicação do novo Ministro da Suprema Corte, com a esperança de que esteja à altura para honrar o nome do saudoso Ministro Teori.

É nesse cenário, Senhor Presidente, que abrimos este Ano Judiciário.

Novamente, como vem ocorrendo nos últimos tempos, com os olhos da Nação se voltando para o nosso sistema de Justiça, que há tempos deixou de ser

apenas palco de solução de querelas individuais e passou a servir a sociedade com a força necessária para enfrentar e eliminar as mazelas que contaminam a estrutura das relações sociais, públicas e privadas.

Senhor Governador,

São Paulo se encontra em situação privilegiada. Mercê da responsabilidade de nossos Governantes, não vivenciamos hoje a situação de penúria de muitos entes federativos, que deixaram até mesmo de honrar obrigações financeiras básicas, quanto mais de realizar investimentos em áreas de relevância social.

Preciso também registrar a capacidade das instituições paulistas de manter permanente diálogo, buscando cumprir suas missões e contribuir para o aperfeiçoamento social, sem perder sua independência e o indispensável poder crítico.

Esse exemplo deve servir como a forma mais correta para a Nação encontrar as respostas que reclama e deixar para trás o momento de extremas dificuldades que abala nosso cotidiano.

Não será por meio do discurso de ódio, da intolerância, da desvalorização de nossas instituições, da mitigação ou do afastamento de direitos fundamentais, ou da depreciação da política nacional, que resolveremos nossas mazelas.

O caminho para superar a teia de dúvidas, insegurança e estupor que nos cerca, ao contrário, está exatamente no fortalecimento de nossas instituições, no respeito à Constituição brasileira, e na busca permanente do diálogo, pela qual nosso Estado tem se destacado.

Por meio do diálogo, iremos ainda enfrentar o desafio de superar outro drama que aflige o país: o conflito de representatividade. A sociedade carece ser integrada aos grandes debates da Nação. Precisamos utilizar os instrumentos de que a própria Constituição dispõe, o plebiscito e o *referendum*, para propiciar e ampliar a manifestação da coletividade a respeito de temas que a afetam. A sociedade brasileira está madura para avaliar e apontar soluções viáveis para as questões inerentes às reformas necessárias ao nosso País. Mais ainda. Para definir qual projeto de Nação queremos e quais diretrizes se fazem necessárias para abrir os horizontes do amanhã.

Senhoras e Senhores Desembargadores,

Nosso juramento, como advogados, é defender a Constituição, a Ordem

Acesso ao Sumário

Jurídica do Estado Democrático, os Direitos Humanos, a Justiça Social.

Nosso compromisso é pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da Justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas.

Prometemos exercer nossa profissão com dignidade e independência, observar a ética e os deveres e prerrogativas profissionais.

Neste Tribunal, exercemos a nossa profissão com dedicação e com seriedade. Aqui, sofremos das agruras da advocacia para cumprirmos nossa sagrada missão de instrumentalizar o exercício pleno do direito de defesa.

Da mesma forma que, cientes de nossa responsabilidade social, continuamos à disposição deste Tribunal para participar dos debates sobre temas de interesse público, como fizemos recentemente no encontro sobre o nosso sistema penitenciário.

Ou ainda continuar a propiciar iniciativas como o projeto **OAB Concilia**, presente em quase 100 Comarcas sem agregar nenhum centavo de custo ao Poder Judiciário, e que tem promovido conciliações em mais de 80% das demandas a ele submetidas; o projeto **De Mãos Dadas pela Justiça**, iniciativa da Ordem por meio da qual já levamos 1.600 acadêmicos, de forma voluntária, a ajudar Cartórios em fóruns em todo o Estado, servindo seu trabalho como atividades extracurriculares certificadas pela Ordem. E o projeto **Ser Livre É Arte**, homologado pela Corregedoria da Vara de Execuções Penais, que leva às presas que cumprem penas em regime fechado, grávidas ou com filhos em fase de amamentação, cursos de diversas áreas como Direito, dança, canto, expressão corporal e psicologia, fornecidos por profissionais que atuam de forma voluntária, sem nenhum custo para o Estado, para mitigar a alienação prisional e oferecer mecanismos de integração social às mulheres presas.

Acesso ao Sumário

A exata dimensão de nossa profissão é dada no seu reconhecimento pelo art. 133 da Constituição do Brasil – que nos declara indispensáveis à administração da Justiça.

Renovo os compromissos com a Advocacia e com a sociedade para, por meio deles, afirmar que mesmo instrumentos relevantes de composição de conflitos não representarão meios de pacificação de demandas sociais, de efetivação de direitos, se não estiver presente uma advogada ou um advogado, pois sem a nossa profissão não se faz Justiça.

Também o faço para ponderar que, tal qual os digníssimos membros da

Magistratura, e os doutos integrantes do Ministério Público, a Advocacia tem nos fóruns o seu lugar de trabalho, e por isso temos como injusta qualquer discriminação entre as nossas profissões, incluindo diferentes controles de acesso às unidades forenses, cuja segurança deve a todos servir, e todos a ela devem se submeter.

É lamentável constatar que ainda exista quem nos considere forasteiros em nossa própria Casa, promovendo revistas em nossas pastas e nas bolsas de nossas colegas, dispensando-nos tratamento diferente daquele oferecido aos demais atores desse nosso sistema de Justiça ao qual todos prometemos respeitar e ao qual todos nós dedicamos as nossas vidas.

Tenho confiança de que esse quadro será rapidamente modificado, espelhando o respeito que estou certo, esta Augusta Corte tem para com a advocacia paulista.

Senhoras e Senhores,

Comemoramos, neste ano de 2017, 85 anos de fundação de nossa OAB-SP, que desde seu início demostrou sua vocação libertária, com a participação de seus dirigentes na Revolução de 32. A história da Advocacia se confunde com a da Cidadania. Não faltaram momentos gloriosos de nossa instituição, sempre na defesa dos valores democráticos e republicanos, no interesse de São Paulo e do Brasil.

Em novembro, depois de quase 50 anos, teremos em São Paulo a Conferência Nacional da Advocacia, um evento de interesse não apenas da Classe, mas da Cidadania brasileira, a se realizar no Anhembi.

Assim como fizemos em outras Conferências Nacionais, como a de **Curitiba**, em **1978** – quando protestamos pela volta do *habeas corpus* e pela instalação de uma Assembleia Constituinte, ou a do **Rio de Janeiro**, em **1980** – quando o tema Liberdade tomou conta dos debates, ou ainda a de **Recife**, em **1984**, quando a palavra de ordem foi Redemocratização, reuniremos dezenas de milhares de advogadas e advogados paulistas e brasileiros para uma reflexão sobre o momento atual do nosso País. Todos estão convidados para participar desse evento, que será histórico para a vida nacional.

Senhoras e Senhores Desembargadores,

Que neste ano que se inicia o Brasil encontre inspiração nas palavras de Santo Agostinho:

Acesso ao Sumário

"A esperança tem duas filhas lindas, a indignação e a coragem. A indignação nos ensina a não aceitar as coisas como estão; a coragem, a mudá-las."

E que o Ano Judiciário de 2017 seja iluminado com muita Sabedoria.

Muito Obrigado!

GIANPAOLO POGGIO SMANIO (Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo)

Discurso proferido por ocasião da Abertura do Ano Judiciário do Tribunal de Justiça de São Paulo (Solenidade realizada em 01.02.2017).

Meus amigos,

É com imensa satisfação que compareço a esta casa, dirigida de maneira exemplar pelo nosso anfitrião, desembargador Paulo Dimas, para a cerimônia de abertura do ano judiciário de 2017. Renova-se o desafio, para todos nós que fizemos do Direito uma verdadeira profissão de fé, da busca incessante pelo objetivo de proporcionar à sociedade paulista um bem indispensável em qualquer democracia: a justiça.

Estamos no maior tribunal do país, onde só no ano de 2015, de acordo com os últimos dados disponíveis do relatório "Justiça em Números", do CNJ, mais de 25 milhões de feitos tramitaram, exigindo dos 2.607 magistrados e 70.300 servidores e auxiliares desta egrégia corte enorme dedicação para que cada cidadão que bate à porta do Poder Judiciário possa obter uma resposta à sua demanda, um imperativo para a manutenção da paz social.

O Ministério Público, em que milita um exército, por assim dizer, de 300 procuradores, 2.000 promotores e cerca de 7.000 servidores, está alinhado com este tribunal, já que nós compartilhamos com a magistratura de uma valor inegociável: a promoção da justiça.

Os senhores podem estar certos de que em cada um dos quadrantes deste Estado haverá sempre um promotor 100% comprometido com a missão que a Constituição de 1988, a Constituição Cidadã, outorgou ao Ministério Público,

defendendo o fiel cumprimento da lei e a democracia.

Nesta tarefa, estamos irmanados não só com os magistrados, mas também com os ilustres advogados paulistas, a quem presto homenagem na figura de meu dileto amigo Marcos da Costa, presidente da OAB-SP, e com os membros da Defensoria Pública, a quem também rendo homenagens na pessoa do defensor-geral, Davi Depiné Filho.

Não é necessário lembrar que a atual conjuntura que o país enfrenta exige de nós, os operadores do Direito, uma resposta à altura dos anseios da população. Estou certo de que não frustraremos as expectativas.

O Ministério Público de São Paulo está pronto para mais esta etapa de nossa caminhada na construção de um país mais justo e mais próspero. O ano que se inicia promete muito trabalho. O povo de São Paulo, meu querido governador Geraldo Alckmin, conta conosco.

Então, meus amigos, arregacemos as mangas. Servir o povo paulista é um privilégio.

Muito obrigado!

PAULO DIMAS DE BELLIS MASCARETTI (Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo)

Discurso proferido por ocasião da Abertura do Ano Judiciário do Tribunal de Justiça de São Paulo (Solenidade realizada em 01.02.2017).

(Transcrição de vídeo)

Boa tarde a todos!

Querido Governador Geraldo Alckmin.

Nosso Deputado Estadual Fernando Capez, que nos deixou para presidir a solenidade específica da nossa Assembleia.

Desembargador Ademir de Carvalho Benedito, nosso companheiro de Conselho.

Acesso ao Sumário

Desembargador Manoel Queiroz de Pereira Calças, nosso Corregedor, que fez aqui uma belíssima oração.

Dr. Gianpaolo Poggio Smanio, Procurador-Geral de Justiça do nosso Estado, nosso parceiro, estamos aqui constantemente dialogando, tentando melhorar a nossa Justiça, o nosso sistema de Justiça.

Nosso querido Dr. Marcos da Costa, Presidente da nossa OAB e também grande parceiro, nós estamos aqui constantemente conversando, dialogando e procurando caminhos, como disse nosso Governador, para avançarmos, mudarmos até paradigmas, voltarmos a ter valores em foco importantes para a nossa sociedade atual.

Quero cumprimentar as demais autoridades presentes, demais personalidades, Desembargadores, Juízes, Membros do Ministério Público, Defensores Públicos, Advogados, Autoridades Civis e Militares, nossos queridos Servidores do Judiciário, cumprimentar aos demais senhoras e senhores.

Fazer uma homenagem especial ao nosso querido Paulo Bomfim, 90 anos de vida, prestando serviço e operagem ao nosso Judiciário. Parabéns a Vossa Excelência, sempre renovada a alegria de vê-lo aqui entre nós.

Quero dizer que hoje é uma tarde memorável aqui em nosso Tribunal, porque estamos vivendo uma nova era, tivemos aqui importantes reflexões, pedidos e contrapedidos, porque primeiro tem o pedido e depois tem o pedido contraposto, uma reconvenção ali, mas importante é que há entrosamento, há harmonia, há seriedade nas nossas posições, no nosso diálogo, sinceridade em todas as posturas, para nós construirmos a Justiça que nosso Estado merece.

Nós, há alguns dias, perdemos um grande Magistrado, e esse Magistrado, apesar de ser uma pessoa serena, discreta, era reconhecido, uma unanimidade, pelo seu talento, pela sua competência e pela sua postura digna. E, nesse caso, a consternação foi geral. Eu até fiz uma reflexão entendendo que nunca a morte de um magistrado, num trágico acontecimento, foi tão comentada pela mídia, tão perseguida para saber o que aconteceu e divulgada. Todos nós ficamos perplexos com a ocorrência e eu acho que a nação está percebendo a importância da Justiça, e principalmente, a importância do Magistrado.

Então quero de início fazer uma homenagem ao nosso Ministro Teori Zavaski, que nos deixou, mas deixou um legado e deixou um exemplo para todos os magistrados deste país, mostrando o que é judicatura séria, honesta, reta e comedida. Eu quero aqui fazer essa homenagem inicial ao nosso Ministro Teori Zavaski e peço uma salva de palmas.

Acesso ao Sumário

Nosso Governador, senhoras e senhores, queridos colegas, queridas autoridades, nós também temos que reverenciar aqui, neste momento, cada juiz deste país; cada juiz que, anonimamente, cumpre a sua missão nos mais distantes recantos desse país, em lugares muitas vezes sem estrutura, lugares que seriam até inabitáveis, estrutura – até de trabalho – precária, mas todos eles cumprindo a sua missão. Muitos sofrendo ameaças, tendo grandes dificuldades para desenvolver o seu mister e digo que, no nosso dia a dia, o magistrado tem o direito de ter medo. Mas a missão do nosso juiz, do nosso magistrado, é mais forte que o medo e, nesse sentido também, nós temos que reverenciar cada um desses magistrados.

Nós perdemos, eu perdi um grande colega de concurso, nosso querido Juiz Machado Dias, em Presidente Prudente, assassinado por cumprir o seu dever de forma exemplar, no nosso interior, tivemos o caso da Patrícia Acioli, tantos juízes no dia a dia que nós atendemos e que são ameaçados, muitas vezes são hostilizados, caluniados, mas estão ali cumprindo a sua função, cumprindo a sua missão. Então, nós temos que reverenciar esses magistrados e dizer que nós temos que nos unir, os homens de bem, as pessoas que prezam a justiça, que prezam nosso sistema judicial, temos que trabalhar juntos para dar a cada brasileiro a justiça que ele merece.

Aqui, na mesa, muitos dizem que a cada brasileiro nunca falte o pão sagrado da justiça. Então, precisamos trabalhar para que nosso judiciário seja efetivo. Nós temos, muitas vezes, um horizonte negro, nuvens carregadas todos os dias, mas eu acho que nós temos que responder com sorriso, responder com alegria, porque nós temos uma missão, nós temos uma função e temos que desempenhá-la. Nós temos um emprego, muitas vezes há muita incompreensão, nosso Desembargador Calças mencionou recentemente a questão que foi objeto de alarde na mídia, de remuneração, falando de vencimentos, que os juízes estão atrás de regalias e privilégios, mas não há nada disso. Nós temos direitos funcionais e constitucionais que precisam ser assegurados. E muitas vezes falam: "mas o juiz se preocupa muito, às vezes, com remuneração". Eu fui dirigente da Apamagis e me preocupei muito com isso e sempre dizia o seguinte: os juízes se preocupam com a questão remuneratória porque vivem dos seus vencimentos e graças a Deus que os juízes desse país, pelo menos do nosso Estado, vivem às custas do seu vencimento. E temos que trabalhar para que eles possam nos dar uma vida digna, uma vida em que nós possamos realmente criar nossos filhos e manter nossas famílias numa condição digna.

Então, quero dizer aos senhores que eu fico muito feliz, porque fizemos aqui uma cerimônia singela, antes da abertura dos trabalhos do nosso Órgão Especial e quero agradecer a todos, pedir que Deus nos abençoe nessa nossa jornada, que

nós tenhamos saúde, tenhamos inteligência, sabedoria para enfrentar os grandes desafios e dar a resposta que o nosso povo espera do nosso sistema de Justiça.

Muito obrigado a todos.

PAULA MARIA CASTRO RIBEIRO BRESSAN (Juíza da 1ª Vara Cível e Diretora do Fórum de Jaú)

Discurso proferido por ocasião da inauguração da ampliação do Fórum de Jaú (Cerimônia realizada em 17.02.2017).

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, DESEMBARGADOR PAULO DIMAS MASCARETTI,

EXCELENTÍSSIMO JUIZ ASSESSOR FERNANDO BARTOLLETI, NAS PESSOAS DE QUEM CUMPRIMENTO OS DEMAIS MAGISTRADOS, INTEGRANTES DO MINISTÉRIO PÚBLICO, DA PROCURADORIA DO ESTADO, DA DEFENSORIA PÚBLICA, DO EXECUTIVO E LEGISLATIVO MUNICIPAL, INTEGRANTES DAS POLÍCIAS MILITAR E CIVIL DO ESTADO DE SÃO PAULO,

PRESIDENTE DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, SERVIRORES DO JUDICIÁRIO E TODOS OS DEMAIS PRESENTES.

Hoje é um dia muito importante para nós. Quarenta anos após a inauguração deste prédio do Fórum de Jaú, inauguramos hoje sua ampliação, com a edificação de mais 1200 metros de área e a reforma das antigas instalações.

Para mim, em especial, essa inauguração tem um sabor de saudosismo. Estive presente à inauguração do prédio atual, que ocorreu em primeiro de agosto de 1976. Meu pai era magistrado na Comarca, titular da mesma Vara que hoje eu ocupo e, por tal motivo, eu aqui me fiz presente. Tinha apenas seis anos, mas me recordo vividamente daquele dia, afinal, como hoje, era dia de festa e marcava uma necessidade premente do Judiciário Jauense.

Em 1976, ocupavam o prédio 2 magistrados e dois promotores, além dos funcionários das duas únicas varas da comarca.

Hoje, somos 7 magistrados e 6 promotores, além de sala destinada à OAB e Defensoria Pública. O quadro de servidores acompanhou o crescimento demonstrando assim, claramente, a necessidade da ampliação.

Lembro-me, também, que no ano de 2007, quando assumi a Comarca, houve a destinação de verba do Governo do Estado para a ampliação do nosso fórum. De lá para cá, muitos Juízes trabalharam como Diretores do Prédio, sempre lutando bravamente para o início e conclusão das obras de ampliação.

Foi um período difícil, de trabalho árduo, de todos aqueles que lutaram por essa conquista.

Exigiram-se duas licitações, visto que a primeira empresa vencedora abandonou a obra logo no início das atividades. Naquela ocasião, foi necessário dar início a todo o projeto de ampliação e preparação para nova licitação e, finalmente, após muito trabalho, conseguimos, na data de hoje, inaugurar esse novo espaço.

Com essa ampliação foi possível o retorno ao prédio de setores que antes se encontravam em imóveis locados ou ainda em espaços improvisados no estacionamento do fórum. Com isso, oferecemos mais espaço para os cartórios trabalharem, permitindo que todos os Magistrados e Promotores passassem a ocupar uma sala no interior do prédio.

A segurança também foi priorizada e houve a adequação das instalações às exigências das normas de segurança dos bombeiros.

Os jurisdicionados de Jaú e todos que aqui trabalham agradecem imensamente todo o esforço que foi feito seja pelo Governo do Estado, seja pelo Tribunal de Justiça para que essa obra se concluísse e pudesse oferecer um pouco de conforto a todos que aqui trabalham e que aqui frequentam.

Nossa gratidão.

Acesso ao Sumário

ANA CARLA CRISCIONE DOS SANTOS (Juíza da 1ª Vara da Família e das Sucessões e Diretora da 3ª Região Administrativa Judiciária)

Discurso proferido por ocasião da inauguração das novas instalações da Sede Administrativa e do Departamento Estadual de Execuções Criminais (DEECRIM) da 3ª RAJ e instalação do Anexo do Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca de Bauru (Cerimônia realizada em 17.02.2017).

Cumprimentos em geral.

Hoje, oficialmente, se encerra uma das lutas mais exitosas do Poder Judiciário dessa Comarca.

Exitosa porque nos proporcionou pela primeira vez na história da Comarca receber um imóvel do Governo do Estado cedido diretamente para o Tribunal de Justiça. Isso nunca aconteceu. Normalmente, os prédios são afetados à Secretaria da Justiça, tal qual o Fórum Central.

Exitosa também porque é fruto de sonho, obstinação, união e crença na melhoria dos serviços judiciários.

Essa luta nasceu de uma inspirada ideia do Dr. Davi Márcio Prado Silva, que identificou uma oportunidade ao saber da desocupação do imóvel. Essa ideia, passou a ser sonho e com ele veio a obstinação e crença de que ele poderia ser realizado.

Mais do que um prédio, sonhamos em proporcionar melhores instalações para os servidores, a ampliação dos serviços judiciários com instalação do inédito serviço das audiências de custódia, ampliação do departamento de execuções criminais, à altura da importância político institucional de nossa Região e, consequentemente, melhores serviços à população.

Foram diversas reuniões que participei junto com o colega Davi e outros colegas da região com políticos e com a Cúpula do Tribunal de Justiça, sendo comuns viagens de última hora para angariar apoio ao sonho que se tornava realidade. Nessas horas de ausência de minhas atribuições em Bauru, sempre pude contar com o Dr. Gilmar Ferraz Garmes, que não mediu esforços em me substituir em ocasiões em que não estive presente, em apoio à nossa ideia.

Levada a proposta ao saudosíssimo Dr. José Renato Nalini, imediatamente, foi

Acesso ao Sumário

por ele encampada, em setembro de 2015 e a solicitação entregue pessoalmente ao Excelentíssimo Governador Dr. Geraldo Alckmin por ele.

Com o apoio indispensável do Deputado Estadual Dr. Pedro Tobias e importante auxílio da Secretaria de Administração Penitenciária, nos foi concedido pelo Governador Dr. Geraldo Alckmin, no dia 04 de fevereiro de 2016, o sonhado imóvel, quando se encerravam as obras da reforma realizada pelo governo do Estado.

Hoje, inauguramos estas magníficas instalações, que acomodam dignamente o Departamento de Execuções Criminais – DEECRIM da 3ª Região administrativa judiciária do Estado de São Paulo, senão o maior, um dos maiores do interior paulista; a sede da diretoria da 3ª Região administrativa judiciária, que abrange 28 comarcas de nosso entorno, circunscrições de Bauru, Botucatu, Jaú, Avaré e Ourinhos; o Colégio Recursal da 32ª Circunscrição Judiciária, que recebe os recursos de todos os juizados especiais das comarcas de Agudos, Bauru, Lençóis Paulista, Duartina, Pirajuí e Piratininga, a sede da Secretaria de Assistência à Saúde do Servidor (SAS) e a sala de perícias descentralizadas do IMESC, que permitem ao servidor e às partes que necessitam submeter-se a perícias pelo Tribunal ou para os processos, que sejam examinadas por médicos em Bauru, sede da Regional, e não mais em São Paulo, para onde tinham que se deslocar até pouco tempo atrás.

E finalmente, abriga as audiências de custódia.

Importante ressaltar que neste prédio se inaugurou no último dia 06/02 as inéditas audiências de custódia que tem por finalidade assegurar os direitos fundamentais da pessoa presa, por meio de uma apreciação mais adequada e apropriada da prisão, mediante a presença física do preso perante o Juiz, para que melhor seja avaliado o ato da prisão em si e, sobretudo, a necessidade da custódia ante da possibilidade de aplicação de medidas alternativas à prisão. Com isso evitam-se prisões desnecessárias e indevida superlotação do sistema prisional, dando maior concretude aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

As instalações desse setor, sem medo de errar, são uma das melhores do interior paulista.

Mais que um imóvel, esta é a Casa da Cidadania, onde os mais humildes terão seus direitos protegidos e resguardados pelo Poder Judiciário.

Como vemos, Bauru foi alçada por todos nós a grande centro do Poder

Acesso ao Sumário

Judiciário Paulista, sendo Comarca de vanguarda, composta por Magistrados que não se deixam abater ante as dificuldades e nem se acomodam em seus gabinetes.

Com tal conquista, nos fortalecemos e continuamos a perseguir nosso objetivo, de garantir uma nova sede ao Poder Judiciário de Bauru, o nosso tal almejado Fórum, mas agora, com mais dignidade para exercermos nosso mister.

Com os olhos voltados para o futuro, não nos acomodamos com esse presente. Continuamos atuando e esperamos celebrar juntos num futuro próximo a inauguração do novo Fórum da Comarca de Bauru.

EVARISTO SOUZA DA SILVA (Juiz de Direito da 3ª Vara da Comarca de Vinhedo)

Discurso proferido por ocasião da instalação da 3ª Vara da Comarca de Vinhedo (Cerimônia realizada em 23.02.2017).

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DES. PAULO DIMAS DE BELLIS MASCARETTI, DD. PRESIDENTE DO EGRÉGIO TJSP, EM NOME DE QUEM CUMPRIMENTO AS DEMAIS AUTORIDADES QUE PARTICIPAM DESTA SOLENIDADE.

COLEGAS MAGISTRADAS E MAGISTRADOS, MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, PREFEITO E PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL, NOBRES ADVOGADOS, REPRESENTANTES DA POLÍCIA CIVIL E MILITAR, PREZADOS SERVENTUÁRIOS DO PODER JUDICIÁRIO BANDEIRANTE, SENHORAS E SENHORES...

Acesso ao Sumário

Depois de tanto esforço, é com imensa alegria que a Comarca de Vinhedo recebe, na data de hoje, sua terceira vara judicial.

Esta nova vara, consoante linha de atuação delineada pela Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo, especialmente na gestão do Des. Paulo Dimas, será totalmente digital, o que permitirá a prestação da atividade jurisdicional de maneira mais célere e eficaz, consoante determina o comando constitucional

previsto no artigo 5°, LXXVIII, da Constituição Federal.

A instalação da 3ª Vara de Vinhedo representa para a Justiça Estadual de São Paulo o compromisso voltado para o atendimento jurisdicional mais amplo, por isto, mais acessível aos anseios daqueles que têm na atuação do Poder Judiciário, a única, senão a última, esperança e garantia para a efetivação, sólida e segura, de suas justas pretensões.

Evidentemente que os desafios serão enormes para que o escopo antes mencionado seja alcançado, principalmente no atual contexto sócio-político em que há um aumento vertiginoso do número de demandas, sem que seja possível, para o Administrador Público, em decorrência da finitude orçamentária, ampliar, na mesma proporção, os gastos com funcionários e estrutura.

Apesar disso, toda a equipe de funcionários da vara hoje instalada – de magistrado a servidores – envidará todos os esforços para que o bom nome do Tribunal de Justiça seja sempre lembrado sob uma perspectiva positiva, mesmo porque ciente está que contará com o necessário apoio – e justa cobrança – de todos aqueles, que de algum modo, colaboraram para que hoje estivéssemos aqui, dentre os quais destaco os colegas Drs. Fábio Marcelo Holanda, Juan Paulo Haye Biazevic e Dra. Euzy Lopes Feijó Liberatti, diretora do fórum, os colegas juízes assessores da Presidência, hoje representados pelo Dr. Fernando Figueiredo Bartoletti, o Exmo. Presidente do Tribunal de Justiça, Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, senhores Prefeito Municipal e Presidente da Câmara de Vereadores, membros do Ministério Público, nobres advogados, queridos amigos juízes (vou citar todos os amigos juízes), representantes das polícias, jurisdicionados, servidores e, principalmente, Dra. Eliana Adorno de Toledo Tavares, atualmente juíza auxiliar da Capital, que até 3 semanas atrás era a juíza titular da vara hoje instalada, e que muito se dedicou para esta realização.

Agora chegou o momento de fazermos valer a pena toda a confiança em nós depositada.

Com as bênçãos de Deus, saibam que não os decepcionaremos.

Muito obrigado a todos.

Acesso ao Sumário

LUIZ GUSTAVO SAUERBRONN (Presidente da 166ª Subseção da OAB-Vinhedo)

Discurso proferido por ocasião da instalação da 3ª Vara da Comarca de Vinhedo (Cerimônia realizada em 23.02.2017).

Bom dia a todos.

Quero cumprimentar os magistrados presentes, o que faço na pessoa do Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Dr. Paulo Dimas de Bellis Mascaretti.

Cumprimento os membros do Ministério Público, o que faço na pessoa do amigo Promotor, Dr. Rogério Sanches Cunha.

Cumprimento as autoridades municipais, o que faço na pessoa do nosso prefeito, Jaime Cruz.

Cumprimento advogados(as), estagiários(as) e demais operadores do direito, o que faço na pessoa da nossa Conselheira Estadual da OAB/SP, Dra. Rosana Maria Petrilli, que também está representando o nosso presidente da OAB/SP, Dr. Marcos da Costa, o qual não pôde estar presente, em razão de compromissos assumidos anteriormente.

Cumprimento, por fim, a todos os demais presentes, o que faço em memória de um ausente; uma justa homenagem ao falecido Dr. Paulo Tarcísio Von Zuben, advogado desta Comarca, ex-vice-presidente da OAB desta Subseção, que muito contribuiu para a advocacia e para a justiça local.

Hoje é um dia de alegria.

Com a instalação de mais uma Vara em nossa Comarca, renasce a esperança de uma justiça mais célere.

Parafraseando Rui Barbosa "Justiça tardia não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta".

Embora sejam comuns críticas à morosidade do Judiciário, é evidente o esforço de nossos magistrados e servidores para fazer frente à demanda crescente. Infelizmente, existem inúmeros fatores que contribuem para a morosidade da

justiça.

Poder-se-ia ficar enumerando motivos, mas o momento talvez não seja o mais oportuno.

Por outro lado, posso dizer da alegria que sinto ao presenciar magistrados de nossa comarca chegando cedo ao fórum para poder ampliar o alcance de seus trabalhos, muitas vezes fazendo suas refeições junto aos serventuários do fórum, para sequer perder tempo com deslocamentos, parando todo e qualquer trabalho, a fim de dar plena atenção aos advogados e estagiários que necessitam dela, inclusive para despachar, enfim, com horário para entrar, mas sem horário para sair. Isto é dedicação, respeito para com todos que dependem do seu trabalho e demonstração de amor pelo que faz.

Quero aproveitar para dar as boas-vindas e desejar boa sorte ao novo magistrado, Dr. Evaristo Souza da Silva, que assume agora a 3ª Vara desta Comarca, colocando-me à disposição para o que se fizer necessário.

Enfim, hoje ganha o judiciário, hoje ganha a população. Afinal, é dia de festa e dia de alegria, motivo pelo qual encerro aqui minhas palavras, agradecendo a atenção e paciência de todos.

Muito Obrigado.

Acesso ao Sumário